



VNIVERSITATIS VALÈNCIA

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHOS HUMANOS,
DEMOCRACIA Y JUSTICIA INTERNACIONAL**

**La investigación de los crímenes del poder en el Ecuador. La cosa juzgada
fraudulenta, una herramienta contra la impunidad.**

TESIS DOCTORAL

Presentada por: Esteban Coronel Ojeda

Dirigida por: Profa. Cristina García Pascual

Prof. Ricardo Juan Sánchez

Enero, 2022

A mi familia humana y no humana

Agradecimientos

Quisiera agradecer a mis directores la profesora Cristina García Pascual y al profesor Ricardo Juan Sánchez; por guiar con suma inteligencia, dedicación y paciencia la investigación. Muchas gracias por el seguimiento y preocupación constante durante mi estancia investigativa en la Universitat de València. Gracias por su tiempo en las reuniones de trabajo; por las agudas observaciones, las sugerencias, y, sobre todo, por enseñar con su ejemplo. Mi gratitud por su preocupación personal y ánimos constantes en momentos difíciles, como la pandemia COVID-19.

A los profesores del Institut de Drets Humans de la Universitat de València; mi reconocimiento y admiración por su incansable labor.

A mi familia por el soporte incondicional en estos tres años de ausencia.

A mis amigos por su apoyo durante mi estancia en España.

Mi agradecimiento a la Fiscalía General del Estado del Ecuador por la licencia de estudios concedida.

Finalmente, este trabajo recibió la financiación de la Universitat de València y del Ayuntamiento de Valencia con la Beca de doctorado Juan Castelló.

ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CADHP	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CAJDH	Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos
CEDH	Convención Europea para Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CJ	Consejo de la Judicatura
COFJ	Código Orgánico de la Función Judicial
COIP	Código Orgánico Integral Penal
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPI	Corte Penal Internacional
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
ERCPI	Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
TCE	Tribunal Constitucional de España
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	13
METODOLOGÍA.....	30
CAPÍTULO I.....	35
LOS CRÍMENES DEL PODER EN ECUADOR. LA PERSECUCIÓN DE LOS DELITOS DE SUBSISTENCIA Y LA IMPUNIDAD DE LOS SUJETOS DE PODER	35
1. EL REGRESO DEL PODER AL ESTADO DE NATURALEZA SALVAJE EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL	35
1.1 Visibilizar el poder: la falsa promesa de la democracia real	38
1.2 La permanencia del poder oculto en la democracia constitucional	41
1.3 La crisis del poder en la democracia: los cuatro espacios de generación de ilicitudes	45
a. El jefe de Estado como encarnación de la voluntad general: el inicio de los crímenes	46
b. El conflicto de intereses entre el poder político y el poder económico: la subordinación de los primeros a los segundos	48
c. La pérdida del rol de los partidos políticos en las instituciones de garantía: el caldo de cultivo de ilícitos	51
d. El poder de los medios de comunicación y la manipulación de la realidad	53
2. LA PERSISTENCIA EN LA PERSECUCIÓN DE LOS LLAMADOS DELITOS DE SUBSISTENCIA .	57
2.1 La selección estructural del enemigo	58
2.2 Máxima penalización: la deriva inflacionista en los delitos menores.....	60
2.3 El gran encarcelamiento de los delitos menores: criminalización de la pobreza.....	63
2.4 Cuando la persecución del ladrón distrae la atención de los grandes crímenes.....	66
3. LA CLASIFICACIÓN DE LOS CRÍMENES DEL PODER: UN FENÓMENO ENTRELAZADO DE IMPUNIDAD	68
3.1 Los poderes abiertamente criminales	70
3.1.1 El crimen organizado: el Ecuador un actor silencioso local con alcance global	71
3.1.2 La actividad terrorista: el conflicto en la frontera colombo-ecuatoriana.....	75
3.2 Los crímenes de los poderes	79
3.2.1 Crímenes económicos y especulación financiera. El ejemplo de España en 2008 y Ecuador en 1998	80

3.2.2	Los crímenes contra la humanidad	83
3.2.3	Los crímenes de corrupción o contra la administración pública.....	84
4.	UNA MEMORIA CATEGÓRICA FRENTE A LA IMPUNIDAD DE LOS CRÍMENES DEL PODER ..	85
4.1	Asumiendo el pasado	86
4.2	Comprendiendo el presente.....	87
4.3	Una mirada al futuro investigativo	89
	CAPÍTULO II	91
	LA COSA JUZGADA: LA DISFUNCIÓN FRENTE AL PODER, SUS FUNDAMENTOS	
	Y DE LA CONFIGURACIÓN COMPLETA A LA COLOCACIÓN FRAUDULENTA	
	91
1.	INTRODUCCIÓN	91
1.1	Las garantías y la actual disfunción de la cosa juzgada.....	91
1.2	La cosa juzgada como mecanismo de defensa en deconstrucción.....	94
1.3	Los fundamentos de la cosa juzgada y la garantía non bis in idem	98
1.4	La mutabilidad de la cosa juzgada: una propuesta en desarrollo.....	101
2.	LOS ELEMENTOS DE LA COSA JUZGADA: DE LA CONFIGURACIÓN COMPLETA A LA	
	COLOCACIÓN FRAUDULENTA.....	104
2.1	El contenido interno de la garantía: la triple composición	105
2.1.1	Identidad del sujeto activo: la individualización del investigado	106
2.1.2	Identidad objetiva: el bien jurídico protegido.....	109
2.1.3	Identidad de la causa de persecución	110
2.2	El contenido externo de la garantía: la doble configuración jurisdiccional, la	
	independencia e imparcialidad.....	113
2.2.1	La independencia judicial	114
a.	Brevísima referencia histórica	115
b.	La independencia judicial en las constituciones contemporáneas	118
c.	El papel expansivo de la jurisdicción y el reto ante la criminalidad del poder	
	121
2.2.2	La independencia judicial externa	124
2.2.2.1	Una posición institucional contra presiones externas	124
a.	El nombramiento.....	124
b.	Inmovilidad en el ejercicio de sus funciones	127
c.	La responsabilidad en el cargo	127
2.2.2.2	Una modalidad funcional: la reserva de la jurisdicción.....	129

2.2.3 Independencia judicial interna	132
2.2.3.1 El peligro de la carrera judicial	133
2.2.3.2 Los Tribunales Supremos: los aforamientos y la jurisprudencia que obliga.....	136
a. Los aforamientos: un problema en el juzgamiento de los políticos	137
b. La jurisprudencia como fuente del derecho y la sujeción a la ley de los jueces inferiores	142
2.2.4 La imparcialidad judicial	147
2.2.4.1 De la independencia a la imparcialidad judicial	148
2.2.4.2 Un tercero neutral de intereses personales e institucionales.....	149
2.2.4.3 Una función cognoscitiva: la objetividad en la decisión	151
2.2.4.4 Un factor cultural más que institucional	153
2.3 La cosa juzgada integral y su presunción de fraude: una breve recapitulación	155
CAPÍTULO III.....	158
LOS RESULTADOS INJUSTOS EN LA COSA JUZGADA Y LAS (IN) SUFICIENCIAS DEL SISTEMA JUDICIAL DE IMPUGNACIONES FRENTE A LAS ABSOLUCIONES FRAUDULENTAS.....	158
1. LOS RESULTADOS INJUSTOS DE LA COSA JUZGADA.....	158
1.1 Por la estructura del proceso	159
1.1.1 El falso hallazgo inculpatario y exculpatario: la condena al inocente y la absolución al culpable.....	162
1.1.2 La resolución de culpabilidad válida e inválida.....	165
1.1.3 Las decisiones revocables e irrevocables.....	167
1.2 Por el estándar de valoración de prueba	169
1.2.1 La libre valoración probatoria: la condena más allá de la duda razonable ...	170
a. La dolosa o mala interpretación del estándar de libre valoración probatoria como fuente de las absoluciones fraudulentas	174
1.3 Breve recapitulación	177
2. LA (IN)SUFICIENCIA DEL SISTEMA DE IMPUGNACIONES FRENTE A LAS ABSOLUCIONES FRAUDULENTAS	178
2.1 Un intento de impugnación en los recursos ordinarios: el derecho a recurrir el fallo	181
2.1.1 La apelación: un resultado híbrido para el inocente condenado y para el culpable absuelto.....	182

2.1.2	La nulidad: la verificación del saber sobre el poder	184
2.1.3	La casación: la última corrección de errores para la acusación	187
2.1.4	La revisión del fallo: un mecanismo eficiente para el inocente condenado, e inexistente para las absoluciones fraudulentas	189
a.	Fundamentos de la revisión	190
b.	Legitimación activa, plazo y prescripción	192
c.	Motivos de revisión.....	193
3.	LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES: UN APRIETO CONSTANTE A LAS JURISDICCIONES INTERNAS EN LA REVISIÓN DEL FALLO	198
3.1	La revisión incompleta de las resoluciones judiciales en el TEDH: la protección al inocente condenado y la desregulación del culpable absuelto.....	199
3.2	La solicitud de revisiones de la Corte IDH a los tribunales internos: una edificación pendiente	201
3.2.1	Un dilema en la revisión del Caso Norín Catrimán y otros (Mapuche) Vs. Chile.....	202
3.2.2	El retroceso de Argentina en la revisión de sentencias: el problema de la juridicidad de las resoluciones internacionales.....	204
3.2.3	Un avance a la revisión de sentencias fraudulentas en Colombia	207
4.	LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL ECUATORIANA EN LA REVISIÓN DE LAS ABSOLUCIONES FRAUDULENTAS: LAS INSUFICIENCIAS INTERPRETATIVAS Y NORMATIVAS..	211
4.1	La acción extraordinaria de protección o amparo constitucional: una fórmula de cierre inconclusa en la jurisdicción interna.....	211
4.1.1	Las causas de insuficiencia constitucional para revisar las sentencias con contenido fraudulento	215
a.	Un problema en el método de interpretación constitucional	216
b.	Sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional	219
c.	Una obscura regulación: ¿la acción procede sobre la sentencia o sobre el juzgamiento?	220
d.	La falta de tiempo para recurrir en complejas estructuras de poder	222
5.	ENTRE LA DECISIÓN JUSTA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA.....	225
5.1	Un aparente equilibrio entre justicia y seguridad jurídica	226
5.2	El descrédito y la tranquilidad del sistema de justicia	227
5.3	La tensión entre justicia y seguridad jurídica	229
5.4	Una salida axiológica.....	231

5.5 Una propuesta normativa	232
CAPÍTULO IV	236
APLICACIÓN DE LA COSA JUZGADA FRAUDULENTO EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN ECUADOR	236
I.INTRODUCCIÓN.....	236
1. EL CONTEXTO ECUATORIANO, LAS ESTRUCTURAS DE PODER Y LA DESCRIPCIÓN DE CASOS	239
1.1 El contexto socioeconómico y político del Ecuador del régimen presidencial 1984- 1988 y una aproximación a los siguientes gobiernos autoritarios	242
1.2 Las estructuras de seguridad del Estado: la conformación y permanencia en la democracia ecuatoriana.....	247
1.3 Descripción de los crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos	252
1.3.1 El Caso Azuay: La muerte de Ricardo Merino y tortura a la población civil	254
1.3.2 La captura internacional, tortura y muerte de Arturo Jarrín	256
1.3.3. La desaparición forzada de Ivonne Cazar.....	258
1.3.4 El Caso González y otros: más que una masacre en la farmacia Fybeca	260
2. EL SISTEMA DE IMPUNIDAD Y EL PAPEL DE LA JUSTICIA: LA CONFIGURACIÓN DE LA COSA JUZGADA FRAUDULENTO.....	263
2.1 Procesos investigados fuera de la jurisdicción ordinaria	267
2.2 Procesos sin los elementos internos de la cosa juzgada.....	271
2.2.1 Falta de identidad del sujeto activo en la investigación.....	272
2.2.2 La ausencia del objeto de protección: el llamado bien jurídico protegido ...	273
2.2.3 La causa de persecución.....	274
a. La tipificación errónea	274
b. La ausencia del delito a perseguir.....	275
2.3 Procesos sin los elementos externos de la cosa juzgada	276
2.3.1 La independencia judicial en constante acoso	278
2.3.1.1 La independencia judicial externa: un engaño en el caso ecuatoriano	278
2.3.1.2 La independencia judicial interna en manos del Consejo de la Judicatura y de la Corte Nacional de Justicia	281

2.3.2	La imparcialidad judicial: más allá del interés personal e institucional	284
2.4	Proceso sin garantías procesales reconocidas por el derecho internacional	289
2.4.1	El derecho a la vida prohíbe las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas	289
2.4.2	El acceso a la justicia para las víctimas	291
a.	El conocimiento del expediente	292
b.	El plazo razonable en la investigación	293
c.	La impugnación del fallo	294
d.	Las prohibiciones internacionales contra la impunidad	296
2.4.3	El derecho de las víctimas a conocer la verdad	299
2.5	Juicios sin diligencias necesarias realizando acciones procesales de forma incorrecta, aparente o fraudulenta	302
2.6	Juicios sin riesgo a contraer responsabilidades penales del imputado ante la justicia	308
3.	LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR EN EL CASO «GONZÁLEZ Y OTROS» FRENTE A LA COSA JUZGADA FRAUDULENTO	309
3.1	Los jueces nacionales en ejercicio del control de convencionalidad en la sentencia	310
a.	Un precedente importante pero no suficiente	313
b.	Un método con resultados ambiguos	314
4.	LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE INCORPORAR LA COSA JUZGADA FRAUDULENTO A LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	316
	CONCLUSIONES.....	319
	BIBLIOGRAFÍA.....	343

Introducción

El pensamiento ilustrado, con sus bases filosóficas, jurídicas y políticas, construyó un sistema de garantías capaces de controlar la arbitrariedad pública y privada, con el fin de tutelar los derechos del ciudadano. Este postulado sirvió de guía a las constituciones contemporáneas en la construcción compleja de vínculos y límites al poder, en base al principio de legalidad y la separación de poderes. Pese a esta edificación normativa todavía no se logra visibilizar y controlar al poder oculto, envuelto por su estado de naturaleza salvaje que, incluso, bajo los marcos de legalidad, enfrenta caídas brutales.

El intento de visibilidad del poder ideado por la democracia liberal y el constitucionalismo, tropieza con las profundas colusiones del poder político, los poderes económicos y los poderes mediáticos, que, en su cara oculta, demuestra estar rodeado por corrupción, ineficacia y fraude. La confusión del poder en estado de naturalidad desarrolla una crisis en la democracia ecuatoriana, generando un daño social irreversible para los derechos fundamentales.

Los sujetos de poder en el país latinoamericano colocan a la delincuencia menor como el verdadero problema de la seguridad ciudadana, los derechos fundamentales y la democracia, engendrando sobre esta clase una inflación legislativa de máxima penalización y gran encarcelamiento. Cuando lo cierto es que dicha patología no es casual, sino que guarda sintonía con la generación de un nutrido grupo de ilícitos exclusivos del poder, y un garantismo de clase o selectiva impunidad sobre aquellos, gracias a los espacios desatendidos por el actual constitucionalismo ecuatoriano y global.

En este contexto, el objetivo principal de esta tesis será impulsar una herramienta procesal para descifrar los entramados de impunidad de los sujetos de poder en los procesos judiciales que estén infectados por la influencia de los poderes ocultos, sean de carácter político, económico o mediático. Para ello, nuestra propuesta desde el derecho es asimétrica, es decir, armoniza las bases modernas del proceso penal garantista como la sujeción irrestricta a la ley y la separación de poderes.

De esta manera, plantaremos estándares normativos para detectar investigaciones o procesos judiciales fraudulentos aplicados, en primera instancia, en los crímenes de lesa humanidad del periodo presidencial 1984-1988 del Ecuador y en las violaciones a los derechos humanos originadas en los siguientes gobiernos autoritarios, contabilizados en este trabajo hasta el 2016. Como veremos, desde las más altas esferas estatales se instauró un sistema de impunidad que captó a importantes actores del poder judicial como jueces, fiscales y auxiliares

de la justicia, colocando las indagaciones que se realizaban en aparentes estados de cosa juzgada. Lo dicho solo resulta posible en la actualidad por la permanencia de los poderes irreductibles a la democracia y las prácticas violatorias de las fuerzas de seguridad.

Bajo este panorama, consideraremos que la categoría adjetiva para detectar investigaciones o juicios fraudulentos no solo es aplicable en los crímenes *ius cogens*, además, servirá como herramienta coadyuvante frente a otros escenarios de impunidad del poder, generados por la colusión subterránea del poder político, económico y mediático.

Entonces, plantaremos efectivizar su aplicación en un nutrido grupo de crímenes exclusivos del poder como el crimen organizado; entre sus diferentes manifestaciones están el narcotráfico y el terrorismo que involucran en su participación a políticos, agentes seguridad, jueces y fiscales ecuatorianos, encargados de su investigación y juzgamiento en el conflicto de la frontera colombo-ecuatoriana. Sobre esta actividad existe un beneficio compartido con el poder económico a causa de los actuales procesos de desregulación de la economía internacional. Según estimaciones de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito desde el año 2009 las corrientes financieras ilícitas del tráfico de drogas y otros delitos transnacionales generaba 870 miles de millones de dólares por año, de dicha cifra sólo entre el 30 y 40 % regresa a la ilegalidad, el resto va a la economía y a las actividades lícitas.

Con este panorama, nuestro análisis englobará también a los crímenes del poder económico, que desde su opacidad coadyuvan a la ejecución de crímenes del poder público como los crímenes *ius cogens* sucedidos en Ecuador. Desde otro ángulo, y bajo la complicidad y reciprocidad del poder público, los poderes económicos ejecutan ilícitos propios; entre los que generan un daño social irreversible tenemos los crímenes cometidos por los mercados, las corporaciones financieras nacionales e internacionales. Una clara muestra de estos se presentó en el *feriado bancario* ocurrido en Ecuador entre los años 1998-2000 y la crisis de la burbuja inmobiliaria que sacudió a la sociedad española desde el 2008 en adelante. Estos ilícitos son un vacío propio del derecho penal internacional, calificados como formas de terrorismo financiero y crímenes económicos contra la humanidad, que deberían investigarse con el mismo rigor que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional castiga los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Sin embargo, en el ámbito interno se promueve su persecución a través de las clásicas figuras como el cohecho, la estafa, el espionaje, el tráfico de influencias, el acceso a información privilegiada, entre otras conductas.

Por la extrema colusión del poder político con los poderes económicos y mediáticos, no pueden salir de nuestro marco de análisis los denominados delitos contra la administración pública; en sus diferentes formas de corrupción están la concusión, el cohecho, y otras maneras

de apropiación de la cosa pública. Hemos visto cómo dichos ilícitos afectan a la democracia, la gobernabilidad y ponen en un estado de hibernación a elementales derechos como la salud, la educación, vivienda y otros derechos sociales. En diferentes latitudes se observan gigantescas tramas de corrupción orquestada por los sujetos de poder públicos y privados que secuestran a las instituciones de garantía, por citar los casos más conocidos, tenemos en su momento el caso *Mani pulite* en Italia, el caso *Gürtel* en España y el caso *Sobornos 2012 y 2016* en Ecuador.

En este estado, la investigación intentará responder de forma integral a los crímenes del poder, a pesar de que parte de ellos se perpetraron décadas atrás; no obstante, observaremos cómo en el presente dichas conductas son repetidas, toleradas y normalizadas hasta caer en el terreno de la impunidad. Explicar las actuales colusiones oscuras del poder nos ayudarán a comprender que dichos fenómenos criminales, tanto públicos como privados, no son cuestiones separadas, sino que forman parte de una integración cíclica, bajo un hilo conductor único y entrelazado con la capacidad dañosa del poder a la democracia y a los principales derechos fundamentales.

Para construir los estándares normativos que identifican las investigaciones o juicios fraudulentos aplicables a los escenarios de impunidad del poder, analizaremos la garantía *non bis in idem* que prohíbe juzgar a una persona dos veces por la misma causa. Dicha garantía es alegada con frecuencia por los sujetos de poder en las nuevas indagatorias que se emprenden para descubrir la verdad. Incluso, para develar las colusiones, tramas, patrones y círculos de impunidad, se necesitaron varias décadas en los crímenes de *ius cogens* sucedidos en Ecuador. Un contexto semejante sucede en los otros crímenes que comete el poder político bajo profundas colusiones con el poder económico y el poder mediático, descifrando su participación en el crimen organizado, los crímenes económicos y los gigantescos tejidos de corrupción que analizaremos en este trabajo.

La estructura de la investigación se centra en los crímenes que comete el poder en Ecuador y cómo distrae su persecución por medio de la máxima penalización y el gran encarcelamiento de los delitos de subsistencia. Para reabrir las investigaciones de la criminalidad del poder que reposan en estados de cosa juzgada, examinaremos el verdadero fundamento que prohibirían investigar y juzgar dos veces a una persona por un mismo hecho. Descubriremos que dicha garantía no contiene rasgos absolutos, en consecuencia, cuando los elementos que componen la cosa juzgada estén colocados fraudulentamente a favor de los responsables, es decir, bajo acciones u omisiones dolosas de jueces y de fiscales, es posible emprender nuevas indagatorias sin comprometer el resguardo del *non bis in idem*.

Además, en el campo del proceso identificaremos ciertos resultados injustos cuando este se cierra en estado de cosa juzgada, que se da por la forma como se estructura en el proceso y por la interpretación probatoria de condenar más allá de la duda razonable que rige en nuestras latitudes. También, estudiaremos cómo los sistemas de impugnaciones ecuatoriano y español son insuficientes para revisar una absolución fraudulenta de la gran criminalidad del poder. En ese camino, intentaremos demostrar que los estándares normativos que identifican la cosa juzgada fraudulenta pueden ser insertos dentro del proceso de revisión de sentencias absolutorias; esto con la finalidad de descifrar los entramados de impunidad que cuentan con el aparente resguardo del *non bis in idem*. De esta forma, aplicaremos dichos estándares como muestra de su procedencia al contexto ecuatoriano en un crimen sobresaliente del poder como son los de *ius cogens*. Con el bagaje normativo, doctrinario y jurisprudencial estudiado, propondremos finalmente, de cara al futuro, una perspectiva de aplicación integral de la cosa juzgada fraudulenta en los crímenes que cometen los sujetos de poder.

El estudio se encuentra distribuido en cuatro capítulos. En el primer capítulo analizaremos los crímenes del poder en Ecuador, la persecución de los delitos de subsistencia y la impunidad de los sujetos de poder. Notaremos que el poder en las democracias constitucionales regresa a su estado de naturaleza salvaje pese a los aportes jurídicos y políticos ideados desde la ilustración hasta el actual constitucionalismo. Este fenómeno se presenta en las democracias recientes, denominadas así por su pasado autoritario, donde la impunidad es bien tolerada, no obstante, también es observable en las democracias antiguas caracterizadas por su aparente plenitud institucional como la sujeción a la ley, la separación de poderes y la rendición de cuentas. La primera clasificación corresponde a la frágil democracia ecuatoriana y latinoamericanas, y la segunda engloba a gran parte de los países europeos y de descendencia anglosajona.

El poder en su estado de naturaleza salvaje permanece en las actuales democracias gracias a la capacidad que tiene el poder de *hacer*, es decir, desde la opacidad incide y transforma la entera realidad social magnificando problemas irrelevantes para minimizar los verdaderamente importantes. En este escenario de opacidad los poderes políticos, económicos, y mediáticos generan una crisis en las democracias constitucionales, que, particularmente en Ecuador, crean un daño social irreversible de los principales derechos fundamentales a la vida y la libertad.

Esta crisis del poder en la democracia ecuatoriana es desatendida desde el constitucionalismo, pero también advierte una intervención oportuna del Derecho

Internacional, más en específico del Derecho Penal Internacional. Pues, las nuevas relaciones económicas, políticas y sociales que se nutren gracias a los procesos de globalización y desregulación de la economía mundial, requieren una salida integral más que local. Dichos espacios que veremos son un reto de regulación del actual constitucionalismo, sin embargo, su explicación nos servirá para visibilizar la variedad de crímenes que se desarrollan por la colusión de los poderes políticos, económicos y mediáticos, que incluso bajo los marcos de legalidad se convierten en “poderes salvajes”, tomando las palabras de Luigi Ferrajoli.

De esta forma, identificaremos cuatro espacios de generación de ilicitudes en la esfera constitucional. El primero, considerar al jefe de Estado como la encarnación de la voluntad general; esta idea concibe la perpetración en nombre de la mayoría de una gran variedad de crímenes internacionales que en su momento se dieron en el nazismo, fascismo y también en la esfera ecuatoriana con los crímenes de carácter internacional, los cuales relataremos en el capítulo final.

El segundo, se genera por el conflicto de intereses entre el poder político y el poder económico subordinando el segundo al primero. En este escenario, el poder económico privado desregulado infecta, nutre e incita, por un lado, al poder público en la perpetración de crímenes contra la humanidad, y, por otro lado, el poder económico por su naturaleza ejecuta crímenes propios de delincuencia económica.

El tercer espacio se da por la pérdida del rol de los partidos políticos en las instituciones de garantía del Estado, engendrando una variedad de ilícitos exclusivos de poder, como los conocidos casos de corrupción que sacudieron en su momento a España y Ecuador; sin que dicha patología este neutralizada, pues, a pesar de las respectivas previsiones y control del poder, se espera violentas arremetidas.

El cuarto espacio desatendido es el poder de los medios de comunicación que, desde la confusión y colusión con los poderes económicos y políticos, inciden en la manipulación de la realidad, magnificando problemas menores y minimizando los verdaderamente importantes; como es el caso de generar temor o pánico sobre la delincuencia menor y, de esta forma, desatender a los crímenes que ponen en riesgo la democracia y los derechos fundamentales como los cometidos por la criminalidad del poder.

Los cuatro espacios de generación de ilicitudes nos servirán para observar la capacidad que tiene el poder oculto de desarrollar sobre la delincuencia menor o de subsistencia una máxima penalización de conductas y un gran encarcelamiento de los más vulnerables. La consecuencia o efecto colateral es que se genera un garantismo de clase sobre los crímenes en

el que el poder político, económico y mediático se encuentran involucrados desde la opacidad, denominado en este trabajo como los crímenes del poder.

El estudio avanza por explicar la persistencia del poder en la vieja criminalidad o en los llamados delitos de subsistencia. Para ello, analizaremos cómo el poder selecciona estructuralmente al enemigo; si bien, en la década de los años 70 y 80 en Ecuador se empleó el poder punitivo sobre guerrilleros y disidentes considerados como el enemigo interno, ahora, la consigna se centra en eliminar a “peligrosos delincuentes” compuestos por la delincuencia menor o de subsistencia.

La persecución a la delincuencia menor estanca la actividad investigativa de los crímenes del poder, sustrayendo tiempo, recursos económicos, talento humano y logística de las agencias ejecutivas de seguridad del Estado como policías, jueces y fiscales dedicados a la pesquisa de ilícitos irrelevantes susceptibles de solución en áreas no penales. El eslogan securitista “que ningún delito quede en la impunidad” repetido por diversas autoridades de justicia del Ecuador, produce un hacinamiento carcelario de los más débiles, convirtiendo los centros de internamiento en lugares idóneos para las normalizadas prácticas de tortura y muerte de los internos.

De esta manera, abriremos paso al análisis de los crímenes del poder, denominada así por las formas económicas, políticas y sociales, en gran parte nuevas, que se nutren de los espacios desatendidos por el actual constitucionalismo local y la desregulación de la economía mundial. Por lo tanto, no concebiremos a dichos crímenes como un fenómeno normal ni tampoco marginal como el crimen tradicional, sino inserto en el normal funcionamiento de la sociedad.

La clave de lectura propuesta es la colusión y participación subterránea de poderes políticos, económicos y mediáticos en los crímenes del poder. Como veremos, existen una inmensa variedad de posturas doctrinales y clasificaciones sobre la gran criminalidad del poder, no obstante, hemos agrupado esquemáticamente dos formas de criminalidad del poder unidas por su carácter organizado e impune. Las clasificamos en: a) los poderes abiertamente criminales compuestos por las organizaciones criminales de alcance transicional y las agrupaciones de tipo terrorista; b) los crímenes de los poderes económicos y públicos, conocidos como los crímenes de Estado, entre los que se encuentran los delitos de lesa humanidad analizados en el caso ecuatoriano y, por otro lado, los delitos en contra de la administración pública conocidos como los ilícitos de corrupción en sus diferentes manifestaciones.

Sobre dichos crímenes estudiaremos salidas de persecución interna, aplicando, de manera coadyuvante, la herramienta procesal que identifica investigaciones y juicios fraudulentos. Esto se debe a que el sistema judicial ecuatoriano, desde su retorno a la democracia en 1979 hasta el presente, no rinde las garantías suficientes para investigar y sancionar los crímenes del poder con independencia e imparcialidad judicial. En cada una de las clasificaciones descritas presentaremos casos que confirman la colusión del poder, los cuales arriban a una meditada impunidad.

Con la inclusión de la categoría que identifica la cosa juzgada fraudulenta al sistema de impugnaciones ecuatoriano, pretenderemos enfrentar al gran fenómeno de la criminalidad del poder que coloca en riesgo a la democracia y los derechos fundamentales. Dichos crímenes deben tratarse con una memoria categórica, esto es, asumiendo el pasado, comprendiendo el presente y proyectando al futuro su prevención, investigación y juzgamiento. Es decir, a los crímenes del poder debemos observarlos bajo el prisma de la integralidad, con una mirada hacia el pasado en sentido crítico, no como eventos aislados, esporádicos, sino bajo un hilo conductor único, entrelazado y que es responsabilidad exclusiva de los sujetos de poder; en gran medida obscuro, impune, normalizado y, pocas veces observable, responsable y bajo escrutinio público.

El presente nos abre las puertas a la comprensión integral del comportamiento del fenómeno criminal. Veremos cómo en los crímenes internacionales los policías, jueces y fiscales, es decir, todo el poder judicial, se encontraban al servicio del poder político, el poder económico y el poder mediático. Esta patología no ha desaparecido, por el contrario, permanece la manipulación subterránea de dichos actores en la investigación y juzgamiento de los ilícitos que rodean al crimen organizado, los diversos crímenes efectuados por la delincuencia económica y los delitos de corrupción.

En este estado, y con los crímenes del poder al descubierto, la garantía de la cosa juzgada constituiría una barrera para investigar y juzgar con seriedad a los responsables de los grandes crímenes; en virtud de que, en las nuevas investigaciones por crímenes *ius cogens* instauradas en Ecuador, se alega con frecuencia dicho resguardo constitucional, lo que constituiría una pérdida de la naturaleza de la garantía como tal.

En el segundo capítulo analizaremos la garantía de la cosa juzgada (la disfunción frente al poder, sus fundamentos, la configuración completa y su colocación fraudulenta). En esencia, determinaremos que la garantía *non bis in idem* prohíbe el doble juzgamiento, no obstante, los principales aportes doctrinarios en la materia y la jurisprudencia concuerdan que existen

excepciones a la inmutabilidad de la garantía, sin embargo, no son claros al establecer el método ni el momento procesal para revisarla cuando es definitiva. Como respuesta presentaremos una configuración íntegra de la garantía que será la base para identificar las investigaciones y juicios fraudulentos en el proceso de revisión, es decir, que sin la completa y correcta configuración de sus elementos internos y externos no se podría hablar de cosa juzgada.

Con dicha advertencia edificaremos sus tres elementos internos: la identidad del sujeto activo, es decir, sobre quien recae la acusación del Estado; el objeto de persecución, relacionado con el bien jurídico protegido; y, la causa de persecución. En lo posterior, abriremos paso a la construcción de los elementos externos, compuestos por dos garantías orgánicas de la jurisdicción: la independencia e imparcialidad judicial; resguardos que legitiman o dan valor a las investigaciones y juzgamientos en su conjunto.

En la discusión de la tesis extraeremos en síntesis los principales fundamentos, elementos y problemas de la independencia e imparcialidad judicial, teniendo en cuenta que son garantías que afianzan la construcción y mantenimiento del Estado constitucional de derecho, la sujeción irrestricta de la ley y la separación de poderes. Al mantener sus bases sólidas se garantizan los derechos de los procesados y de las víctimas a un juicio transparente, justo y con las debidas garantías del debido proceso.

En este contexto, realizaremos un breve recorrido histórico de la independencia judicial desde la Revolución francesa hasta llegar a los aportes de las constituciones de posguerra; esto con la finalidad explorar, comprender y tomar sus principales hitos, como son: la división de poderes y la sujeción irrestricta a la ley. Veremos la función de la independencia judicial en las constituciones contemporáneas y el nuevo papel frente a la arbitrariedad pública e ilegalidad privada. Una vez colocadas las bases de la independencia judicial nos adentraremos a sus dos elementos centrales: la independencia judicial externa e interna.

De la primera posicionamos el nombramiento del juez, su inamovilidad y la reserva de la jurisdicción como garantía frente a presiones externas. Para cerrar el análisis y extraer las bases de la independencia judicial, prestaremos especial atención a la independencia judicial interna como garantía de los jueces en su propio gobierno. En este terreno no dejamos a un lado los actuales problemas que impiden una correcta colocación de la garantía, aprovechada precisamente por la criminalidad del poder.

Explicaremos que la carrera judicial tal y como se encuentra estructurada en España y Ecuador es un peligro, pues en dichas esferas se coloca a los jueces en una especie de competición hacia los puestos más cotizados del vértice jurisdiccional. Para llegar a la cúspide

los jueces deben pasar por un proceso de selección y designación en manos del Consejo General del Poder Judicial español y el Consejo de la Judicatura ecuatoriano, organismos que en las dos esferas están infectados por representantes de la política. Precisamente, este órgano de administración judicial posee fuertes conexiones políticas con sujetos de poder privilegiados con aforamientos, correspondiendo su investigación y juzgamiento, paradójicamente, a los altos tribunales designados por dicho órgano de gobierno del poder judicial.

Resaltaremos que la calidad procesal del fuero no garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, en tal virtud, compararemos con otras legislaciones y sugeriremos tomar como ejemplo el caso italiano, que eliminó dicho privilegio procesal para hacer frente a la criminalidad gubernamental gracias a la reacción ciudadana escandalizada por la corrupción de la clase política.

Antes de cerrar el análisis de la independencia judicial interna analizaremos el problema de la sujeción a la ley de los jueces con la jurisprudencia que emanan los altos tribunales, que en el caso ecuatoriano es vinculante y de obligatorio cumplimiento. Por contraste en España dichos fallos no generan sujeción directa, aunque han existido constantes intentos de reformas que pretenden sujetar al juez a las decisiones del vértice jurisdiccional.

Culminaremos el estudio de los elementos externos que componen la cosa juzgada con la garantía de la imparcialidad judicial. Resaltaremos la necesidad de contar con un juez independiente pero también imparcial de intereses personales e institucionales con sujeción a la constitución y a la ley. Justamente en esta investigación impulsaremos por un tipo de juez cognoscitivista que exige un modelo de estricta legalidad donde la motivación de la decisión descarte el plano subjetivo o inhiba la arbitrariedad. Al final, destacaremos que las dos garantías de la jurisdicción, tanto la independencia e imparcialidad judicial, poseen un fuerte contenido histórico, normativo, y que, pese a sus problemas actuales, dependen de un factor cultural, en esencia personal más que institucional.

De esta forma, cerraremos el análisis de los elementos que componen la cosa juzgada. Destacaremos que la correcta configuración de los elementos internos y externos, que se obtuvieron de forma debida, justa, y con el debido proceso, constituyen del *non bis in idem* una garantía inmutable como tal. En consecuencia, los elementos detallados sirven para construir un estándar normativo que identifique procesos judiciales fraudulentos, es decir, cuando sea evidente la mala fe procesal o dolo manifiesto de jueces, fiscales y auxiliares de justicia, en procesos donde los poderes políticos, económicos o mediáticos inciden en su beneficio.

En el tercer capítulo veremos los resultados injustos de la cosa juzgada y las insuficiencias del sistema de impugnaciones frente a las absoluciones fraudulentas. En las investigaciones y procesos judiciales existen dos escenarios: por un lado, que se resuelva la libertad del inocente o que se condene al culpable, hasta aquí podríamos decir que la justicia cumple con su rol de acuerdo con la estructura constitucional establecida; por otra parte, en el desarrollo del proceso judicial hay errores que desencadenan en decisiones judiciales injustas, como es la condena de un inocente y la absolución de un culpable.

En esencia, identificaremos dos causas de error en la resolución final de la cosa juzgada, las cuales se presentan por la estructura del proceso y por el estándar de interpretación probatoria:

Por la estructura del proceso: en este terreno y desde una óptica de política legislativa, es decir, desde una mirada exterior del proceso, identificaremos resoluciones como el falso hallazgo inculpatario y el falso hallazgo exculpatario; a esto nos referimos cuando se condena al inocente y cuando se absuelve a un culpable, respectivamente. Dichas decisiones pueden ser válidas e inválidas, revocables e irrevocables (sobre este nutrido grupo de errores nos interesan las resoluciones absolutorias consideradas como inválidas e irrevocables, sobre las cuales el sistema de impugnación ecuatoriano y español no edifica la causal de revisión).

Por el estándar de interpretación probatoria: para conocer su naturaleza recogeremos los dos estándares que la doctrina posiciona; el primero llamado de libre interpretación probatoria de condenar “más allá de la duda razonable” y, el segundo, es conocido como la interpretación probatoria objetiva que elabora estándares y fórmulas desde las diferentes perspectivas, con la finalidad de reducir al máximo el error y discrecionalidad judicial causado por el primer estándar.

De ahí que los ordenamientos jurídicos de Ecuador, España y de otras latitudes, acogen el estándar de la libre valoración probatoria. Precisamente, este espacio de interpretación probatoria es aprovechado para posicionar una absolución fraudulenta, lo cual se logra entregando un sentido fraudulento o doloso del que realmente corresponde a los elementos de prueba, es decir, mal interpretando el estándar. Pero este tipo de absoluciones fraudulentas o las condenas erróneas son susceptibles de identificación gracias a la garantía de motivación o explicación del fallo, donde se lleva adelante un verdadero ejercicio del saber sobre el poder, según Ferrajoli.

En este sentido, los resultados injustos o errores judiciales de culpabilidad o inocencia pueden ser subsanados aparentemente por las vías de impugnación que el sistema edifica. Los remedios procesales ordinarios (apelación, nulidad, casación) y los constitucionales (acción

extraordinaria de protección en Ecuador y amparo constitucional en España), son suficientes en un primer momento para revertir una condena o absolución injusta. Sin embargo, veremos que el sistema de impugnaciones es insuficiente para revertir las absoluciones fraudulentas en complejas estructuras de la criminalidad del poder, donde jueces, fiscales y auxiliares de la justicia se encuentran abstraídos de las garantías de independencia e imparcialidad judicial.

En Ecuador se necesitaron varias décadas para identificar, develar, investigar y procesar las tramas de corrupción política y judicial en los crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos, culminando así el tiempo que la ley concede para interponer los recursos ordinarios y constitucionales. Además, el sistema de impugnaciones no edifica la causal de revisión que permita examinar las sentencias absolutorias tratadas en investigaciones o juicios fraudulentos. Situación que no sucede cuando se trata de revisar las sentencias de un inocente condenado por error judicial.

Este panorama nos permitirá penetrar en el análisis del recurso de revisión como un mecanismo eficiente para revisar las resoluciones de la persona inocente condenada pero inexistente para las absoluciones fraudulentas. En este terreno, exploraremos cada una de las causales que sirven para revisar las condenas erróneas en la legislación española y ecuatoriana contenidas en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), y 658 del Código Orgánico Integral Penal. Observaremos que los supuestos tasados resultarían también aplicables para revisar las resoluciones del culpable absuelto. Además, se torna factible introducir una causal propia de revisión cuando se trate procesos fraudulentos.

El examen del recurso de revisión nos lleva a tratar las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sobre revisión de investigaciones o juicios fraudulentos.

El Tribunal de Estrasburgo en el caso *El Masri vs. Macedonia* del año 2013 estableció que el carácter insuficiente de la investigación abierta afecta el derecho a la verdad de las víctimas, resaltando la importancia del presente asunto no solo para el recurrente y su familia sino también para otras víctimas de crímenes similares y la sociedad. De este modo, el art. 35 del Convenio Europeo de Derechos Humanos entrega legitimación activa a las víctimas cuando exista violación a los derechos establecidos en el Convenio. Sin embargo, el ambiente se torna desolador cuando la LECrim en el literal d) limita la revisión de la condena errónea previa resolución del TEDH, dejando a un lado la posibilidad de revisar la absolución fraudulenta que afecte los derechos de las víctimas.

En cambio, la Corte IDH ha instado a los Estados a eliminar las barreras jurídicas internas para revisar las condenas erróneas y absoluciones fraudulentas. Así, veremos lo

sucedido en Chile en el caso *Mapuche-Norín Catrimán y Otros* y en Argentina con el caso *Fontevicchia y D'Amico*. En estos casos, la Corte IDH solicitó revisar las condenas erróneas a dichos Estados; como respuesta, las Cortes Supremas de los países examinados alegaron la falta de un mecanismo idóneo para materializar lo resuelto y la no obligatoriedad de los mandatos internacionales.

En este mismo sentido, se ha pronunciado la Corte IDH frente a la cosa juzgada fraudulenta en investigaciones y juzgamientos de crímenes de *ius cogens*, solicitando a los Estados la construcción de mecanismos jurídicos internos que permitan alcanzar la verdad, la justicia, reparación de las víctimas y la condena de los responsables. Dicho desarrollo jurisprudencial se plasmó en varias sentencias que develaron impresionantes tramas de impunidad en el sistema de justicia latinoamericano.

De la exploración realizada, evidenciamos que Colombia es un ejemplo a nivel internacional para revisar juicios fraudulentos en las jurisdicciones internas, a través del control judicial previo realizado por la Corte Suprema de ese país. Aunque es un avance importante para los casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones graves de derecho internacional humanitario, sin embargo, excluye la revisión de las diversas infracciones perpetradas por la criminalidad del poder.

Culminando el examen de las resoluciones internacionales retornamos a la jurisdicción interna para observar la fórmula de cierre inconclusa en la jurisdicción constitucional. En Ecuador se encuentra regulada la acción extraordinaria de protección como mecanismo de tutela de procesos donde se hayan violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución. Esta acción constitucional permite revisar sentencias o autos violatorios del debido proceso, sin embargo, detectamos insuficiencias interpretativas y normativas que obstaculizan el cauce de la justicia constitucional en las sentencias o autos fraudulentos.

La insuficiencia interpretativa se debe por la forma como la Corte Constitucional del Ecuador usa mayoritariamente el método de interpretación literal y teleológica; que por su naturaleza impide al intérprete crear o ampliar los límites legales por la vigencia estricta del principio de legalidad en materia penal. En tanto que, un presupuesto procesal de admisión es que la Corte deberá sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional. Esta ambigua resolución condiciona el acceso a la garantía constitucional a una valoración subjetiva del intérprete, dejando en el terreno las oscuras influencias de los poderes políticos, económicos y mediáticos, interesados en el desenlace de las investigaciones y procesos penales.

También hay una obscura regulación de la acción, ya que la misma no es clara si procede sobre sentencias o sobre el juzgamiento. Pues, en materia procesal las sentencias y el juzgamiento en sí corresponden a dos pasajes procesales diferentes delimitados por el principio de preclusión. En este punto, precisaremos que la claridad y rigurosidad en la formulación de la norma constitucional y legal inhibe el activismo judicial como uno de los problemas de la amplia discrecionalidad judicial, ya que las imprecisiones del lenguaje legal afectan el derecho a los ciudadanos a la seguridad jurídica, esto es, a tener normas claras, públicas y aplicadas correctamente.

Además, como último obstáculo en la justicia constitucional, veremos la falta de tiempo para interponer dicha acción constitucional en complejas estructuras de criminalidad del poder. Si se logran sortear los obstáculos hasta aquí enunciados, los accionantes, que en el caso ecuatoriano puede ser la víctima o el fiscal, tienen el término máximo de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho. No obstante, las impresionantes tramas de corrupción del Poder Judicial ecuatoriano abstraen a jueces y fiscales de sus garantías de independencia e imparcialidad judicial que impiden interponer las acciones adjetivas y constitucionales en los términos legales.

Precisamente, la trama de impunidad que envolvía a los crímenes de *ius cogens* se develó después de varias décadas, reposando en la actualidad los procesos en estados de cosa juzgada por los obstáculos del sistema de impugnaciones ordinario y constitucional. A esto debemos añadir, que por la misma suerte corren los crímenes que comete el poder bajo profundas colusiones con los poderes irreductibles a la democracia.

Para finalizar, en este capítulo examinaremos la tensión que se genera entre los principios de justicia y de seguridad jurídica cuando se trata de revisar una sentencia en estado de cosa juzgada. Cuando se trata de liberar al inocente condenado el sistema cede a favor de la verdad sobre la seguridad, pero no sucede lo mismo cuando se trata de revisar la absolución fraudulenta, en este caso, prima la seguridad jurídica sobre la verdad material. Veremos que el descredito y la tranquilidad del sistema son los argumentos sobresalientes para impedir la revisión de las resoluciones que son de nuestro interés.

Para remover los obstáculos normativos internos, en torno a la posibilidad de revisar sentencias o investigaciones fraudulentas, existen dos salidas jurídicas detectadas:

La primera es una salida axiológica o mediante el método de ponderación. En este sentido, los tribunales ecuatorianos entregaron mayor peso argumentativo a los principios de justicia, verdad y reparación de las víctimas; teniendo como antecedente las sentencias de la

Corte IDH que forman parte del ordenamiento jurídico interno a través del bloque de constitucionalidad.

En realidad, no se desconoce la importancia de los hitos jurisprudenciales y el método utilizado por la Corte ecuatoriana para terminar con décadas de impunidad, sin embargo, el camino allanado nos obliga a proponer una segunda salida jurídica que se manifiesta en dos momentos: en primer lugar, promovemos la extensión de las causales de revisión a sentencias absolutorias, y, en segundo lugar, impulsamos edificar estándares normativos para identificar procesos fraudulentos que deberán insertarse como una causal nueva de revisión.

De esta manera, la propuesta encaja con el modelo de juez que proponemos, el cual está sujeto al principio de legalidad como base de la separación de funciones, pues, entregar potestades interpretativas sin un marco normativo de aplicación genera discrecionalidad en la decisión y, en consecuencia, escasa seguridad jurídica para los derechos de las víctimas y de los perpetradores. Precisamente, veremos cómo en casos de crímenes *ius cogens* se resolvió de manera distinta, es decir, se declararon que investigaciones y procesos judiciales reposan bajo el resguardo *non bis in idem* por no existir una norma procesal que facilite su nueva apertura, investigación y juzgamiento.

En el cuarto capítulo se edificará y aplicará la categoría de la cosa juzgada fraudulenta en los crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos en Ecuador. Este capítulo comenzará por contextualizar aspectos sociales, económicos y políticos del régimen presidencial de León Febres Cordero del periodo 1984-1988 donde se cometieron crímenes de lesa humanidad. Además, se realizará una breve aproximación a los siguientes gobiernos autoritarios responsables de diversas violaciones a los derechos humanos contabilizados en este trabajo hasta el 2016. El capítulo analizará de forma integral la conformación de las estructuras de seguridad en Ecuador, destacando el papel de la Unidad de Investigaciones Especiales (ente adscrito al poder ejecutivo) y responsable de diversos ataques en contra de la población civil, alteración y falsificación de documentos legales, influencia e intimidación a jueces, fiscales y a unidades encargadas de la aclaración de dichos crímenes. Aunque dicha Unidad Especial se eliminó formalmente en el año 2008, sus prácticas permearon en otras Fuerzas de Seguridad, por lo que se podría afirmar que permanece vigente en la frágil democracia ecuatoriana.

El sistema de impunidad ideado desde los poderes políticos, económicos y mediáticos no resulta eficaz sin el control y participación bajo acciones y omisiones del poder judicial. Observaremos el negligente y doloso papel de los médicos encargados de practicar reconocimientos corporales y autopsias a víctimas de detenciones ilegales, torturas y

ejecuciones extrajudiciales. Un aspecto vital que analizaremos es la fraudulenta actuación de jueces y fiscales encargados de las indagaciones que, por un lado, delegaban la actividad investigativa a los propios cuerpos de seguridad que figuraban como sospechosos. Y, por otro lado, participaban en interrogatorios de las víctimas que eran sometidas a intensas torturas. De esta forma, omitieron su deber de proteger e investigar los crímenes de las fuerzas de seguridad.

Para aplicar los estándares que identifican la cosa juzgada fraudulenta extraeremos, de los cerca de 120 casos de crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos sucedidos en Ecuador, 4 casos paradigmáticos donde se logran visibilizar y recoger patrones de impunidad generalizados y el papel de la justicia en la incorrecta colocación de la garantía *non bis in idem*.

Los dos primeros casos: «Azuay: la muerte de Ricardo Merino y la tortura a la población civil» y «la captura internacional, tortura, y muerte de Arturo Jarrín», corresponden a un crimen de lesa humanidad ocurrido en el periodo presidencial de 1984-1988. Y los casos «la desaparición forzada de Ivonne Cazar» y «el caso González y otros: más que una masacre en la farmacia Fybeca» pertenecen a un nutrido grupo de violaciones a los derechos humanos sucedidos en los siguientes gobiernos autoritarios después del año 1988 hasta llegar al 2016. Como se advirtió, las prácticas violatorias a los derechos por parte de las fuerzas de seguridad y el papel de la justicia en la incorrecta colocación de la garantía, todavía permanecen en la frágil democracia ecuatoriana.

Con este contexto, arribaremos a la edificación y aplicación de estándares que identifican investigaciones y procesos judiciales fraudulentos. Para ello, tomaremos los elementos internos y externos que configuran la cosa juzgada. Además, por las particularidades del caso, añadiremos otros ingredientes que coadyuvarán a su individualización completa, los mismos que son tomados de la normativa y jurisprudencia internacional como el art. 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el art. 9 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, el art. 20 del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Jurisprudencia de la Corte IDH.

Los estándares aplicados en los casos descritos son los siguientes:

1. Procesos seguidos fuera de la jurisdicción ordinaria.
2. Procesos sin los elementos internos de la cosa juzgada.
3. Procesos sin los elementos externos de la cosa juzgada.
4. Procesos sin garantías procesales reconocidas por el derecho internacional.

5. Procesos sin diligencias necesarias realizando acciones procesales de forma incorrecta, aparente o fraudulenta.
6. Procesos sin riesgo a contraer responsabilidades penales del imputado ante la justicia con resultado de cosa juzgada fraudulenta.

Los estándares normativos intentan atacar a investigaciones y juicios que se cerraron con estados que aparentaban cosa juzgada. La incorrecta colocación de sus elementos mediante acciones u omisiones, realizada por jueces y fiscales de forma dolosa, nos alertan de su fraudulencia. Es importante aclarar que para la aplicación del estándar no se requiere la concurrencia de cada uno de los elementos detallados, solo bastará que se demuestre que una de las cuestiones se encuentra infectada para confirmar que la garantía que prohíbe el doble juzgamiento no se cumple. En consecuencia, es posible emprender nuevas investigaciones y procesos judiciales que permitan ubicar de forma debida y justa los elementos quebrantados, visibilicen la participación de las víctimas y se establezca la responsabilidad de los perpetradores.

Al hilo analizaremos la resolución de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en el caso «González y otros» frente a la cosa juzgada fraudulenta. La Corte ecuatoriana para terminar con décadas de impunidad acogió los hitos establecidos por la Corte IDH, mediante el llamado control de convencionalidad de las sentencias, y resolvió su obligatorio cumplimiento para los operadores jurídicos. Es decir, eliminó las barreras jurídicas internas que prohibían revisar sentencias absolutorias y declaró la responsabilidad de los perpetradores pese a que el proceso reposaba con estado de cosa juzgada. El sorteo de obstáculos jurídicos en su momento fue necesario al ser la primera resolución que ataca la cosa juzgada fraudulenta, sin embargo, aquella constituye un punto de partida para producir la norma que permita revisar e identificar los procesos e investigaciones viciadas en cientos de casos de la especie.

Veremos que acoger el pronunciamiento de la Corte IDH y de la Corte Nacional de Justicia para resolver los futuros casos no es suficiente y tiene resultados ambiguos, en virtud de que no todos los jueces, tribunales y Cortes de justicia del Ecuador declaran la existencia de la cosa juzgada fraudulenta tal y como lo hizo en su momento la alta corte ecuatoriana. La incertidumbre se genera cuando en una resolución del caso «Ivonne Cazar» los jueces de primer nivel negaron técnicas especiales de investigación aduciendo que dicho proceso reposaba bajo el manto del *non bis in idem*. En consecuencia, existen diversas interpretaciones en la aplicación del control de convencionalidad y del método ponderativo, situación que examinaremos a detalle. En este caso, veremos que se coloca en riesgo las pretensiones de

justicia de la víctima y la seguridad jurídica de los incoados. Por tal razón, no se puede dejar a discreción de jueces y fiscales el inicio y tramitación de nuevas investigaciones o procesos penales que permitan develar los sistemas de impunidad, de hecho, debe y tiene que ser un imperativo legal que guarda total armonía con los deberes internacionales asumidos por el Estado ecuatoriano.

Finalmente, abordaremos la obligación internacional de incorporar la cosa juzgada fraudulenta al recurso de revisión en el proceso penal ecuatoriano, puesto que la vía ordinaria y constitucional de impugnación se torna insuficiente en complejas estructuras de criminalidad del poder; a lo que se debe sumar la amplia discrecionalidad judicial en la resolución de casos, adoptando el control de convencionalidad y el método de ponderación judicial.

Es importante recalcar que no se desconoce la obligatoriedad de los mandatos del Sistema Interamericano, no obstante, aquellos hitos jurisprudenciales que atacan las absoluciones fraudulentas tendrían mayor eficacia mediante una tipificación interna. Propuesta que empata con el modelo de juez impulsado, es decir, sujeto a su labor de conocimiento y aplicación de la norma entregada por el legislador.

En consecuencia, la producción normativa de estándares que identifican procesos fraudulentos, saldará una cuenta pendiente con otras obligaciones internacionales asumidas por el Estado ecuatoriano en materia de derechos humanos, como la restricción de jurisdicciones policiales o militares para investigar crímenes internacionales; la prohibición de la prescripción de delitos y penas; el otorgamiento de amnistía, asilo y refugio; y, la justificación de la obediencia debida.

Metodología

El objetivo de la investigación se centra en el análisis de los crímenes del poder y en el impulso de una herramienta procesal llamada «cosa juzgada fraudulenta», con el fin de desentrañar patrones y sistemas de impunidad del poder.

Para arribar al objetivo de la tesis se utiliza una metodología interdisciplinar desde el aspecto jurídico; que vincula diferentes doctrinas jurídicas del derecho, la filosofía jurídica, la teoría del derecho, el derecho constitucional, la criminología crítica, el derecho procesal y el derecho internacional de los derechos humanos. Las disciplinas descritas conectan con el estudio teórico y práctico de los crímenes del poder; su nacimiento, desarrollo, la investigación, la impunidad y el impulso de la cosa juzgada fraudulenta como mecanismo de respuesta procesal al escenario planteado.

En la primera parte del trabajo se indaga desde los estudios de la filosofía política - jurídica y constitucional los fundamentos del poder en la democracia constitucional. En este aspecto se estudia el ideal de visibilizar el poder recogido en la ilustración hasta el actual constitucionalismo, el cual fracasa por la capacidad que tiene del poder de *hacer*, es decir, a partir los estudios detallados, se identifica que el poder opaco incide y transforma la realidad social magnificando problemas irrelevantes y minimizando los verdaderamente importantes.

El escenario planteado permite identificar desde el constitucionalismo ecuatoriano y global una crisis en la democracia actual, generando cuatro espacios desatendidos o de ilicitud constitucional, donde precisamente se desarrollan los crímenes del poder.

Antes de detallar la concepción teórica y práctica de los crímenes del poder y su impunidad, identificamos desde la disciplina de la criminología crítica la dirección actual del poder punitivo del Estado en insistir en la persecución de los llamados delitos de menores o de subsistencia. En este terreno conceptualizamos la selección estructural del enemigo, la evolución histórica en el Ecuador en la década de los 80 y en este nuevo milenio, en la cual inciden en su penalización y persecución los poderes políticos, económicos y mediáticos. Se describe y analiza la deriva inflacionista de conductas penales en los delitos menores que contravienen los postulados garantistas de necesidad, lesividad y proporcionalidad. Con el apoyo de datos estadísticos demostramos el gran encarcelamiento de personas pobres en prisión de varios países de la región, pero principalmente en el Ecuador que, según cifras oficiales las prisiones están hacinadas; lugar donde se normaliza la práctica de la tortura y muerte de personas pobres en prisión. Esta visión nos permite identificar la capacidad que tiene el poder

de distraer la persecución a los delitos menores o de subsistencia, dejando por otro lado, una meditada impunidad de los crímenes del poder.

Para justificar la clasificación de los crímenes del poder nos apoyamos en estudios del derecho constitucional, derecho internacional penal, y de las principales corrientes de la criminología crítica. Esquematizamos dos grandes clasificaciones: 1. Los poderes abiertamente criminales donde convergen el crimen organizado y la actividad terrorista, y, 2. Los crímenes de los poderes: siendo los crímenes económicos, los crímenes contra la humanidad y los crímenes de corrupción o contra la administración pública. La clasificación teórica se asienta en escenarios reales de Ecuador y España, donde se logra identificar la participación y profundas colusiones subterráneas de los poderes políticos, económicos y mediáticos en los crímenes. La descripción y análisis señalado sirve para demostrar la impunidad de los diferentes crímenes del poder y la importancia de tratarlos con una memoria categórica del pasado, el presente y una perspectiva al futuro investigativo.

El análisis de este primer momento de la investigación sirve para describir los crímenes del poder, la distracción a los delitos menores y su impunidad. En el ámbito del derecho constitucional y derecho penal extraemos la garantía de la cosa juzgada que prohíbe juzgar a una persona dos veces por un mismo hecho. Se analiza la disfunción de la garantía frente a escenarios de impunidad del poder, los verdaderos fundamentos de la garantía y la mutabilidad de la garantía como tal. Con esta posición teórica se recogen de la doctrina, la jurisprudencia nacional e internacional el contenido de la cosa juzgada. Identificamos una triple composición en el elemento interno de la garantía, siendo la identidad del sujeto activo, el bien jurídico protegido y la causa de persecución. En tanto que el contenido externo extraemos de las garantías de la jurisdicción de independencia e imparcialidad judicial. Luego buscamos desde la ilustración hasta el actual constitucionalismo el origen y los fundamentos de la independencia judicial, siendo la separación de funciones y el principio de legalidad. Se desarrolla la independencia judicial externa e interna, con sus distintos niveles de garantía y visibilizamos los problemas más sobresalientes. Al hilo se posiciona la otra garantía de imparcialidad judicial con su justificación doctrinaria y constitucional.

Los elementos de la cosa juzgada a nivel externo e interno sirven para posicionar a la garantía con sus dos dimensiones. La primera es que la garantía cumple su función protectora cuando los elementos detallados están colocados de forma debida y justa. La segunda dimensión es que ante la posición dolosa por parte de jueces, fiscales y encargados de la investigación se posiciona la llamada cosa juzgada fraudulenta.

El tercer momento de la investigación se identifican los resultados injustos de la cosa juzgada y la insuficiencia del sistema de impugnaciones ecuatoriano y español frente a las llamadas absoluciones fraudulentas. En este terreno utilizamos las herramientas de la epistemología jurídica y el derecho procesal para identificar en el proceso los resultados injustos de condena a un inocente y la absolución a un culpable. Dichas resoluciones se dan por la estructura del proceso y por la dolosa o mala interpretación del estándar de libre valoración probatoria.

El sistema ordinario de impugnación ecuatoriano y español se torna insuficiente para nulificar o revisar las absoluciones fraudulentas cuando estas son definitivas. Para demostrar la anomia de los sistemas jurídicos utilizamos los mecanismos ordinarios de impugnación como son la apelación, nulidad y casación desarrollados en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador y la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español. Para dar cuenta de su insuficiencia se agrega la incidencia política, económica y mediática en la investigación, proceso y resolución final.

El mecanismo que podría ser suficiente para revisar las absoluciones que son de nuestro interés es el recurso de revisión. Desarrollamos los fundamentos, la legitimación activa para recurrir, el plazo, la prescripción y los motivos de revisión. Sin embargo, la legislación ecuatoriana y española no permite revisar sentencias absolutorias sean o no de tipo fraudulentas. En este espacio identificamos una disonancia con las obligaciones de acceso a la justicia y el derecho a verdad de las víctimas asumidas por los Estados a nivel internacional al no permitir la revisión de sentencias o resoluciones fraudulentas, para ello nos adentramos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De vuelta a los mecanismos de impugnación a nivel interno, en este caso en la jurisdicción constitucional, identificamos insuficiencias interpretativas y normativas en torno a la acción extraordinaria de protección en el Ecuador, esto cuando se trata de identificar complejas estructuras de criminalidad del poder.

Antes de finalizar la tercera parte del trabajo se trata la tensión originada entre la decisión justa y la seguridad jurídica cuando el sistema ordinario de impugnación permite la revisión de una sentencia condenatoria injusta y no de una sentencia absolutoria con contenido fraudulento. En este espacio, se presentan distintas soluciones desde el constitucionalismo principialista o axiológico y desde el constitucionalismo garantista o normativo, al cual nos adherimos por comulgar con los pilares fundantes del Estado Constitucional de Derecho como es el principio de legalidad y la separación de funciones. La propuesta plasmada en la

investigación radica en la producción legislativa de la causal de revisión que permita identificar desde un aspecto normativo la cosa juzgada fraudulenta.

En la etapa final de la investigación se extrae un crimen del poder como son los crímenes contra la humanidad, y se aplica la figura de la cosa juzgada fraudulenta. Para ello se toma como ejemplo el contexto ecuatoriano del régimen presidencial 1984-1988 donde se ejecutaron crímenes de lesa humanidad y las violaciones a los derechos humanos de los siguientes gobiernos autoritarios, contabilizados en la investigación hasta el 2016. Se demuestra en los casos «Azuay», «Arturo Jarrín», «Ivonne Cazar» y «González y Otros», que existe un sistema de impunidad generalizado de los encargados de la investigación como son jueces, fiscales y auxiliares de justicia, quienes carecían de las garantías de independencia e imparcialidad judicial. En este estado se cerraron las investigaciones bajo el resguardo del *non bis in idem*, incluso, en algunos casos, los procesos fueron ratificados por la jurisdicción ordinaria.

Para demostrar su aplicación práctica de la cosa juzgada fraudulenta en un crimen sobresaliente del poder, lo que no descarta su aplicación en los otros crímenes, se extraen los elementos internos y externos de la cosa juzgada analizados en el segundo capítulo, además, se añaden otros elementos tomados de la normativa y jurisprudencia internacional, siendo en su conjunto los siguientes estándares normativos: 1) Procesos seguidos fuera de la jurisdicción ordinaria. 2) Procesos sin los elementos internos de la cosa juzgada: la identidad del sujeto activo, el objeto y la causa de persecución. 3) Procesos sin los elementos externos de la cosa juzgada: independencia e imparcialidad judicial. 4) Procesos sin garantías procesales reconocidas por el derecho internacional. 5) Procesos sin diligencias necesarias, realizando acciones procesales de forma incorrecta, aparente o fraudulenta. 6) Procesos sin riesgo a contraer responsabilidades penales del imputado ante la justicia.

Para demostrar su aplicación práctica, pero con ciertos matices y diferencias, tomamos como ejemplo la sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el caso «González y otros» en 2013, que declaró la existencia de la cosa juzgada fraudulenta del primer proceso que ratificaba la inocencia a los perpetradores. La Corte ecuatoriana declaró como no juzgados los hechos del 19 de noviembre de 2003 al interior de la farmacia Fybeca, donde 8 personas fueron ejecutadas por las fuerzas de seguridad y otras dos desaparecieron. Lo resuelto fue gracias a la aplicación del Control de Convencionalidad de sentencias internacionales, sin embargo, dicho método en la práctica jurisdiccional genera múltiples interpretaciones para las aspiraciones de justicia de las víctimas y la seguridad de los investigados. Pues en otros casos

de similares características los jueces alegan la no obligatoriedad de los mandatos internacionales.

Como respuesta a las salidas ambiguas de la justicia ecuatoriana impulsamos la incorporación de la cosa juzgada fraudulenta a la legislación interna, lo que permitirá el acceso a la justicia de las víctimas no solo en los crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos relatados en este trabajo, sino también, al nutrido grupo de ilícitos que componen los crímenes del poder.

Al enfoque metodológico interdisciplinario de distintas áreas del derecho, la filosofía y la política, se añade al trabajo de investigación; la lectura de fuentes escritas, doctrinales, normativa y jurisprudencia nacional e internacional.

Finalmente, la elaboración de la tesis doctoral se debe al trabajo de educador y defensor en el Frente Ecuatoriano de Derechos Humanos desde el 2006. Luego con el acceso a fuentes teóricas y prácticas en la Fiscalía General del Estado de Ecuador en calidad de asistente, secretario y Fiscal de Derechos Humanos desde el 2015 hasta la actualidad. La formación académica de abogado en la Universidad de Cuenca en 2012, Especialista y Máster en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar en 2015, y Máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de Valencia en 2018. El tiempo para realizar la tesis doctoral ha sido de tres años desde la matricula en el Doctorado de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional. La elaboración de la tesis fue posible gracias a la licencia por estudios en el extranjero otorgada por la Fiscalía General del Estado del Ecuador y a la financiación de la Universitat de València y del Ayuntamiento de Valencia con la Beca de doctorado Juan Castelló.

En el periodo de investigación fue determinante las tutorías, acompañamiento y ánimos recibidos los codirectores Cristina García Pascual y Ricardo Juan Sánchez, a quienes conocí en el Máster en Derechos Humanos Democracia y Justicia Internacional en 2017. La formación transversal y específica: seminarios, cursos, talleres y congresos impartidos por miembros del Institut de Drets Humans de la Universitat Valencia fue determinante.

Capítulo I

Los crímenes del poder en Ecuador. La persecución de los delitos de subsistencia y la impunidad de los sujetos de poder

1. El regreso del poder al estado de naturaleza salvaje en la democracia constitucional

Uno de los principales aportes del pensamiento liberal y democrático fue la transferencia del poder al Estado representado por un gobernante, quien se encuentra sometido al principio de legalidad y a la separación de poderes. Para Norberto Bobbio, uno de los tres sucesos que caracterizan a la filosofía social de la época moderna es: «el contractualismo del siglo XVII y XVIII, que parte de la hipótesis de que antes de la sociedad civil existe el estado de naturaleza en el que los soberanos son individuos libres e iguales, los cuales se ponen de acuerdo para dar vida a un poder común que tiene la función de garantizar la vida y la libertad de estos individuos (además de la propiedad)»¹.

La idea se centraba en la inclusión del individuo a la sociedad política sin la intermediación de organizaciones políticas, es decir, una sociedad conformada por muchos individuos y sus representantes directos; lo que ha sucedido ahora es exactamente lo opuesto. De modo que, para Bobbio: «los grupos se han vuelto cada vez más los sujetos políticamente relevantes, las grandes organizaciones, las asociaciones de la más diferente naturaleza, los sindicatos de las más diversas actividades, los partidos de las más diferentes ideologías y cada vez menos los individuos»².

Hoy en día los grupos de poder son los protagonistas de la sociedad democrática, sujetos a vínculos y límites constitucionales, en teoría; sin embargo, su actuación desborda ese control convirtiéndose en poderes desregulados. Por lo tanto, podemos aceptar la denominación de Ferrajoli en *poderes salvajes*³: que no conocen límites sino el de su propia naturaleza. En este sentido, bien es traído por Perfecto Andrés Ibáñez, que ese título se reserva para los «animales

¹ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia* (México: Fondo de Cultura Económica, 2017), 29. Los otros dos acontecimientos que caracterizan a la filosofía en la época moderna son: el nacimiento de la economía política y la filosofía utilitarista, de Bentham a Mill.

² *Ibid.*

³ Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional* (Madrid: Trotta, 2011). La expresión de libertad salvaje y sin ley, de la que habla Kant, como poder del más fuerte. En cuanto no sujeto a límites y a reglas, que inevitablemente se afirma en el estado de naturaleza por la falta de los límites jurídicos que caracterizan al Estado jurídico o de derecho. En Immanuel Kant, *La Metafísica de las Costumbres*. Trad. por Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho (Madrid: Tecnos, 2005), 146.

no domesticados, generalmente feroces» explicado en un terreno inusual: el de la política; que incluso, bajo los marcos de legalidad y bajo controles, experimenta violentas arremetidas⁴.

A menudo, la noción acogida por algunos políticos acerca del régimen democrático, se limita a un mero aspecto formal, es decir, que el voto de las mayorías legitima su accionar. De esta premisa, surge una aparente dificultad para un Estado democrático de derecho, según Luis María Díez-Picazo, pues, la exigencia de responsabilidad penal a los gobernantes deriva precisamente de la legitimación democrática de estos. El supuesto problema radica en la tensión de dos principios contrapuestos: el Estado de derecho (igualdad ante la ley, sumisión de los gobernantes a la legalidad, etc.) y la democracia (carácter representativo de los cargos públicos, responsabilidad política, etc.)⁵.

Por una parte, quienes son sensibles a las exigencias de la democracia, no suelen ver con buenos ojos la aplicación de la legalidad penal a los gobernantes, porque puede llegar a violentar los dictados de la voluntad popular. Un buen ejemplo de esta tensión, puede ser la controvertida sentencia del Tribunal Supremo de España del *procés* STS 459/2019, en contra de nueve dirigentes políticos y sociales del independentismo catalán; podría verse desde la óptica de los sentenciados y sus seguidores como una intervención de la justicia en las decisiones políticas⁶. Al contrario, quienes ponen el acento sobre las exigencias del Estado de derecho, creen que los mecanismos del proceso político no bastan por sí solos para evitar el exceso de los gobernantes; en especial, cuando los casos de criminalidad gubernativa afectan al correcto funcionamiento de la democracia misma. Por eso, alientan a la aplicación rigurosa de la legalidad penal a los gobernantes, que podría conducir a la moralización de la vida pública⁷.

La idea política o formal de la democracia no permite dar cuenta con su verdadero significado, toda vez que el respaldo popular no es suficiente para legitimar las decisiones del poder; recordemos que producto de la aparente legitimidad de los gobernantes se cometieron, en nombre de las mayorías, los execrables crímenes del fascismo y nazismo. Es precisamente

⁴ Perfecto Andrés Ibáñez, prólogo a *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, de Luigi Ferrajoli (Madrid: Trotta, 2011), XI.

⁵ Luis María Díez-Picazo, *La criminalidad de los gobernantes* (Barcelona: Crítica Grijalbo Mondadori, 1996), 30.

⁶ Al respecto puede consultarse el análisis crítico de Antoni Llabrés Fuster, «Rebelión no, sedición tampoco (A propósito de la STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el *procés*)», *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 26 (2019): 77-110, <https://doi.org/10.36151/td.2019.16.Y>, Reyes Rincón, «Sentencia del “procés”: penas de 9 a 13 años para Junqueras y los otros líderes por sedición y malversación», *El País*, 15 de octubre de 2019, acceso el 8 de junio de 2020, https://elpais.com/politica/2019/10/14/actualidad/1571033446_440448.html

⁷ Díez-Picazo, *La criminalidad de los gobernantes*, 30.

después de la segunda guerra mundial donde se aprecia un cambio paradigmático en los vínculos y límites de la democracia, y del derecho.

Esta nueva concepción dio un giro a mediados del siglo XX tras la segunda guerra mundial, cuando la ley deja de ser la norma suprema, dejando ese lugar a la constitución. En este caso, donde toda la producción normativa se encuentra ordenada hacia abajo del vértice, la producción contraria genera antinomias y, la falta de regulación, anomias. Ferrajoli lo denomina *el derecho sobre el derecho*. Donde las constituciones rígidas no se limitan a regular las formas de producción del derecho, sino que estas vinculan el contenido mediante normas sustanciales⁸.

El aporte de introducir los poderes a la esfera del derecho deja ciertos espacios desregulados, considerados de ilicitud constitucional, que son palpables en varios niveles de poder. Aquellos son identificados a grandes rasgos por Ferrajoli, entre: «Estado y pueblo; entre esfera pública y esfera privada; entre fuerzas políticas e instituciones públicas; entre poderes mediáticos y libertad de cultura e información, caracterizados por la modernidad jurídica»⁹. Estos espacios de poder escapan de la regulación constitucional, alimentando toda una criminalidad del poder, a la cual pretendemos aplicar los supuestos que identifican investigaciones y juicios fraudulentos.

El poder en estado de naturaleza salvaje o desregulado, se caracteriza por su opacidad o invisibilidad que deja secuelas en su accionar; en dichos espacios de incumplimiento tiene la capacidad de desarrollar una nueva cuestión criminal, nutrida por nuevas relaciones políticas, económicas y sociales. En este estado, tiene la capacidad de persistir en los *delitos de subsistencia* con políticas de máxima penalización y gran encarcelamiento, desarrollando sobre esta especie un derecho penal máximo hacia los más débiles. Por otra parte, genera un nutrido grupo de ilícitos del poder sobre los cuales recae un garantismo de clase o mínima intervención penal.

Este fenómeno del poder no es inusual si dividimos las democracias en dos grandes grupos: por un lado, se presentan en las más antiguas, que se caracterizan por su aparente plenitud institucional, como el imperio de la ley, separación de poderes y rendición de cuentas; y, por otro lado, en las democracias más recientes, consideradas como inefectivas, ya que se limitan a cumplir requisitos mínimos de selección de gobernantes, pero los abusos de poder se

⁸ Ferrajoli, *Poderes salvajes*, 33.

⁹ *Ibid.*, 45.

toleran bajo el manto de la impunidad. Esta última clasificación de la democracia lo analizaremos en el caso ecuatoriano.

Para arribar al desarrollo de los crímenes del poder sobre los cuales pretendemos aplicar los supuestos que configuran la cosa juzgada fraudulenta, es necesario profundizar en su génesis; en otras palabras, debemos demostrar cómo el poder oculto o en su estado natural permanece en la democracia, ya sean en las más antiguas o en las más recientes, desarrollando los cuatro espacios de ilicitud que en su conjunto persiste en la vieja cuestión criminal; esto es, sobre los *delitos de subsistencia*, que particularmente en Ecuador y en otros países de la región, irradia un daño social hasta ahora irreversible.

1.1 Visibilizar el poder: la falsa promesa de la democracia real

El Estado constitucional de derecho partió de la idea de visibilizar el poder oculto como una manera de superar el estado de naturaleza salvaje, haciendo de la arquitectura estatal el mejor instrumento para lograr la «armonía social y la defensa común», en palabras de Tomas Hobbes¹⁰. Fue precisamente en la Revolución Francesa donde se plasmó el ideal de que todas las actividades realizadas por los gobernantes deben ser conocidas por el pueblo soberano, salvo ciertas excepciones de seguridad pública. Para Bobbio este principio es ejemplar porque anuncia en esencia los principios del Estado constitucional: «la publicidad es la regla, el secreto es la excepción, y en todo caso es una excepción que no debe aminorar la regla, ya que el secreto está justificado»¹¹.

Este postulado democrático fue acogido por el constitucionalismo de postguerra, no obstante, la visibilidad y sujeción del poder público y privado en todas sus expresiones es una tarea pendiente de la democracia moderna, pues, como se analizará, todavía no se logra someter o derrotar al poder invisible. Este panorama fue observado con precisión por el filósofo Bobbio, quien refirió: «la falsa promesa de la democracia real, con respecto de la democracia ideal, es la eliminación del poder invisible»¹².

Dicho lo anterior, se podría considerar que existen varias expresiones del poder invisible; por ejemplo, las fuerzas de seguridad del Estado que actúan de manera clandestina, tal y como lo veremos en el caso ecuatoriano donde se perpetraron crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos. Desde otra óptica, a esta categoría también pertenecen

¹⁰ Thomas Hobbes, *Tratado sobre el ciudadano* (Madrid: Trotta, 1999), 34.

¹¹ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, 97.

¹² *Ibíd.*, 36.

las organizaciones criminales que cometen en su mayoría crímenes transnacionales, como el terrorismo, la corrupción, los crímenes corporativos o financieros, entre otros; que, a criterio de Zaffaroni, dichas conductas alcanzan las dimensiones lesivas de los crímenes contra la humanidad, hoy por completo impunes¹³.

Conviene subrayar que este tipo de ilícitos a menudo quedan impunes, cuya razón más cercana a esta patología es la conexión subterránea del poder político que aparenta no estar vinculado o combatirlos con rigor. Más adelante exploraremos la capacidad que tiene el poder de estructurar o transformar la realidad; la forma como lo realiza es magnificando los problemas sociales, recayendo en una despiadada persecución sobre la *delincuencia de subsistencia*. Este accionar realizado por el Estado, sus instituciones y la normativa vigente, al final distraen la vinculación del poder en la gran criminalidad, a la cual denominamos *criminalidad del poder*.

Al final este fenómeno propio del poder es palpable en Ecuador, donde la persistencia y resistencia de las oligarquías o élites forman una barrera entre gobernantes y gobernados. A los primeros, les mueve sus propios intereses ejerciendo el poder con cierta opacidad, que por su naturaleza incuban un poder oculto, sin límites. Este poder encuentra una aparente legitimación formal por la expresión del voto de las mayorías, con sutileza así describe Joseph Schumpeter, cuando sostiene que la característica de un gobierno democrático no es la ausencia de élites, sino la presencia de muchas élites que compiten entre ellas por la conquista del voto popular¹⁴.

Esta realidad es evidente, aunque la presentamos como invisible por su acción más que por el resultado. Además, debemos sumarle un elemento transversal de dominación política, que es la manipulación de poder mediático «antes denominada simulación desde el punto de vista del sujeto activo, es decir del príncipe, hoy se llama manipulación desde el punto de vista de los ciudadanos»¹⁵. Bobbio plasmó con exactitud dicho postulado, refiriéndose que durante siglos los politólogos se interesaron por los problemas de la política desde el punto de vista del

¹³ Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos, *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero* (Buenos Aires: Ediar, 2019), 90. En esta misma línea véase a Camilo Bernal Sarmiento et al, «Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados», en *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*, coord. por Iñaki Rivera Beiras (Barcelona: Anthropos, 2014), 35-80.

¹⁴ Joseph Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia* (Barcelona: Aguilar, 1984), 362. En este sentido véase a Ronald J. Terchek y Thomas C. Conte, *Theories of Democracy: A Reader*. (Boston: Rowman & Littlefield, 2000), 193.

¹⁵ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, 113. En este sentido el sociólogo británico John Thompson, *Los media y la modernidad*, (Barcelona: Paidós, 1998), entiende el poder mediático como una de las cuatro formas de o bases del poder teorizadas por Michael Mann, *Las fuentes del poder social*, (Madrid: Alianza Editorial, 1991), siendo las otras tres el poder político, el militar y el económico.

príncipe; de aquí el interés por el tema de la mentira útil, de las condiciones y de los límites de su permisibilidad. El mismo problema considerado desde el punto de vista del destinatario del mensaje, se vuelve el problema del consenso obtenido mediante las diversas formas de manipulación de las que desde hace tiempo se ocupan los expertos de la comunicación de masas¹⁶.

La actual conexión entre el poder político, poder económico y poder mediático genera un espacio oculto no regulado por el constitucionalismo de nuestros días; como veremos, también coloca en hibernación el derecho de libertad de expresión. Pero esta confusión de poderes va más allá. Lo que en realidad nos interesa demostrar es que el poder mediático se convierte en el brazo de ejecución ideológica del poder político, que influye en el poder punitivo del Estado a través de las agencias ejecutivas como son la policía, fiscales y jueces en la máxima penalización y gran encarcelamiento de los *delitos de subsistencia*, de esta forma aparta del mapa la persecución de la gran criminalidad del poder.

En efecto, el ideal de visibilizar al poder se diluye por su participación opaca en diversos ilícitos que son de su exclusividad. Ya adelantamos que pueden ser tanto públicos como privados, sin embargo, la clave de lectura es alumbrar la conexión subterránea del poder político, el poder económico y el poder mediático en la comisión de los crímenes del poder, en un contexto unitario, entrelazado y no separado. No es para menos que el poder en su conjunto insista en el aumento de figuras penales ocasionando un gran encarcelamiento de los más débiles, generando de esta forma un garantismo de clase del poder.

Un ejemplo claro sobre lo dicho se presenta en el caso ecuatoriano que hace varios años declaró la “guerra contra las drogas” criminalizando a los toxicómanos, pobres y migrantes, elevando de esta manera el doble de su capacidad penitenciaria. Pues no es un punto aparte que sobre la población más excluida que se encuentra en prisión se presente, como ha llegado a afirmar Zaffaroni, un «genocidio por goteo»¹⁷, donde se ha normalizado la práctica de la tortura y la muerte¹⁸. Este grupo se encuentra precisamente en la mira del poder que inclina toda la maquinaria estatal para su persecución, al que se suma el poder mediático como brazo de ejecución ideológica encargada de reproducir el miedo hacia la *delincuencia de subsistencia*,

¹⁶ Bobbio, *El futuro de la democracia*, 114.

¹⁷ Eugenio Raúl Zaffaroni, introducción a *Un mundo con drogas. Los caminos alternativos a la prohibición: Holanda, Estados Unidos, España, Suiza, Bolivia, y Uruguay*, de Emilio Ruchansky (Buenos Aires: Debate, 2015), V.

¹⁸ En la actualidad existe una discusión filosófica-política sobre la legalización de la tortura, la respuesta desde el Estado constitucional de derecho es contundente al no dar espacio bajo ninguna excepción a esta vieja práctica, véase a Massimo La Torre y Marina Lalatta Costerbosa, *¿Legalizar la tortura? Auge y declive del Estado de Derecho* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2018).

distrayendo de tal manera a los crímenes del poder. Antes de explicar a detalle dicha patología, detendremos nuestro análisis en la permanencia de ese poder oculto en la actual democracia constitucional.

1.2 La permanencia del poder oculto en la democracia constitucional

El ideal de visibilizar el poder consustancial a la democracia liberal y al constitucionalismo, se enfrenta al contexto del poder político en estado de naturaleza rodeado de corrupción, ineficacia y fraude. El poder, para el sociólogo Enrique Gil Calvo, tiene su lado invisible, y, por tanto, difícil de detectar, controlar y fiscalizar, porque se ejerce en secreto a puerta cerrada. Para comprender esta opacidad de toda forma de poder, nada mejor que imaginarla como una actuación teatral, donde las relaciones de poder se desenvuelven sobre el escenario público donde unos actores, disfrazados con máscaras políticas, interpretan un conflicto de drama ante los ojos de unos ciudadanos convertidos en espectadores del teatro del poder¹⁹.

El poder oculto tras bastidores no esconde solamente una escena de confrontación que sirva para distraer el enfoque de los problemas sociales. En realidad, existe toda una criminalidad del poder nutrida de una gran variedad de ilícitos como las violaciones a los derechos humanos; delincuencia organizada; delitos económicos; corrupción; narcotráfico, que constituyen toda una cifra negra en cuanto a la vinculación de la política en los delitos de la especie. Por lo tanto, lo descubierto según Enrique Gil Calvo corresponde «solo un 10% del total de modo que ya puede imaginarse el ingente volumen ignorado de la corrupción política real por debajo de la a florada»²⁰.

Según el ángulo de observación, el poder oculto en la democracia presenta distintos escenarios. Desde un enfoque histórico el politólogo Guillermo O'Donnell propuso clasificar las democracias en dos grandes grupos: en primer lugar, las más antiguas y plenamente institucionales, que cumplen todos los requisitos de calidad democrática como el imperio de la ley, la separación de poderes y la rendición de cuentas. En segundo lugar, están las democracias más recientes e inefectivas, que cumplen requisitos mínimos de seleccionar a los gobernantes mediante elecciones libres y limpias, estas son denominadas democracias delegativas; en ellas

¹⁹ Enrique Gil Calvo, *Los poderes opacos: austeridad y resistencia* (Madrid: Alianza Editorial, 2013), 12-13.

²⁰ *Ibíd.*, 35.

los ciudadanos no exigen responsabilidad a sus gobernantes y consienten sus abusos de poder con tolerada impunidad²¹.

Es por esto que el poder opaco es distinto de acuerdo al tipo de democracias. El primer caso encajaría en los llamados países desarrollados de gran parte de Europa y Norteamérica. En el segundo caso, es decir, las democracias recientes e inefectivas por su herencia autoritaria, serían las latinoamericanas. Aquí situamos precisamente el caso ecuatoriano, donde un gobierno elegido democráticamente en el periodo 1984-1988, cometió crímenes contra la humanidad. Para intentar develar los entramados de impunidad del poder se siguieron varios procesos judiciales, pero el gobierno de turno influyó en el poder judicial colocando la llamada *cosa juzgada fraudulenta*. Este tipo de democracia inefectiva o delegativa, según el sociólogo español Enrique Gil Calvo, mantiene una «opacidad residual o predemocrática que son típicas de gobiernos autoritarios defectivos»²², donde los crímenes del poder son olvidados por la sociedad y con ello se promueve su eventual repetición.

Ahora bien, esto no significa que las democracias con aparente plenitud institucional estén libres de opacidad, aquellas también están infectadas por la criminalidad del poder que por su naturaleza irradia corrupción, fraude, abuso del poder e inseguridad jurídica. A este tipo de democracias Gil Calvo las califica como una especie de opacidad emergente o sobrevenida que es compatible con las democracias de alta calidad; en dicho espacio, el poder opaco irreductible a la democratización persiste más allá de la transición y la consolidación democrática, denominada por el autor español como «poder elíptico o poder en la sombra»²³. Por consiguiente, podríamos afirmar que el poder oculto permanece tanto en las democracias plenas o institucionales y en las recientes o inefectivas. Pero, por su naturaleza, al poder oculto hay que observarlo desde vertientes diferentes.

Para identificar este poder oculto tomamos el concepto radical de poder propuesto, estudiado por el politólogo Steven Lukes. El autor realiza un análisis crítico de la definición convencional del poder político en un régimen democrático, en el sentido teórico y político, pero aplicable empíricamente; es decir, un enfoque amplio, en vez de estrecho –en tres dimensiones en vez de una o de dos- prestando atención a esos aspectos del poder que son menos accesibles a la observación en rigor: el poder alcanza mayor eficacia cuando es menos observable.

²¹ Guillermo O'Donnell, *Disonancias, críticas democráticas a la democracia* (Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007), 287–330.

²² Gil Calvo, *Los poderes opacos*, 46.

²³ *Ibíd.*

Lukes parte de la clásica definición del poder en la democracia entendida como la «capacidad de adoptar decisiones sobre problemas en torno a los cuales hay un conflicto observable de intereses (subjetivos), entendidos como preferencias expresadas por una determinada política [...]»²⁴ Este reducido concepto no visibiliza un conflicto de derechos ni peor aún de intereses, precisamente sobre esta definición incide Lukes, de la cual, a su entender, sólo recoge los actos manifiestos de poder en su cara visible, ignorando el poder subyacente.

Según la teoría de Lukes el poder se ejerce en tres dimensiones. La primera dimensión corresponde al concepto tradicional propuesto, es decir, sobre un conflicto observable que solo se registra lo que el poder hace en público a los sometidos a él; dictando por ejemplo disposiciones normativas. La justificación del poder en esta dimensión se basa en sus intentos de resolver los conflictos que se presenten entre los ciudadanos. Las decisiones del poder equivalen a las sentencias imparciales que dictan los jueces ante las partes en litigio²⁵.

La segunda dimensión Lukes la toma de los autores Peter Bachrach y Morton Baratz²⁶ para quienes también el primer concepto es restrictivo, puesto que «el poder tiene dos caras», que por su naturaleza no son siempre visibles. Si bien en la primera dimensión se destaca la capacidad del poder de resolver problemas cruciales y relevantes en conflictos visibles, en la segunda dimensión el poder tiene la capacidad de *omitir hacer*, pero que en la realidad no constituye un verdadero problema. El sociólogo español Gil Calvo indica que a esta dimensión pertenecen los «conflictos latentes que resultan sofocados para que no se manifiesten en público como problemáticos y los intereses ignorados que no resultan percibidos como tales»²⁷. Esta esfera constituye al sello distintivo del Estado liberal «dejar hacer, dejar pasar».

Del análisis crítico de las dos dimensiones nace la tercera dimensión o “enfoque subyacente” de Steven Lukes, quien considera que el poder tiene la capacidad de *hacer*, en esta dimensión no afecta a las decisiones que debería tomar el poder sino a las que puede tomar de forma subterránea²⁸. Dicho de otra manera, en esta esfera el poder se encuentra en su estado de naturaleza, sin reglas, ni límites. En efecto, para Enrique Gil Calvo: «lo que mejor define al poder no es su capacidad de tomar decisiones (y no-decisiones) sobre los ciudadanos como

²⁴ Steven Lukes, *El poder: un enfoque radical* (Madrid: Siglo XXI, 2007), 9.

²⁵ Gil Calvo, *Los poderes opacos*, 48.

²⁶ Peter Bachrach y Morton Baratz, «The two faces of Power», *American Political Science Review* 56, no. 4 (1962): 941-952, <https://doi.org/10.2307/1952796>

²⁷ Gil Calvo, *Los poderes opacos*, 49. En esta dimensión del total de los problemas potenciales, sólo unos pocos son actualizados por el poder para convertirlos en problemas cruciales. Y del total de decisiones a tomar, sólo algunas son adoptadas para ejecutar respecto a ellas actos públicos de poder. El resto de los intereses, conflictos, problemas y decisiones permanecen en la opacidad resultando omitidos por los poderes públicos.

²⁸ Lukes, *El poder: un enfoque radical*, 21.

sujetos de intereses y derechos, sino su capacidad de estructurar (y reestructurar) la entera realidad social»²⁹.

La tercera dimensión del poder subyacente tiene la capacidad de ir más allá de las dos dimensiones, la primera visible y la segunda normalizada por las omisiones del poder. En ese sentido, Gil Calvo recrea este escenario con una imagen cinematográfica que surge cuando se emplaza una cámara en un escenario: «la imagen grabada proporciona la primera dimensión visible. La parte del escenario que queda fuera del campo visual representa la segunda dimensión elíptica. Y la puesta en escena del cineasta (que determina el emplazamiento y el encuadre de la cámara) implica la tercera dimensión del poder subyacente»³⁰. Es decir, los planos captados corresponden a las decisiones ejecutivas, el poder elíptico se encuentra fuera del campo visual que equivale a las acciones no realizadas, por último, el poder en su estado natural sería la puesta en escena del director.

En ese orden de ideas actúa el poder tanto en las democracias clasificadas como institucionales y en las inefectivas. Su gran capacidad de *hacer* transforma y estructura la realidad social; la forma de hacerlo es creando falsos problemas o magnificando conflictos menores considerados como irrelevantes. De esta manera el poder distrae la atención de los problemas cruciales. Un ejemplo, como ya se ha señalado, es la despiadada “guerra contra las drogas” que se libra en Latinoamérica, que ha dejado en la cárcel a los más débiles: toxicómanos, pobres y migrantes. Precisamente el discurso securitista manejado desde el poder apunta a esta criminalidad como la culpable de la “inseguridad ciudadana”; y, para enfrentar este mal, se maximiza la tipificación de ilícitos irrelevantes que tiene como resultado un gran encarcelamiento de los más débiles. La consecuencia de lo anterior es la impunidad del poder, pues los esfuerzos se ven concentrados a encarcelar a la criminalidad menor; mientras tanto, la persecución del poder en sus distintas manifestaciones, como veremos, se ve relegada.

Planteado el enfoque del poder en sus tres dimensiones, regresemos por un momento a revisar su originaria base renacentista que intentó limitar la opacidad del poder bajo estricta excepcionalidad legal. Sus aportes se preocuparon de los asuntos de seguridad pública, de los intereses nacionales, de los secretos de Estado y del trabajo de las agencias de seguridad. En esencia, en dicha excepcionalidad de publicidad del poder reside las fuentes secretas que ejerce toda coalición dominante, en palabras de Gil Calvo, aquí habita la «distribución implícita del poder que fue pactada entre las élites fundadoras de cada régimen democrático»³¹.

²⁹ Gil Calvo, *Los poderes opacos*, 50.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Gil Calvo, *Los poderes opacos*, 55.

Lo dicho nos lleva a contrastar dos escenarios. Por un lado, el poder tiene su límite en la ley y en la separación de poderes, lo que nos conduce a los pilares fundantes de la democracia moderna. Por otro lado, el poder oculto o subyacente en estado de naturaleza salvaje tiene gran capacidad de *hacer* desde la opacidad, donde no solo ejerce el poder subterráneo en los asuntos de excepcionalidad legal, sino además en la creación de problemas aparentes que tienen como fin diluir la participación de la gran criminalidad del poder.

Por todo esto, pese al mandato de visibilizar el poder en las democracias antiguas y en las recientes, el poder oculto sigue vigente. En la realidad social se manifiesta magnificando los problemas dirigidos a los más débiles, en este caso a la delincuencia menor. Desde otra vertiente, la cara oculta del poder presenta una ideada impunidad, pues logra minimizar los conflictos y crímenes del poder en sus diversos fenómenos, en el que está vinculado precisamente el poder político, el poder económico y el poder mediático. Este poder en su estado de naturaleza salvaje presenta una crisis en la democracia moderna donde convive la criminalidad del poder, que detallaremos en el tercer apartado de este capítulo.

Mientras tanto, analicemos la crisis del poder en la democracia actual, observando cómo se desarrolla y nutre la criminalidad del poder de los espacios desatendidos por el actual constitucionalismo.

1.3 La crisis del poder en la democracia: los cuatro espacios de generación de ilicitudes

Observamos que el poder oculto desde su condición natural tiene la capacidad de *actuar* o *de hacer*, y, en este sentido, también genera ilicitudes en las relaciones que surgen entre Estado y pueblo; poder político y poder privado; fuerzas políticas e instituciones públicas; poderes mediáticos y libertad de cultura e información. Ferrajoli comenta que en dichos campos se genera una crisis del poder en la democracia constitucional³². Dichos espacios se muestran como un reto de regulación para el actual constitucionalismo³³, sin embargo, nuestro análisis se centrará en visibilizar la variedad de crímenes del poder que se generan; esto con la finalidad de afianzar una perspectiva de aplicación de la categoría que identifica las investigaciones o juicios fraudulentos.

Estos espacios olvidados por el actual constitucionalismo, en palabras del profesor italiano, se convierten en *poderes salvajes* que tienen una gran capacidad de ejecutar crímenes del poder

³² Ferrajoli, *Poderes salvajes*, 45.

³³ Véase Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo más allá del Estado* (Madrid: Trotta, 2018).

de manera directa o subterránea. Los crímenes del poder por su naturaleza ofensiva se componen por los poderes abiertamente criminales: como el crimen organizado y el terrorismo, y por los crímenes que son de tipo económicos y públicos. Dichos crímenes aguardan una ideada impunidad debido a la fuerte conexión de los poderes públicos que inciden en las investigaciones judiciales instauradas.

Lo antes dicho lo veremos en el capítulo final, donde centraremos nuestro estudio en el contexto ecuatoriano cuando se ejecutaron crímenes de lesa humanidad en el periodo presidencial 1984-1988. Sin que dichos actos violatorios hayan cesado en los posteriores gobiernos autoritarios; esto se debe a las actuales prácticas abusivas y arbitrarias de las fuerzas de seguridad del Estado. Precisamente, a esta clase pertenece el poder oculto, pues, en los espacios de opacidad, las investigaciones fueron infectadas por el poder político, reposando en la actualidad en estados de cosa juzgada fraudulenta. Este posible escenario no se debe descartar para la gran variedad de crímenes que comete el poder, por ello, proponemos extender y aplicar los elementos que identifican a los juicios fraudulentos.

Antes de discutir sobre los crímenes del poder y su persistencia en la vieja criminalidad, detallaremos los espacios de ilicitud del poder oculto en la esfera constitucional, donde incluso el poder frente a rigurosas regulaciones y previsiones presenta caídas brutales. En este campo, la clave de lectura será la confusión entre poderes políticos, poderes económicos y poderes mediáticos, que, en su aparente estado de regulación, desarrolla y conecta con un nutrido grupo de ilícitos exclusivos del poder.

a. El jefe de Estado como encarnación de la voluntad general: el inicio de los crímenes

Esta esfera de incumplimiento se origina entre la relación de «Estado y pueblo» con la idea de considerar al jefe de Estado o presidente como la encarnación de la voluntad general. Como veremos en el Capítulo IV apartado. 1.1, desde el retorno a la democracia en Ecuador (1979) se abraza el régimen presidencialista que marca el inicio de profundas inestabilidades económicas, políticas y sociales. Este fenómeno se presenta por la marcada personalización de la figura del presidente de la república en los regímenes democráticos.

El presidencialismo en Ecuador exterioriza una figura desde la primera Constitución hasta la vigente del año 2008, donde se amplía el poder al primer mandatario hasta llegar a

niveles de autoritarismo extremo; dicha figura es conocida como el «hiperpresidencialismo»³⁴. En esta línea, los vínculos y límites constitucionales impuestos a los poderes del Estado, en este caso al poder ejecutivo, sobrepasan cualquier tipo de control. A la marcada personalización de esta forma de gobierno, Ferrajoli, al relatar lo sucedido en Italia en la época del fascismo, añade un ingrediente adicional que lo convierte en destructivo y se trata de «[...] la ideología política que lo acompaña y sostiene»³⁵.

La tesis del profesor italiano llevada al contexto ecuatoriano nos permite recordar las múltiples violaciones a los derechos humanos vividas, las mismas fueron perpetrados por gobiernos de distintas posturas políticas llamados de *izquierda* o de *derecha*. Pero la cara sobresaliente del autoritarismo extremo se dio en el mandato de Febres Cordero (1984-1988), gobierno que desmoronó la separación de poderes y el principio de legalidad, es decir, atacó a los pilares fundantes del Estado constitucional de derecho. Sobresale en dicho gobierno el discurso de “seguridad ciudadana” que fue magnificado por el poder mediático; de esta manera, se instrumentalizó ideológicamente a la sociedad ecuatoriana, quienes en gran medida normalizaron los crímenes contra quienes eran etiquetados como el *enemigo interno* del régimen³⁶.

Esta legitimación del poder en nombre de la mayoría se presentó en los siguientes gobiernos autoritarios en la democracia del Ecuador, pero es cierto que no fue con la misma magnitud como el de aquella época. En gran medida esta continuación se debe a que los partidos políticos en Ecuador se han reducido a comités de líderes, con una relación directa de estos con el pueblo a través de la televisión. La idea de la omnipotencia de la mayoría personificada en un jefe; celebrado como encarnación de la voluntad del pueblo; imaginando a su vez como una suerte de macro sujeto colectivo; la descalificación de las reglas, y, con ello, los límites legales y constitucionales al poder de gobierno expresado por la mayoría³⁷.

Según el profesor italiano, en tal concepción del pueblo como conjunto y la identificación del jefe con él, reside en un rasgo característico del fascismo. Sostiene que actualmente la identificación entre representantes y representados, entre voluntad del elegido por el pueblo y la voluntad popular, no son ni siquiera conscientes de esta ascendencia. Pero un país como Italia que ha conocido el fascismo de la idea misma del jefe carismático, inducida

³⁴ Puede consultarse a José Chalco Salgado, «Hiperpresidencialismo y principio democrático en Ecuador», (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, 2019), <http://hdl.handle.net/10644/7075>

³⁵ Ferrajoli, *Poderes salvajes*, 47.

³⁶ Véase el Cap. IV, apdo.1.

³⁷ Ferrajoli, *Poderes salvajes*, 47. En este sentido véase a Esteban Del Campo, «El populismo en Ecuador», *FLACSO – Sede Quito, Serie: Análisis y Discusión 2* (1977): 2-53, <https://www.flacsoandes.edu.ec/agora/62987-el-populismo-en-ecuador>

con la actual personificación de los partidos, representa una insidia mortal para el futuro de la democracia³⁸.

La idea de considerar al jefe como encarnación de la voluntad sin límites, permite la comisión de una serie de crímenes en nombre de la mayoría, tal y como lo analizaremos en el caso ecuatoriano. A esta patología, todavía vigente en la democracia del Ecuador, se suma el rol del poder mediático que depende en gran medida del poder económico.

El poder en este estado de ilegalidad reproduce el miedo sobre los “enemigos de la sociedad”, compuesta en su mayoría por personas excluidas, a la que se denomina la *delincuencia de subsistencia*. A este grupo social se les presenta como el problema de la “seguridad ciudadana”. Una mirada desde otro ángulo permite observar cómo el pueblo consiente y alimenta el arbitrio estatal sobre los excluidos, convirtiéndose paradójicamente en futuras víctimas del poder.

b. El conflicto de intereses entre el poder político y el poder económico: la subordinación de los primeros a los segundos

El constitucionalismo se desarrolló como límite al poder político frente a los derechos de los ciudadanos, no obstante, en los postulados liberales permaneció ausente el freno a las potestades privadas, concretamente al poder económico. Más que la lesión clásica a la separación de poderes, Ferrajoli advierte sobre una progresiva desaparición de una separación todavía más importante, que forma parte del constitucionalismo profundo del Estado moderno: la separación entre poderes políticos y poderes económicos. El cauce de toda confusión de poderes lo conforman la estrecha alianza entre poderes políticos-públicos y poderes económicos-privados y por la sustancial subordinación de los primeros a los segundos³⁹.

Este conflicto de intereses de los poderes puede pasar desapercibido por la capacidad que tiene el poder oculto en transformar o alterar la realidad de los problemas sociales. En este terreno el poder mediático interfiere de forma trascendental, pues, en las democracias constitucionales es más fuerte el nexo de «dinero, información y política: dinero para hacer política e información, información para hacer dinero y política, política para hacer dinero e información»⁴⁰.

³⁸ Ferrajoli, *Poderes salvajes*, 51.

³⁹ *Ibíd.*, 52.

⁴⁰ *Ibíd.*, 53.

En este contexto, es importante visibilizar la fragilidad del poder económico en la sujeción de vínculos y límites, en contraste como teóricamente están los poderes públicos; si tenemos en cuenta que en la cultura jurídica y política se encuentra arraigada la identificación de los poderes públicos como los únicos poderes, por el contrario, la sociedad civil y el mercado se hallan en el reino de la libertad⁴¹. En este estado de naturaleza el poder económico se confunde con el poder público infectando las más altas esferas del Estado, que, como veremos en el caso ecuatoriano, alcanzaron al máximo la degradación institucional.

Precisamente en el gobierno de León Febres Cordero se planificaron y cometieron crímenes contra la humanidad. Una muestra de la participación del poder económico fue el subsidio para crear el llamado “escuadrón volante”, conformado por un grupo de élite de la Policía, a quienes se les encargó la tarea de secuestrar, torturar y desaparecer a las víctimas; esto demuestra el interés privado en las políticas de Estado de aquella época. Además, los medios de comunicación también se alinearon a dicha política, a cambio se beneficiaron con generosas franjas publicitarias. En contraste con lo anterior, 37 medios de comunicación fueron cerrados por no alinearse al gobierno de turno.

De esta forma, se evidencia la participación conjunta de los poderes políticos, económicos y mediáticos; los primeros, ideando el plan de actuación de todas las funciones del Estado; los segundos, alentando y entregando medios económicos para eliminar al *enemigo interno* y, los terceros, en el control de información con alta capacidad de crear, ocultar o transformar la realidad⁴².

Teniendo en cuenta que el poder económico desregulado coadyuva a la ejecución de los delitos que cometen los sujetos públicos, también es cierto que por su naturaleza cometen delitos propios. Así, por ejemplo, están los delitos de delincuencia económica o conocidos como los ilícitos «de cuello blanco»⁴³; en una posible lectura criminológica a grandes rasgos son los cometidos por los mercados, las corporaciones y las instituciones financieras nacionales e internacionales. Roberto Bergalli indica que por un lado corresponden a los definidos por la ley penal, sostiene también que a este grupo pertenecen comportamientos no criminalizados, pero socialmente lesivos -ya sea por no estar tipificados penalmente o que porque estando penalizados no son perseguidos-⁴⁴.

⁴¹ Ferrajoli, *Constitucionalismo más allá del Estado*, 34.

⁴² Véase el Cap. IV, apdo. 1.1.

⁴³ Este término fue acuñado inicialmente por Edwin H. Sutherland, *El delito de cuello blanco* (Montevideo: B de F, 2009).

⁴⁴ Roberto Bergalli, «Criminología del “White-Collar crime”: forma-estado y proceso de concentración económica», *Estudios Penales y Criminológicos* Vol. VII (1984): 28-69, <http://hdl.handle.net/10347/4304>.

En este sentido, autores como Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos han llegado a calificar al poder económico desregulado como la era del *totalitarismo financiero*; para los citados tratadistas, la calificación de *totalitarismo* puede desconcertar dado que antes fue empleado para denotar a los Estados totalitarios de entreguerras, aunque ahora no se trata de poderes estatales, sino del poder concentrado en ficciones manejadas por autócratas que debilitan y manipulan Estados⁴⁵. En esencia, no es posible deducir los daños que produce, considerando que el carácter de cualquier *totalitarismo* se trata de un universo inabarcable y muy dispar⁴⁶, cuyo análisis obligaría a ocuparse de todo el control social, incluso en los aspectos más lejanos a su faz represiva⁴⁷.

En efecto, el daño social que irradia el poder económico es diverso y hasta cierto punto inalcanzable por la fragmentación de crímenes que comete. Sin embargo, en el caso ecuatoriano con el llamado “feriado bancario” (que veremos en el apartado 3.2.1 de este capítulo), existen una variedad de ilícitos sobre los cuales, si tomamos las expresiones de Zaffaroni, recae el llamado *totalitarismo financiero*; por su extrema complicidad con los poderes públicos, a quienes se les identifica claros patrones delictuales, a través de la magnificación de figuras como el cohecho, la estafa, el espionaje, el tráfico de influencias, el acceso a la información privilegiada, la intervención de procesos electorales, entre otras clásicas figuras penales⁴⁸.

Este tipo de fenómenos delictivos fue calificado por Juan S. Pegoraro como «delito económico organizado» por la «organización delictiva dedicada a negocios legales-ilegales de una cierta complejidad política-jurídica con la necesaria participación de instituciones y/o funcionarios estatales, que producen una recompensa económica importante y que goza de una impunidad e inmunidad social-penal»⁴⁹.

Retomando lo dicho por el profesor Bergalli, con relación a los comportamientos no criminalizados pero lesivos, encontramos una cuenta pendiente del actual constitucionalismo en figuras como la especulación financiera, las burbujas inmobiliarias que pasó factura a la

⁴⁵ Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos, *La nueva crítica criminológica*, 67.

⁴⁶ Véase a Camilo Ernesto Bernal Sarmiento, «Daño sociales y delitos estatal-corporativos en la crisis europea. Una lectura criminológica», en *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*, coord. por Iñaki Rivera Beiras, (Barcelona: Anthropos, 2014), 113-129.

⁴⁷ Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos, *La nueva crítica criminológica*, 87.

⁴⁸ Jorge Vicente Paladines, presentación a *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, de Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos (Quito: El siglo, 2019), XIII.

⁴⁹ Juan S. Pegoraro, «La Necesidad de Jano. Teoría sociológica y delito organizado». *Seguridad Urbana, Democracia y Límites Del Sistema Penal: Actas de La Reunión Internacional “Escenario Global, Gobierno Local y Seguridad de Los Ciudadanos”* (2003): 35-50, ISBN: 84-7786-894-8

sociedad española entre el año 2008-2014, fraudes, expolio, tolerancia estatal y políticas de ajuste estructural que configuran nuevas formas híbridas de delincuencia de cuello blanco⁵⁰.

En efecto, el conflicto de intereses entre el poder político y el poder económico es latente, aunque este pase desapercibido por la distracción del poder en conflictos menos relevantes, como es el caso de la *delincuencia de subsistencia* que analizaremos. Por una parte, es importante notar que dicha confusión desde las más altas esferas del Estado propende a la ejecución de ilícitos públicos, como los delitos de lesa humanidad que veremos a detalle en el capítulo final, pero lleva implícita la participación del poder económico y poder mediático en la ejecución de dichos crímenes.

Además, el poder económico en complicidad con el poder público comete crímenes denominados como propios, sin embargo, su persecución podría enfrentarse bajo la magnificación de las figuras descritas. Un punto no tan distante son las figuras criminales no reguladas que comete el poder económico, el cual irradia un daño social irreversible como lo visto en España con la especulación inmobiliaria.

c. La pérdida del rol de los partidos políticos en las instituciones de garantía: el caldo de cultivo de ilícitos

Este campo tiene una conexión directa con la idea de considerar al jefe de Estado como la encarnación de la voluntad popular, no sujeto a límites sino al del consenso general. Esto provoca, a criterio de Ferrajoli, «un debilitamiento de los partidos como lugares de agregación social y de elaboración desde debajo de programas y opciones políticas y su transformación en costosas oligarquías colocadas de manera estable en las instituciones representativas y muy expuestas a la corrupción y a los negocios sucios»⁵¹. De esta forma, el partido político de turno que ocupa la representación del gobierno encuentra el terreno idóneo para desarrollar un nutrido grupo de ilícitos exclusivos del poder.

Como podremos ver al final de la investigación, el gobierno ecuatoriano de 1984-1988 se apoderó de las instituciones de garantía y emprendió un plan conjunto para eliminar al llamado *enemigo interno*. La hegemonía de un partido político comandó desde el poder ejecutivo un plan sistemático, al que se acoplaron la función legislativa y judicial. La situación descrita permanece en la democracia ecuatoriana, pero en menor medida.

⁵⁰ David O. Friedrichs, *Trusted Criminals. White Collar Crime in Contemporary Society* (Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010), 189-190.

⁵¹ Ferrajoli, *Poderes salvajes*, 58.

La apropiación de los partidos políticos en las instituciones de garantía no fomenta únicamente la comisión de delitos de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos, como veremos más adelante. La incursión relatada, es decir, del poder político desregulado en las instituciones del Estado, genera un espacio idóneo para la comisión de ilícitos propios, como por ejemplo la corrupción, que daña el correcto funcionamiento de la administración pública.

Si avanzamos en la línea de tiempo veremos que en el país latinoamericano entre el año 2012-2016 se descubrió una red de sobornos orquestada desde el vértice del Estado a favor del partido político *Alianza País*, que precisamente gobernaba en aquella época. La trama de corrupción consistió en solicitar dinero a empresas privadas que contrataron con el Estado con la finalidad de financiar las campañas políticas de dicho partido, perpetrando un delito de cohecho según la legislación penal interna⁵². Para confirmar que estamos frente a una cuestión endémica de corrupción, en el año 2018 se dio un caso calcado, es decir, se usaron otra vez los fondos públicos de las instituciones de garantía para financiar una consulta popular que cambió el rumbo institucional del país latinoamericano. El partido oficialista promotor de dicha campaña nuevamente se benefició del dinero público, en este caso el ilícito cometido sería el de peculado⁵³.

En Italia, un espacio cultural no tan lejano para el mundo iberoamericano, se presentó el caso *Mani Pulite* en la década de los 90. La trama de corrupción también sacudió a las más altas esferas de la política y el mundo empresarial⁵⁴. España también fue y es parte de este fenómeno, entre varios casos de la especie está el sonado caso *Gürtel*, que vincula al *Partido Popular* en una red de corrupción política con la recepción de donativos ilegales de constructoras y entrega de dinero negro a los dirigentes de dicho partido⁵⁵.

⁵² «Caso Sobornos 2012-2016», Fiscalía General del Estado del Ecuador, acceso el 13 de octubre del 2020, <https://www.fiscalia.gob.ec/caso-sobornos-2012-2016/> La Fiscalía investigó los presuntos aportes irregulares que habrían efectuado contratistas del Estado, a través de dinero en efectivo o cruce de facturas, en beneficio de un movimiento político, recibidos por altos funcionarios presididos por Rafael C.

⁵³ «Reportes de campaña ratifican irregularidades en Arroz Moreno», *Periodismo de Investigación*, 8 de julio de 2020, acceso el 19 de octubre del 2020, <https://periodismodeinvestigacion.com/2020/07/08/arroz-moreno/>.

⁵⁴ Véase a Pablo Martín de Santa Olalla, *El laberinto italiano. Del fenómeno Berlusconi a la crisis actual 1994-2014* (Madrid: Liber Factory, 2014). En este mismo sentido véase a Gianni Barbacetto, Peter Gómez, Marco Travaglio, *Mani Pulite. La vera Storia*, (Milano: Chiarelettere, 2012).

⁵⁵ Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2ª. SAN 20/2018, de 17 de mayo. Se condena a 29 de los 37 acusados del caso *Gürtel* por comisión de delitos de asociación ilícita, falsedad en documento mercantil, fraude a la administración pública, cohecho (activo y pasivo), blanqueo de capitales, delitos contra la hacienda pública, prevaricación, malversación de caudales públicos, apropiación indebida, exacciones ilegales, tráfico de influencias y estafa procesal intentada. Se incluye un total de 165 penas, entre las que se impone como condena más elevada a 51 años y 11 meses de prisión al líder de la trama. Se condena a los acusados.

En consecuencia, la adhesión de los partidos políticos a las instituciones garantes de derechos es una cuestión normalizada, pero lo que en realidad nos interesa es la ilicitud que se genera fruto de la confusión de poderes. Lo dicho no solo sucede en Ecuador, sino que se extiende a varios países de Europa. A pesar de ser un vacío de carácter político, y, por tanto, entraña una regulación del actual constitucionalismo, también identificamos un problema en la investigación a este fenómeno. Precisamente, uno de los problemas de fondo que trataremos es la estrecha conexión de la política con el órgano encargado de la selección de jueces, en Ecuador con el Consejo de la Judicatura (CJ) y en España con el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), quienes paradójicamente tienen la tarea de juzgarlos.

En materia de conformación judicial, Italia es un claro ejemplo a seguir, pues para minimizar la estrecha relación del mundo de la política con los actores de la justicia, y a pesar de que parte de sus miembros son delegados del parlamento, la carrera judicial es de carácter horizontal, sin jerarquías⁵⁶.

d. El poder de los medios de comunicación y la manipulación de la realidad

Podríamos decir que uno de los legados del pensamiento ilustrado hasta el constitucionalismo de posguerra fue la sujeción de límites impuestos al poder público. Este importante aporte dejó en el limbo la regulación del poder mediático, junto al poder político y al poder económico, regresando a su estado de naturaleza sin reglas, y, en esa condición, inciden en la realidad social. Este contexto permite recordar las palabras del controvertido exjuez español Elpidio José Silva conocido en su momento por atacar al poder financiero, político y social en el «Caso Blesa», a su criterio, fue víctima de la colusión de estos poderes, en esa condición dijo: «las sociedades autoritarias imponen su realidad a golpes. Las sociedades democráticas manipulando»⁵⁷.

Distintas corrientes del pensamiento colocan al poder mediático como el cuarto poder, pero para el escritor y antropólogo Adolfo Colombres sería el «segundo poder; el primero es el financiero, y apenas el tercero el político, con sus leyes y estructuras»⁵⁸. La vigencia del poder mediático desregulado es fundamental para comprender el papel que juega en las democracias modernas; este poder incide en la realidad, lo hace al manipular, incitar y

⁵⁶ Véase el Cap. II. apdo. 2.2.3.1.

⁵⁷ Elpidio José Silva, *La justicia desahuciada. España no es un país para jueces* (Barcelona: Ediciones Península, 2014), 138.

⁵⁸ Adolfo Colombres, *América como civilización emergente* (Buenos Aires: Amargord, 2008), 153.

determinar ciertas conductas sociales⁵⁹. Esta capacidad se obtiene gracias a la colusión con el poder económico, convirtiéndose de esta manera en un poder sin límites. El escenario de los países sudamericanos sería un claro ejemplo de lo dicho, pero puntualmente en Ecuador se ha observado con preocupación que desde el retorno a la democracia el poder económico acapara los principales medios de comunicación⁶⁰.

La crisis del poder mediático en el país ecuatoriano demuestra que los medios son utilizados de forma sistémica para la defensa de intereses financieros nada limpios⁶¹. Lo descrito lo constatan dos periodistas norteamericanos, Mary Walton y Charles Layton, quienes realizaron un minucioso estudio en el país latinoamericano:

El obstáculo más serio para la práctica del periodismo en Ecuador es que todos los medios están en manos de personas vinculadas con la élite comercial y política del país. Ecuador no obedece al concepto de democracia de los norteamericanos o los europeos. El país está controlado por grupos, entidades monopolísticas que pueden incluir interrelaciones entre banqueros, abogados, empresarios, partidos políticos y dueños de medios. La mayoría de los grupos han estado basados en intereses agrícolas, pero recientemente han sido desplazados por sectores bancarios y financieros. Los dueños de los medios ecuatorianos no actúan como garantes del orden democrático⁶².

Lo observado por los periodistas permite recordar el postulado de Steven Lukes sobre la capacidad que tiene el poder de *actuar o de hacer*, dado que bajo subyacentes colisiones el poder político, poder económico y el poder mediático, inciden sobre la realidad. En este caso, desatienden los verdaderos problemas sociales y exhiben a la delincuencia menor como el peligro de la “seguridad ciudadana”. De esta forma, y desde otra vertiente, se legitima la intervención exagerada del poder punitivo clamada por una sociedad que busca, según Zaffaroni, «seguridad total, libre de toda amenaza, extrema

⁵⁹ Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos, *La nueva crítica criminológica*, 115.

⁶⁰ La ley de Radiodifusión y Televisión de mayo de 1995 contempla medidas de acaparamiento de medios, pero resultó de difícil aplicación, por la abundancia de empresas ficticias o a nombre de terceros llamados testaferros, los constantes cambios de propietarios y fraudes de ley. La posterior regulación constitucional del año 2008 prohíbe el monopolio financiero, en su art. 312 establece: «Las entidades o grupos financieros no podrán poseer participaciones permanentes o totales o parciales, en empresas ajenas a la actividad financiera. Se prohíbe la participación en el control del capital, la inversión o patrimonio de los medios de comunicación social, a entidades de grupos financieros [...]» Sin embargo, dicha disposición es incumplida por las reformas a la Ley de Comunicación realizadas en el año 2018, que deja en un espacio de libertad total al monopolio comunicacional.

⁶¹ Antonio Checa-Godoy, «La banca y la propiedad de los medios: el caso de Ecuador», *Revista Latina de Comunicación Social* 67 (2012): 312, <http://dx.doi.org/10.4185/RLCS-067-950-125-147>

⁶² *Ibíd.* Sobre los monopolios y oligopolios de comunicación en el Ecuador véase a Ana V. Sánchez, «La relación entre la propiedad y dominancia de los medios de comunicación masiva y la libertad de expresión e información social de las personas. El caso de la Televisión», *FLACSO Andes* (2010): 1-25, <https://flacsoandes.edu.ec/web/imagesFTP/1272496601.trabajopistemologiadelacomunicacionacvera.pdf>

prevención, tolerancia cero, vigilancia y control tecnológico, temor al extranjero y a todo extraño [...]»⁶³.

Con lo anterior se logra una exagerada penalización de conductas, por tanto, el incremento de personas pobres en prisión. Por ejemplo, tenemos la mal llamada “guerra contra las drogas” librada en la región latinoamericana, y que particularmente en Ecuador ha ocasionado un daño social irreversible. La consecuencia de esto, desde otro ángulo, es apartar de la persecución a la criminalidad del poder (como veremos en el apartado 2.4 de este capítulo).

Gran parte de este problema estructural que vive Ecuador se debe al conflicto y supeditación del poder público al poder privado, más en específico al poder económico. Esta patología es bien recogida por Ferrajoli, quien también observa con total preocupación, pues el poder mediático manejado por el interés privado sin límites, no es un poder cualquiera «sino ese poder específico que es el de la información, detentado a través de la propiedad de un imperio televisivo y editorial»⁶⁴.

Con lo dicho, se evidencia un nexo más fuerte de los poderes políticos, económicos y mediáticos. En esta colusión de poderes, el poder político tiene ventaja de dominación ideológica, pues a través del poder mediático se muestra con una bandera de una utópica transparencia. Una de las interpretaciones que le entrega Gil Calvo al poder mediático es la llamada «teoría de la manipulación o lavado de cerebro», pues sospecha que los medios tienen el poder de adoctrinar directamente a la audiencia, enseñándole lo que debe creer y debe pensar mediante transfusiones de ideología⁶⁵.

Ciertamente, la indescifrable colusión de los poderes en este caso expuesto al monopolio mediático, coloca desde otra perspectiva en hibernación el derecho a la libertad de información y comunicación, garantías que resultan ser la base de la democracia contemporánea.

En consecuencia, el poder político en su cara oculta tiene la capacidad de transformar, manipular y cambiar la entera realidad social; para esto se sirve del poder mediático que aguarda intereses económicos, y, por ende, políticos, que en su estado de naturaleza forman un ambiente propicio para ejecutar una variedad de crímenes del poder. Precisamente en el capítulo IV analizaremos cómo en la democracia ecuatoriana el poder

⁶³ Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos, *La nueva crítica criminológica*, 116.

⁶⁴ Ferrajoli, *Poderes salvajes*, 63.

⁶⁵ Gil Calvo, *Los poderes opacos, austeridad y resistencia*, 64. La otra interpretación que le entrega al poder es de tipo liberal, que parte de la idea personal de cada consumidor. Y la existencia de una relación entre medios y usuarios, cuyas interacciones están intermediadas y mediatizadas por aquellos.

político ejecutó crímenes de lesa humanidad, para lo cual montó una estructura institucional que articuló a las élites políticas y económicas, que, según Isabel Ramos, «o bien, contaban con acceso privilegiado a los espacios mediáticos o directamente participaban de la propiedad de las empresas periodísticas, radiofónicas y televisivas»⁶⁶.

La ejecución de las violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad solo fueron una muestra de la capacidad que tiene el poder de perpetrar dichos crímenes. El poder subyacente compuesto por profundas colusiones entre los poderes políticos, poderes económicos y poderes mediáticos posibilita la comisión de crímenes que son exclusivos del poder. Precisamente los ilícitos que veremos más adelante están bajo complicidad, a los cuales pretendemos extender la categoría analítica que identifican las investigaciones y juzgamientos fraudulentos.

Hasta ahora hemos visto cómo el poder oculto en la democracia crea espacios de ilegalidad de los cuales nace toda una criminalidad del poder. En el primer caso, la idea de considerar al presidente de la República como la encarnación de la voluntad general es el inicio de una gran variedad de crímenes que comete el poder, como profundizaremos en el contexto ecuatoriano.

El segundo espacio de ilicitudes se genera por el conflicto entre el poder político y el poder económico, subordinando el primero al segundo. Aunque posee ciertas particularidades, por ejemplo, en los crímenes de lesa humanidad se nota una participación oscura, pero conjunta del poder político y el poder económico. Además, por su naturaleza ejecutan crímenes propios como los delitos de «cuello blanco», en esta especie el poder trabaja en doble vía, pues los sujetos descubiertos en ilícitos son juzgados por el vértice jurisdiccional, quienes son designados paradójicamente por una parte de políticos que integran los Consejos de la Magistratura tanto en España como en Ecuador.

No tan lejano de la realidad descrita se encuentra la pérdida del rol de los partidos políticos en las instituciones de garantía del Estado, engendrando un caldo de cultivo de ilícitos que son exclusivos del poder como los conocidos casos de corrupción que sacuden a Ecuador, España y, en su momento, a Italia. El elemento transversal que cubre las tres patologías descritas es la dominación ideológica a través del poder mediático, con una confusión hasta ahora indisoluble con el poder económico y poder político. Además,

⁶⁶ Isabel Ramos Ávila, «La construcción mediática de la represión y el terrorismo de estado en Ecuador (1977-1988)», (conferencia pronunciada en el V congreso argentino-Latinoamericano de Derechos Humanos: Discursos y Acciones. Construyendo lazos en clave de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Rosario, 7-10 de junio 2016).

desarrolla un segundo conflicto no menos importante como es la hibernación del derecho de expresión y opinión al reino mercantilista.

Una vez contextualizados los espacios de generación de ilicitudes que ocurren tanto en las democracias institucionales -marcadas por un el apego a la ley, separación de poderes y rendición de cuentas- como en las denominadas recientes o inefectivas -que por su pasado autoritario la impunidad es tolerada-, indistintamente notamos al poder oculto bajo una aparente normalidad o aceptación. Esto se debe por la capacidad que tiene precisamente el poder mediático de penetrar en la manipulación ideológica de masas. Sin embargo, para comprender los fenómenos sociales como diría Paul Ricoeur se «requiere rasgar el velo de la realidad aparente»⁶⁷.

Por ahora vislumbremos la persistencia punitiva del poder -político, económico y mediático- en la vieja criminalidad o en los llamados *delitos de subsistencia*, sobre la cual se reproduce, en la región latinoamericana y puntualmente en Ecuador, una máxima penalización y un gran encarcelamiento sobre los más débiles. El efecto colateral, como hemos venido insistiendo, es la distracción o impunidad de la criminalidad del poder, desarrollando sobre este último fenómeno un garantismo de clase que veremos más adelante.

2. La persistencia en la persecución de los llamados delitos de subsistencia

En la mayoría de los países latinoamericanos los sujetos marginados son de fácil encarcelamiento. Si miramos a la población carcelaria particularmente a la de Ecuador nos percatamos que la compone la denominada *delincuencia de subsistencia* como son los pobres, migrantes y toxicómanos. Sobre esta clase social los derechos están ausentes por exclusión del propio sistema, como estudiaremos. Conviene subrayar que dichos grupos sociales no son quienes colocan en riesgo la paz, la democracia y los principales derechos fundamentales, aunque este sería el mensaje generalmente difundido. Si analizamos a fondo las amenazas para la estabilidad democrática veremos que gran parte de la responsabilidad recae sobre la criminalidad del poder.

En efecto, cabe denominar vieja criminalidad o cuestión penal a las conocidas y normalizadas formas de intervención punitiva, como es la inflación de conductas penales que

⁶⁷ Paul Ricoeur, *Una interpretación de la cultura* (Madrid: Siglo XXI, 1990), 32. Este autor inaugura la visión de Marx, Nietzsche y Freud como maestros de la sospecha.

aumentan la población carcelaria de las clases desfavorecidas, sometidas a degeneradas prácticas y abusos punitivos. Este escenario, visto desde otro ángulo, causa impunidad en la gran variedad de crímenes del poder⁶⁸.

2.1 La selección estructural del enemigo

El poder desde su naturaleza oculta tiene la capacidad de transformar la realidad social, colocando a la *delincuencia de subsistencia* o por necesidad como la verdadera criminalidad, a la que hay que enfrentar con todo el rigor de la ley. Wayne Morrison comenta que solo ciertos tipos de delitos tienen una presencia en la imaginación civilizada y cómo los “ciudadanos de Occidente avanzado” mantienen la violencia política que otros experimentan fuera de la conciencia cotidiana⁶⁹.

La realidad es que dicha criminalidad posee una selectiva persecución, pues son de fácil ingreso a prisión. Zaffaroni con sutileza manifiesta que el poder punitivo es selectivo, esto se debe al inevitable enfrentamiento diferencial, propio de toda sociedad estratificada, y en especial a las latinoamericanas con extensos barrios y asentamientos precarios. Siendo obvio que las clases pobres les posibilite la comisión de delitos sofisticados, por lo cual su delincuencia es bastante tosca, es fácilmente detectable y criminalizable⁷⁰.

Los enemigos de la sociedad en Latinoamérica poseen un estereotipo dominante que por su apariencia o conducta se convierte en sospechosa. El portador de caracteres estereotipados corre mayor riesgo de selección criminalizante que las otras personas. Los estereotipos dominantes en la actualidad, a criterio del criminólogo argentino, suelen ser hombres jóvenes y pobres con cierto aspecto externo y caracteres étnicos, cuya presencia los hace sospechosos⁷¹. Este estereotipo es construido por el monopolio mediático montado sobre prejuicios sociales de quienes se esperan que cometan delitos, que a pesar de no ser graves encuentran una máxima persecución y encarcelamiento.

Como antecedente se cuenta con las dictaduras de Seguridad Nacional que invadió al continente latinoamericano en la década de los años 70 y 80. En estos regímenes se empleó el poder punitivo para desmontar a movimientos o partidos políticos tildados como el *enemigo*

⁶⁸ Sobre la actual crisis del derecho penal y la nueva cuestión penal véase a Luigi Ferrajoli, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia* (Madrid: Trotta, 2011), 352.

⁶⁹ Wayne Morrison, «La imaginación criminológica. Bajo la globalización: recordando lo desaparecido», en *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*, coord. por Iñaki Rivera Beiras. (Barcelona: Anthropos, 2014), 228.

⁷⁰ Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos, *La nueva crítica criminológica*, 141.

⁷¹ Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar, 2009), 4.

interno. En alguna ocasión Lola Aniyar de Castro los llamó sistemas penales paralelos -como detenciones selectivas en función de un Estado de emergencia- o sistemas penales subalternos –secuestros, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, etc.-⁷².

La selectividad del enemigo está en constante evolución. En el caso ecuatoriano las agencias de seguridad detenían, torturaban, ejecutaban y desaparecían a subversivos y a disidentes del gobierno de Febres Cordero; en la actualidad ya no se trata de eliminar a ese grupo social, sino a “peligrosos delincuentes” compuestos por la criminalidad desfavorecida.

La selección estructural del enemigo opera sobre quienes se infunde el miedo gracias a la manipulación ejercida por el monopolio mediático. Un elemento aprovechado son las altas tasas de homicidios de varios países latinoamericanos⁷³, pero esto se debe precisamente a una exclusión sistémica de las clases desatendidas; sobre aquellos se difunden discursos racistas, atribuyéndolo a una inferioridad natural de la población. En contraste, donde hay bajos índices de homicidios, como por ejemplo en Ecuador⁷⁴, se multiplica y exalta la morbosidad, especialmente cuando existen en los hechos componentes sexuales repulsivos, promoviendo la venganza privada. Las encuestas de opinión prueban el éxito de esta publicidad en los países con baja violencia homicida, prevaleciendo entre las principales preocupaciones sociales la “inseguridad ciudadana”.

Las campañas securitistas del poder inclinan al máximo el aparataje estatal sobre la delincuencia menor, siendo el responsable, según Ferrajoli, de una demanda drogada de seguridad, enfatizada por la prensa y la televisión, han acentuado la vocación represiva de la política criminal, orientándose únicamente hacia la *criminalidad de subsistencia*⁷⁵.

El jurista Zaffaroni describe este fenómeno como «criminología mediática» que apela a una creación de la realidad a través de información, subinformación y desinformación en convergencia con prejuicios y creencias, basada en una etiología criminal simplista acentuada contra determinados grupos humanos; lo que en términos de Girard los convierte en chivos expiatorios. Esta característica no cambia, lo que varía mucho es la tecnología comunicacional

⁷² Lola Aniyar de Castro y Rodrigo Codino, *Manual de Criminología Sociopolítica* (Buenos Aires: Ediar, 2013), 96.

⁷³ La Oficina de Naciones Unidas en un estudio mundial sobre el homicidio reveló que en el 2012 unas 437.000 personas fueron asesinadas en todo el mundo. La mitad de las muertes se producen en América del Sur y África. <https://www.unodc.org/colombia/es/press/2014/Marzo/estudio-mundial-homicidio.html>, Consultado el 10 de junio del 2020.

⁷⁴ Según cifras del Ministerio de Gobierno del Ecuador, entre el 2009-2019 se redujo drásticamente la tasa de homicidios y asesinatos a escala internacional, <https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/ecuador-redujo-drasticamente-la-tasa-de-homicidios-y-asesinatos-a-escala-internacional/>. El país latinoamericano se encuentra en el segundo lugar después de Chile, con un índice de 5.8 por cada 100.000 habitantes, <https://www.elcomercio.com/actualidad/violencia-homicidios-tasa-sudamerica-ecuador.html>.

⁷⁵ Ferrajoli, *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, 361.

(desde la televisión hasta la comunicación electrónica), para crear la realidad de un mundo de dos personas “decentes” frente a una masa de criminales identificada a través de estereotipos, (en esta especie se encuentra la criminalidad de subsistencia: migrantes, pobres, desempleados, toxicómanos) que configuran un *ellos* separado del resto de la sociedad, por ser un conjunto de “diferentes y malos”⁷⁶.

En conclusión, esta política transmite un doble mensaje. Primero, es clasista y en sintonía con los intereses de la criminalidad del poder; según esto, la criminalidad que “atenta contra la seguridad” y que es necesario prevenir y perseguir es solo la callejera, y, por tanto, no la de los poderosos⁷⁷. En palabras del sociólogo ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría «el sistema penal opera contra los pobres (selectividad) o sectores más humildes de nuestras poblaciones»⁷⁸. El segundo mensaje todavía es más regresivo, que es el que transmiten las campañas de inseguridad. Está orientado a hacer cambiar el significado de la palabra “seguridad”, que no quiere decir en el léxico político “seguridad social”, sino solo “seguridad pública”.

Es así como la selección estructural del enemigo tiene la finalidad de conservar el monopolio del poder, constituido subterráneamente por los poderes políticos, económicos y mediáticos en deterioro de los principales postulados democráticos. En la esfera pública se argumenta con frecuencia que la lucha contra el enemigo requiere unidad, entregando un poder irreflexivo a la primera autoridad del Estado como vimos con el problema del «hiperpresidencialismo» en Ecuador. De esta manera, se generan mayores demandas de represión manipuladas por el monopolio mediático causando una excesiva tipificación de ilícitos y un gran encarcelamiento de los siempre excluidos, mientras que, por otro lado, se nutre un garantismo de clase sobre los crímenes del poder.

2.2 Máxima penalización: la deriva inflacionista en los delitos menores

Las legislaciones internas establecen una punición abstracta llamada *criminalización primaria*⁷⁹. Esta criminalización es un proyecto general que abarca a toda la población, sin embargo, se cumple en una escala menor por la selección estructural del enemigo compuesto por la *delincuencia de subsistencia*. Sobre aquellos recae un amplio espacio de arbitrariedad

⁷⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal* (Buenos Aires: Planeta, 2012), 216-218.

⁷⁷ Ferrajoli, *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, 361.

⁷⁸ Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal*, (Quito: Ediciones Legales. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013), 4.

⁷⁹ Zaffaroni, *Estructura Básica del Derecho Penal*, 4.

selectiva ejecutada por las agencias de seguridad como son policías, jueces y fiscales, conforme a los estereotipos dominantes de conductas socialmente sospechosas manipuladas por el monopolio mediático.

De esta forma se originan dos cuestiones patológicas: la primera, una máxima penalización, es decir, una inflación legislativa, y con ello las figuras de delito y de los asuntos penales recaídas sobre los excluidos. En segundo lugar, se genera un gran encarcelamiento de personas presas y sometidas al control penal. Las dos cuestiones patológicas forman un derecho penal máximo, responsable del quiebre de la eficiencia como de las garantías, reservadas a los sectores más débiles⁸⁰.

La inflación legislativa ha producido un endurecimiento de los caracteres selectivos y anti-garantistas de la represión penal y un crecimiento exponencial de la población carcelaria, en perjuicio de los grupos sociales más pobres, como los toxicómanos, migrantes y desempleados⁸¹. La otra cara es la impunidad de los crímenes del poder, desde la criminalidad mafiosa a la gran corrupción y a la variada fenomenología de los crímenes contra la humanidad.

El colapso del poder punitivo se debe a la inflación legislativa presente en varias legislaciones. Ecuador no es un caso aparte de dicha patología, antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP), del año 2014, se tipificaban delitos denominados de “bagatela” que carecían del elemental principio de lesividad, se sancionaba los «vagos y mendigos» como atentados contra la seguridad pública⁸². Además, se penaba la homosexualidad que resultaba un flagrante atentado contra el principio de igualdad y no discriminación⁸³. A pesar de que esta oscura realidad se derogó con la vigencia del COIP, ahora se observa una persecución y desgaste del aparataje estatal en delitos que podrían resolverse en áreas no penales.

La burocracia penal ecuatoriana concentra sus fuerzas en ilícitos que no cumplen los principios de lesividad, necesidad y mínima intervención penal. Por citar algunas de las infracciones perseguidas tenemos el hurto, el abuso de confianza, la penalización del aborto, la calumnia, el daño a bien ajeno, el reemplazo de identificación de terminales móviles, entre otras infracciones que no cumplen los postulados mínimos del derecho penal liberal.

⁸⁰ Incluso se habla de la continuación el derecho penal con sus instituciones autoritarias, desde esta perspectiva véase a Jorge Vicente Paladines, *Derecho Penal de Auschwitz. La continuación del «Estado dual»* (Bogotá: Ibáñez, 2020)

⁸¹ Ferrajoli, *Principia Iuris: teoría del derecho y de la democracia*, 357.

⁸² El tipo penal *vagos y mendigos* es herencia de los primeros Códigos Penales de 1837, hasta alcanzar su evolución normativa en 1938 convirtiéndose en contravención de policía según los art. 383 y 385 del derogado Código Penal ecuatoriano.

⁸³ El Código Penal del Ecuador, derogado en el 2014, en su art. 516 inciso primero, tipificaba la homosexualidad con penas de reclusión mayor de 4 a 8 años.

A la nutrida lista se añade la irreflexiva tipificación de los delitos de drogas que recaen sobre una población selecta del Ecuador; sobre esta clase de ilícitos el monopolio mediático encuentra un terreno idóneo para irradiar el miedo y encauzar una máxima punición, cuando lo cierto es que la criminalidad de subsistencia es utilizada por las organizaciones delictivas de alto relieve que pocas veces enfrentan cargos. Pero no corren con la misma suerte el estereotipo del «peligroso traficante de drogas que coloca en peligro a la salud pública»⁸⁴ quienes tienen fácil acceso a prisión, como veremos en el siguiente apartado⁸⁵.

La máxima penalización además incuba una baja calidad en la tipificación de ilícitos. Por ejemplo, el delito de asociación ilícita sanciona «la reunión de dos o más personas con el fin de cometer delitos», esta infracción no determina cuál es la conducta dañosa, lo que recae en un delito de sospecha⁸⁶. También en el delito de «ingreso de artículos prohibidos», el legislador usa un lenguaje oscuro e indeterminado, sin precisar con exactitud cuales son los “objetos prohibidos”, violentando de este modo el principio de máxima taxatividad de las leyes penales⁸⁷. Aparte de los errores de tipificación descritos, el poder legislativo faculta que para el cálculo de la sanción de los delitos de drogas se debe remitir a una normativa externa⁸⁸, lo que da lugar a una pena selectiva no regulada por la ley penal, sino mediante resoluciones administrativas de un ente adscrito al poder ejecutivo⁸⁹.

La deriva inflacionista del derecho penal máximo, generado fuera de un diseño racional, entra en contradicción con los clásicos principios garantistas como: la taxatividad y la certeza

⁸⁴ En el ámbito español Juan L. Fuentes Osorio, «Los medios de comunicación y el Derecho Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7 (2005): 16-51. ISSN 1695-0194. Realiza un estudio de la incidencia de los medios de comunicación en el fenómeno criminal. En lo medular, concluye que la información sobre la realidad criminal es inexacta, poco plural y adulterada por intereses particulares de los medios y de aquellos que lo controlan. Esa forma de comunicación del fenómeno criminal puede contribuir al desarrollo y potenciación de errores cognitivos, a la aparición del miedo personal y preocupación social por el delito, a la adopción de cambios en el comportamiento de la posible víctima y a la solicitud de mayor intervención penal.

⁸⁵ Constitución del Ecuador, de 20 de octubre del 2008 (Registro Oficial núm. 449), art. 364 establece: «Las adicciones son un problema de salud pública. [...] En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales». Pese a dicha disposición constitucional el COIP criminaliza la posesión y el consumo de bajas cantidades con penas privativas de libertad que varían entre los dos meses a trece años.

⁸⁶ Código Orgánico Integral Penal, de 10 de febrero del 2014 (Registro Oficial núm. 180), art. 370. (citado a partir de ahora como COIP)

⁸⁷ COIP art. 275 Ingreso de artículos prohibidos. «La persona que ingrese, por sí misma o a través de terceros a los centros de privación de libertad, bebidas alcohólicas, sustancias catalogadas y sujetas a fiscalización, armas, teléfonos celulares o equipos de comunicación; bienes u objetos prohibidos adheridos al cuerpo [...]

⁸⁸ Según la Disposición Transitoria Décimo Quinta, la autoridad competente en materia de sustancias sujetas a fiscalización en el plazo de 90 días debía emitir la tabla de cantidades. De esta forma desde la vigencia del COIP en el año 2014 al 2019 se han realizado cambios sustanciales en la tabla de tenencia y consumo de drogas, dichas reformas no pasan por el órgano legislativo, pues la Secretaría Técnica de Drogas, según sus competencias, puede modificar los parámetros que en gran medida criminalizan la tenencia de bajas cantidades de droga.

⁸⁹ COIP art. 220. «Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. La persona que directa o indirectamente sin autorización y requisitos previstos en la normativa correspondiente: oferte, almacene, intermedie [...] en las cantidades señaladas en las escalas previstas en la normativa correspondiente, será sancionada con una pena [...]

de la ley penal; el de necesidad entre pena y delito; el de lesividad y proporcionalidad de las penas, y la utilización del proceso como verificación del saber sobre el poder. Lo dicho hasta aquí supone que el aumento indiscriminado de conductas rompe con el principio de que las leyes sean claras, precisas y públicas, conocidas por los ciudadanos, cumplan con su papel de proteger al más débil, y que gocen de eficacia disuasoria.

Como vemos, la máxima penalización contradice las bases del proceso penal liberal, generando un gran encarcelamiento de los más débiles, pero también, desde otra perspectiva, estanca la actividad investigativa de los crímenes del poder. Sustrae tiempo, recursos económicos, talento humano y logística de las agencias ejecutivas del Estado como son jueces, policías y fiscales dedicados a la pesquisa de ilícitos irrelevantes que podrían resolverse en áreas criminales. El eslogan repetido por la primera autoridad de la Fiscalía del Ecuador que «ningún caso quede en la impunidad»⁹⁰, no hace más que aumentar las cifras de personas excluidas en prisión, apoyado en campañas securitistas difundidas por el poder mediático en contra de los “enemigos” seleccionados estructuralmente⁹¹.

2.3 El gran encarcelamiento de los delitos menores: criminalización de la pobreza

La penalización es un proyecto general que abarca a toda la población, sin embargo, se cumple a escala menor; esto se debe a la selección estructural del enemigo que activa las agencias ejecutivas -policía, fiscales, jueces- en la persecución de los delitos menores o de insignificancia, lo que genera el aumento irracional de personas en prisión. El incremento de penas es una recurrente en varios países latinoamericanos; Ecuador no es un caso aparte de este gran encarcelamiento, pues al mismo tiempo, el aumento de personas en prisión convierte las cárceles ecuatorianas en el lugar idóneo para la comisión de malos tratos, penas crueles,

⁹⁰ La Fiscalía General del Estado del Ecuador, mediante comunicado oficial FGE-003-DC-2019, frente a la imposición de medidas no privativas de la libertad seguido en contra del político Ricardo P. por un presunto delito de instigación, mostró su descontento en contra del juez de la causa por no acoger la medida cautelar de prisión preventiva, señalando: «Hemos querido precautelar la efectividad de las investigaciones para que ningún caso quede en la impunidad [...]» *Comunicado Oficial FGE N° 003-DC-2019* del 18 de abril Disponible en <https://www.fiscalia.gob.ec/comunicado-oficial-16/> Consultado el 8 de junio del 2020.

⁹¹ Desde otra perspectiva José Luis Díez Ripollés «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7 (2005): 1-37, ISSN 1695-0194. Plantea que desde diferentes corrientes doctrinales están procediendo a legitimar el emergente modelo penal de la “seguridad ciudadana”. El hilo conductor de su análisis constituye la defensa de que el modelo penal de la “seguridad ciudadana” se está sirviendo de componentes legitimarios que tienen un debate político criminal de signo opuesto al modelo que preserve a los ciudadanos de posibles abusos públicos.

inhumanas y degradantes⁹² que contravienen la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), además de las normalizadas prácticas de tortura⁹³.

En la actualidad tenemos alarmantes cifras de hacinamiento carcelario en Ecuador, según datos del Ministerio del Interior la capacidad total de los centros penitenciarios es de 28.500 personas y hasta el año 2019 existen reclusas cerca de 40.000⁹⁴. De este universo el 40% no poseen sentencias, cerca de 600 son contraventores y 900 adeudan pensiones alimenticias⁹⁵. Recientemente el criminólogo Máximo Sozzo, en una exposición académica, se preguntaba qué había sucedido en Ecuador, donde en el año 2009 tenía una tasa de 73 personas presas por cada 100.000 habitantes, y que, años más tarde, tiene una tasa de 224 personas por cada 100.000 habitantes⁹⁶.

Lo cuestionado por varios académicos ecuatorianos y mundiales puede darse por dos causas. La primera, desde la vigencia del COIP en el año 2014, las penas se acumulan hasta los 40 años, además, tampoco guardan proporcionalidad con la infracción, pues por delitos menores como los de propiedad, la sanción puede alcanzar hasta los 10 años⁹⁷. La segunda causa se debe por el uso indebido de la prisión preventiva que al ser una medida de carácter excepcional se aplica como si fuera la regla⁹⁸, convirtiéndose las prisiones prolongadas en penas anticipadas, con lo que la prisión preventiva vendría a ser la sentencia y el proceso penal una suerte de revisión. Con las cuestiones abordadas se puede descifrar que el proceso penal y el juez obedecen, según el procesalista Ricardo Juan, a un «propio sistema de política

⁹² Por las condiciones de las prisiones ecuatorianas puede afirmarse que se tratan de penas ilícitas violatorias a las reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). Asamblea General, resolución 70/175, de 17 de diciembre de 2015, A/RES/70/175, disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/175>

⁹³ Recordemos que en la democracia ecuatoriana permanecen las viejas prácticas de la tortura heredadas de la época de Febres Cordero de 1984-1988, y que trajo como consecuencia el trato inhumano a cerca de 300 personas en el centro carcelario de «Turi» en el año 2016.

⁹⁴ «Resumen de informe sobre la crisis carcelaria en Ecuador», Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, 26 de junio de 2019, acceso el 10 de febrero de 2020, <https://www.cdh.org.ec/informes/398-resumen-del-informe-del-cdh-sobre-crisis-carcelaria-en-ecuador.html>

⁹⁵ El gran encarcelamiento incluso criminaliza a los deudores de pensiones alimenticias y contravenciones de policía que podrían ser resueltas en áreas no penales.

⁹⁶ Sozzo, Máximo. «Crisis penitenciaria en Ecuador: materiales para la crítica y la acción». Webinar presentado en la Universidad Andina Simón Bolívar - Sede Ecuador, 24 de marzo 2021

⁹⁷ El delito de robo ocasionado con fuerza en las cosas y sin violencia en las personas, según el art. 189 inciso segundo del COIP, alcanza una pena privativa de la libertad de 7 años de prisión. Bajo la aplicación de circunstancias agravantes se aplica la pena máxima aumentada en un tercio, lo que significaría una pena de cerca de 10 años por la sustracción de un objeto.

⁹⁸ El COIP en su art. 534 determina los requisitos de aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, entre las reglas, sobresale la 4. «Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año». Es decir, la medida cautelar es aplicable en gran medida por la cantidad de ilícitos que sobrepasan un año de pena.

criminal»⁹⁹, por lo visto nada preventivo sino bajo tendencias a irradiar un máximo encarcelamiento.

Ahora bien, la realidad ecuatoriana no es distante con el resto de países, de hecho, los datos recogidos nos permiten afirmar que la selección estructural del enemigo es una patología casi global. Por ejemplo, en Brasil el 67% de los presos son negros¹⁰⁰; Estados Unidos con el 5% de la población mundial, tiene el 25% de toda la población penal del mundo (2.3000.000 presos), y más de la mitad son negros; en España hasta el 2009 la población reclusa era de 76.079 personas, el 61.5% eran extranjeros y de esa cifra dos tercios eran condenados por drogas¹⁰¹.

En contraste con las escalofriantes cifras descritas que paulatinamente ascienden, tenemos como ejemplo a Finlandia que en el 2018 logró tener la población más baja de Europa¹⁰²; por este mismo camino sobresalen Canadá, Uruguay y Costa Rica. Aquello demuestra que la población carcelaria no responde a una frecuencia delictiva, sino a la selección estructural de la delincuencia más débil, convirtiéndose el índice de encarcelamiento en una política estatal, como bien diría Ílison Días Dos Santos «cada país tiene el número de presos que elige tener»¹⁰³.

Los datos recogidos, tanto en Ecuador como en otras regiones, nos permiten observar que la *delincuencia de subsistencia* es la que en mayor número tiene su fácil acceso y permanencia prolongada en prisión, en la que se ubican los pobres, migrantes, toxicómanos, desempleados, es decir, los seleccionados estructuralmente por los poderes subyacentes - económico, político y mediático-, como el *enemigo interno*. Al gran hacinamiento penitenciario también se suma la criminalidad grave, pero, en menor medida, compuesta por

⁹⁹ Ricardo Juan Sánchez, «Proceso penal y nuevas tendencias del derecho penal: El uso político-Criminal del proceso y su configuración para la aplicación de la norma penal secundaria», *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018), 13.

¹⁰⁰ Silvia Arana, «Un millón y medio de hombres afroamericanos muertos o encarcelados en EE. UU», *Resumen Latinoamericano*, 3 de mayo de 2015, acceso el 10 de junio de 2020. <https://www.resumenlatinoamericano.org/2015/05/03/un-millon-y-medio-de-hombres-afroamericanos-muertos-o-encarcelados-en-eeuu/>

¹⁰¹ Manuel L. Ruiz Morales, «La evolución de la población reclusa española en los últimos treinta años», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 71 (2018): 403-490. ISSN 0210-3001. Incluso en España se comenta sobre la pérdida de una generación por el número de casos ingresados al sistema de justicia penal juvenil nacional, la cifra de condenados en el 2007 alcanzaba 13.831 y la elevación sostenida de condenados llevó a que en el año 2010 se registrasen 18.238 sentencias condenatorias contra menores de 18 años, concentrándose, además, el mayor número de condenados adultos en la misma época en el tramo etario que va de 18 y a los 25 años. Véase a Iván Vidal Tamayo, «Políticas de Mercado y Daño Social: ¿La pérdida de una generación?» en *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*, coord. por Iñaki Rivera Beiras (Barcelona: Anthropos, 2014), 130-141.

¹⁰² María Isabel Ortiz Fonnegra, «Cárceles sin rejas y en las que los presos pueden tener videojuegos», *El Tiempo*, 21 de octubre de 2018, acceso el 26 de junio de 2020, <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/como-son-las-carceles-abiertas-de-finlandia-y-su-sistema-penitenciario-283630>

¹⁰³ Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos, *La nueva crítica criminológica*, 136.

los homicidas o violadores. Zaffaroni los denomina *patibularios*, a los que antes se destinaba la pena de muerte y ahora se imponen penas perpetuas y prolongadas¹⁰⁴.

Un punto de inflexión en el caso latinoamericano sobre el gran encarcelamiento se debe a la declaratoria de “guerra contra las drogas”¹⁰⁵, pues, como se anticipó, la irreflexiva ley sobre la materia lo que ha hecho es generar y entregar el amplio mercado a las organizaciones criminales. De esta forma, se engendra una micro criminalidad de subsistencia expuesta fácilmente a los embates del sistema penal y, por ende, a la inflación penitenciaria de los más débiles. Las palabras de Perfecto Andrés Ibáñez resumen la selectividad, criminalización y gran encarcelamiento, que a su criterio «la policía suele encontrar los delitos y a los delincuentes donde los busca. Y es claro que, al menos durante mucho tiempo, no ha sido fácil que lo hiciera en la casa del jefe»¹⁰⁶.

2.4 Cuando la persecución del ladrón distrae la atención de los grandes crímenes

La selección estructural del enemigo está en constante evolución. En la década de los años 70 y 80 los Regímenes de Seguridad Nacional perseguían a guerrilleros y opositores. Ahora, por el contexto político y social en el que vivimos, existe un constante acoso a la *delincuencia de subsistencia*. En países como Ecuador donde las tasas de homicidios son relativamente bajas con respecto a sus vecinos, son exaltadas por el monopolio mediático las conductas de posesión y tráfico de drogas, los delitos contra la propiedad, entre otros delitos menores. Precisamente el mensaje difundido es de unidad para enfrentar a este “peligroso enemigo”¹⁰⁷, con esta idea se entrega al régimen presidencialista excesivas facultades, que bajo profundas colusiones con el poder económico son capaces de colocar a esta delincuencia como la responsable de atentar contra la democracia y los principales derechos fundamentales.

Las demandas de máxima tipificación y encarcelamiento a los más débiles entretienen y desgastan a la burocracia penal en ilícitos que resultarían de fácil resolución en esferas no penales, bajo políticas racionales de prevención del fenómeno delictivo¹⁰⁸. El resultado es el

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 141.

¹⁰⁵ Una posible alternativa plantea Juan Gabriel Tokatlian, comp., *La guerra contra las drogas en el mundo andino. Hacia un cambio de paradigma* (Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2009)

¹⁰⁶ Perfecto Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional* (Madrid: Trotta, 2015), 407.

¹⁰⁷ Ramos Ávila, «La Construcción mediática de la represión».

¹⁰⁸ Diego Zalamea León, «Del Derecho penal mínimo al Derecho penal estratégico una propuesta política, criminal desde el Ecuador», (tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014), 464. <http://hdl.handle.net/10644/4098>. La prevención de los delitos que atentan contra la seguridad individual, en lugar

desborde de las prisiones en Ecuador, pero dicha situación es también palpable en otros países latinoamericanos y en España en su momento. Esta patología se debe, en gran medida, a una política subyacente de maximizar los problemas irrelevantes, colocando a la *delincuencia de subsistencia* como el real peligro de la “seguridad ciudadana”, cuando lo cierto es que paralelamente se desatiende o distrae la atención de la criminalidad del poder, generando un garantismo de clase. En las crudas palabras del criminólogo Jorge Paladines se podría afirmar que la selección estructural del enemigo conlleva a tratar «duro a los débiles y débil a los duros»¹⁰⁹.

Este panorama representa un quiebre al principio de igualdad ante la ley, pues la selección estructural del enemigo inyecta un mensaje clasista y racista del delincuente, profundamente normalizado en nuestras democracias. Además de la discriminación legislativa y política hacia los más débiles, la cara oculta es la tolerancia a los crímenes del poder, ya que las investigaciones a los políticos están bajo privilegios procesales como son los aforamientos, situación que también es abarcable a otros sujetos de poder económico y mediático por las profundas colusiones que los unen y sostienen¹¹⁰.

Lo anterior se refuerza en las investigaciones y juzgamientos de las más altas esferas que inician o finalizan en el vértice jurisdiccional, organismo que paradójicamente es nombrado por cuotas políticas que componen el CGPJ en España y el CJ del Ecuador. Lo que convierte, por tanto, en un círculo vicioso de impunidad selectiva que recubre a la criminalidad del poder. Estos privilegios procesales es improbable que suceda en los *delitos de subsistencia*, a quienes le espera un fácil encarcelamiento gracias a la selección estructural del enemigo manejada precisamente desde el poder.

Como resultado, por una parte, se está produciendo un derecho penal máximo en la vieja cuestión penal que insiste sobre los *delitos de subsistencia*, y, por otra parte, un derecho penal mínimo sobre los crímenes del poder. Sin que esta patología resulte casual, sino ideada desde el poder político en conexión con el poder mediático y económico, pues resulta imposible entender el actual hacinamiento carcelario que enfrentan varios países latinoamericanos, en particular el Ecuador. Es decir, bajo la observación de una política criminal, abusiva, arbitraria pero también impune con los delitos de poder.

de hacerlo con políticas punitivas, se deben acoger políticas de índole social dirigidas a reducir las causas de la desviación.

¹⁰⁹ Jorge Vicente Paladines, «" Duros contra los débiles y débiles contra los duros": la lección no aprendida», *Defensa y Justicia* 18 (2015): 11-15, ISSN: 1390-8707.

¹¹⁰ Véase el Cap. II, apdo. 2.2.3.2

Precisamente el poder político bajo el discurso de “seguridad ciudadana” ha transformado la entera realidad social. En primer lugar, maximizando los problemas menos relevantes, llevando a la esfera criminal a los desatendidos por la seguridad social. En segundo lugar, ha minimizado los problemas verdaderamente relevantes, como la persecución de los crímenes del poder, incubando de esta manera una meditada impunidad, como pasamos a observar.

3. La clasificación de los crímenes del poder: un fenómeno entrelazado de impunidad

El poder en su estado naturaleza salvaje se alimenta de los cuatro espacios desatendidos por el actual constitucionalismo ecuatoriano, de este modo, se genera toda una criminalidad del poder sostenida por poderes fuertes y ocultos, no por sujetos débiles. Incluso el poder en su naturaleza política, económica y mediática dentro de lo marcos de legalidad y con las respectivas previsiones, como dice Perfecto Andrés Ibáñez, experimenta caídas tremendas¹¹¹.

Precisamente en el apartado 1.3 de este capítulo vimos cómo en la crisis de la democracia constitucional del Ecuador se desarrollan los grandes crímenes. Unos nacen con la idea de considerar al jefe de Estado como la encarnación de la voluntad general, esta concepción permite la comisión de los delitos de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos. Otros por conflicto de intereses entre el poder político y el poder económico, que conlleva a la subordinación de los primeros a los segundos, generando crímenes exclusivos del poder económico como los llamados «delitos de cuello blanco». También es una cuestión normalizada la pérdida del rol de los partidos políticos en las instituciones de garantía, convirtiéndose en un campo idóneo para los delitos de corrupción.

Estos espacios tienen soporte en el poder mediático con su capacidad de manipular la realidad y convertir a la *delincuencia de subsistencia* como el peligro de la paz, la democracia y los principales derechos fundamentales, cuando en realidad ese grupo social es instrumentalizado, explotado, perseguido y encarcelado por la gran criminalidad del poder.

El efecto colateral de lo dicho es la mínima intervención penal o garantismo de clase generada sobre la criminalidad del poder. La denominamos así por las formas económicas, sociales y políticas de criminalidad en gran parte nuevas, pues no se trata de un fenómeno normal ni marginal como el crimen tradicional; estos crímenes están insertos en el normal funcionamiento de la sociedad.

¹¹¹ Andrés Ibáñez, prólogo a *Poderes Salvajes*, XI.

Si bien existen diferentes clasificaciones y posturas doctrinales de los grandes crímenes, en este apartado nos limitaremos a agrupar esquemáticamente dos formas de criminalidad del poder unidas precisamente por su carácter organizado¹¹²: 1) poderes abiertamente criminales compuesto por las organizaciones criminales con alcance transnacional y las agrupaciones de tipo terrorista. 2) los crímenes de los poderes. Ya sea de los grandes poderes económicos, o los crímenes de los poderes públicos como son los crímenes de Estado, entre los que se encuentran los crímenes contra la humanidad que profundizaremos en el caso ecuatoriano y también los denominados delitos contra la administración pública o los delitos de corrupción.

¹¹² En este sentido pueden consultarse los trabajos de Manuel Ollé Sesé, *Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional: de la Justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal* (Navarra: Aranzadi, 2019), 152-160. Quien realiza una clasificación entre crímenes internacionales de primer grado y de segundo grado. A los primeros los lleva a incluir los crímenes que conmueven a la comunidad internacional, considerados usualmente como crímenes de Estado, sin embargo, la praxis también demuestra que la evolución del crimen puede ser cometido por personas que pertenecen a organizaciones o grupos no estatales, a esta especie pertenecen los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra, agresión, desaparición forzada, apartheid, tortura, esclavitud, y la piratería. Los crímenes de segundo grado engloban, en parte, una concepción amplia de crimen o delito internacional, y que, por lo general, eran llamados crímenes o delitos transnacionales o transfronterizos.

Héctor Olásolo Alonso, *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Delitos Transnacionales: dilemas políticos y normativos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 39-44, propone recurrir al Derecho Internacional Penal para perseguir los delitos transnacionales cometidos por la sociedad global.

Por otra parte, Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Díaz Dos Santos, *La nueva crítica criminológica*, 164. Muestran un panorama de macro delincuencia económica organizada mundial que se nutre de forma oculta del rédito económico del crimen organizado interno con alcance y ocultamiento internacional.

Sobre esta criminalidad, Jorge Paladines, «Duros contra los débiles», 13, promueve enfrentar con la maximización de figuras penales como el cohecho, la estafa, el espionaje, el tráfico de influencias, el acceso a la información privilegiada, la intervención de procesos electorales, el lavado de activos, entre otras figuras.

En tanto, Camilo Bernal Sarmiento «Daños sociales y delitos estatal-corporativos en la crisis europea. Una lectura criminológica». En *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*, coordinado por Iñaki Rivera Beiras (Barcelona: Anthropos, 2014), 113. Indica que los crímenes de cuello blanco y de las corporaciones sirvió para tomar conciencia del carácter inseparable que existe entre los grandes poderes y crímenes.

Así mismo Camilo Bernal, et al., «Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados». En *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*, coordinado por Iñaki Rivera Beiras (Barcelona: Anthropos, 2014), 53. Refiere que durante dos décadas los estudiosos del control penal han analizado distintas formas de criminalidad internacional –crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra, y genocidio- transnacional– -tráfico de armas, trata de personas, crimen organizado, etc.– adaptando diferentes denominaciones para designar sus objetos de investigación.

Con la finalidad de organizar el complejo mundo de estudios sobre el crimen David O Friedrichs, «Transnational Crime and global criminology: Definitional, Typological and Contextual Conundrums», *Social Justice* 34, N.º 2 (108) (2007): 4-18, <http://www.jstor.org/stable/29768431> Propuso una clasificación con nuevas iniciativas, por ejemplo, la *criminología transnacional* es la centrada en lo principal en las diferentes formas de delitos transnacionales o fronterizos y los esfuerzos en los distintos niveles de control y respuesta a tales delitos; la *criminología global* sería la encargada de estudiar la evolución del contexto en que el delito y el sistema de justicia penal existen en la actualidad; y, finalmente la *criminología internacional* encargada de los crímenes internacionales – o crímenes reconocidos en todas las partes del mundo como crímenes contra la humanidad.

A simple vista, el eje transversal de los estudios mencionados, tiene una importante raíz común que es la criminalidad de los poderosos, este hilo conductor nos lleva a remontarnos a los primeros trabajos sobre la materia de Edwin H Sutherland, *El delito de cuello blanco*, 269, quien desde 1939, alertó la existencia de los delitos de *cuello blanco* cometidos por el Estado y las grandes corporaciones con capacidad de producir un mayor daño social que los delitos menores, desde esta perspectiva desafiaba el estudio de los grandes crímenes. Como vemos, el estudio del fenómeno criminal en la actualidad se centra en la unidad indisoluble de los poderes económicos, políticos y mediáticos, no obstante, se persiste las formas tradicionales de criminalidad como es la *delincuencia de subsistencia* analizadas en el segundo apartado del presente capítulo.

La clasificación escogida se debe a que estos crímenes no son fenómenos distintos ni separados, sino que corresponden a mundos entrelazados por las colusiones, hechas de complicidad y recíproca instrumentalización entre poderes criminales, poderes económicos, la criminalidad de subsistencia y poderes institucionales¹¹³.

Para enfrentar este fenómeno debemos considerar que el derecho no es estático, sino dinámico; Claus Roxin afirma que la concepción del bien jurídico protegido «está abierta al cambio social y a los progresos del conocimiento científico»¹¹⁴. En este sentido, la sociedad requiere un escudo protector frente a la moderna evolución del crimen. Los Estados y la comunidad internacional han intentado tipificar algunos ilícitos que comete el poder, sin embargo, se requiere extender su defensa al recurso judicial efectivo en los tribunales internos¹¹⁵.

Veamos la diversa fenomenología de la criminalidad del poder y sus patrones delictuales, donde notaremos que la actuación de jueces, fiscales y autoridades encargadas de la prevención e investigación de dichos crímenes es fraudulenta en la esfera interna. Además de proponer una salida normativa de carácter procesal para detectar investigaciones y procesos infectados por las colusiones oscuras del poder, también, como ya lo hemos denunciado, dichos campos de criminalidad requieren una intervención constitucional en los espacios desatendidos, tarea que no sólo corresponde al constitucionalismo ecuatoriano, sino global.

3.1 Los poderes abiertamente criminales

Como su denominación lo indica hay poderes que ejecutan los crímenes con suma frontalidad, es decir, su estructura clandestina se torna visible tanto en la ideación como en la ejecución de los crímenes; a esta categoría pertenecen dos grandes fenómenos globales: el crimen organizado con alcance transnacional y el terrorismo. A dichos crímenes les favorece la desregulación o escaso control de los mercados internacionales, que, por cierto, también se benefician de las ganancias colosales de esta clase de crímenes, pues no es un asunto aparte que se desarrolle al margen de la sociedad. En este apartado nos centraremos en el contexto

¹¹³ Ferrajoli, *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, 353.

¹¹⁴ Claus Roxin, *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría jurídica del delito*, (Madrid: Civitas, 1997), 57-58, Desde otra perspectiva, Manuel Atienza, *Filosofía del Derecho y Transformación Social* (Madrid: Trotta, 2017), 17-34. Plantea el derecho como una posición dual, es decir, no solo como un conjunto de normas, sino como una práctica social, con la que se trata de alcanzar ciertos fines y valores, no estáticos sino dinámicos.

¹¹⁵ La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en el art. 8 establece que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución y la ley.

latinoamericano, y su repercusión exclusiva en las investigaciones y juzgamientos en Ecuador. La clave de lectura, advertida desde un inicio, es la conexión subyacente de los poderes políticos y económicos que los sostienen, veamos.

3.1.1 El crimen organizado: el Ecuador un actor silencioso local con alcance global

La doctrina y las legislaciones internas no guardan armonía en la definición del crimen organizado pues es un término polisémico, sin embargo, para comprender su alcance y daño es imprescindible aproximarnos al contexto latinoamericano¹¹⁶. Las bandas criminales que operan principalmente en México y Colombia son una muestra de la frontalidad que ejercen en los delitos transnacionales, donde, entre varias conductas, el tráfico de drogas es una de las principales actividades¹¹⁷. En este terreno, Ecuador se ha convertido en un importante actor silencioso en cuanto al tránsito de dichas sustancias, el alcaloide tiene como puerto de llegada los principales países consumidores globales, como gran parte de Europa y Estados Unidos¹¹⁸. Cuando se trata de investigar a dicha criminalidad llena de fraude y corrupción, la justicia ecuatoriana no rinde suficientes garantías para encauzar serias y diligentes investigaciones, escenario que debilita aún más su frágil democracia¹¹⁹.

¹¹⁶ En este sentido puede consultarse a Ollé Sesé, *Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional*, 21, quien indica que los crímenes transnacionales o crímenes transfronterizos son los que se fundamentan en el derecho nacional, pero se internacionalizan a través de instrumentos internacionales al afectar bienes jurídicos y valores estatales con son de preocupación común a los Estados.

¹¹⁷ Para Francisco Rojas Aravena, «Violencia en América Latina: La inequidad, el crimen organizado y la debilidad estatal inhiben el desarrollo humano», en *América Latina y el Caribe: Globalización y conocimiento. Repensar las ciencias sociales*, ed. por Francisco Rojas Aravena y Andrea Álvarez-Marín, (Montevideo: UNESCO, 2011), 311-360. Y Carlos Andrés Prieto, «Bandas Criminales en Colombia: ¿Amenaza a la seguridad regional?». *Revista Opera* 12 (2012): 181-204, ISSN-e 1657-8651. Las bandas criminales que operan en Colombia y México presentan entre otras, las siguientes características. 1. Hacen uso de los últimos avances tecnológicos, así como de la ampliación y desregulación de los mercados financieros globales. 2. Tienen unos beneficios anuales que superan el producto interno bruto de un gran número de países en vías de desarrollo. 3. Tratan de presentarse como empresas económicas lícitas y requieren de una conexión estructural con los poderes públicos y privados, de manera que la corrupción es un elemento esencial de sus actividades. 4. tienen la capacidad de actuar a través de redes en una multiplicidad de Estados; 5. Cuentan con una alta capacidad de transformación; y 6. Sostienen su acción recurriendo habitualmente a actos graves de violencia con el fin de obtener el poder económico y el control social en las áreas en las que operan.

¹¹⁸ Aunque en realidad Álvaro Vélez Tangarife, *Economía política de las drogas en la frontera norte ecuatoriana*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador, 2019), 16. Ubica al Ecuador como un país de producción y tránsito en los frágiles flujos fronterizos. Pues, a su criterio, la idea de posicionar al país latinoamericano como un país de acopiador, transportador y distribuidor es tranquilizadora socialmente, aunque la realidad es otra.

¹¹⁹ En este contexto, existen dos alternativas a ser consideradas, la primera es que la persecución del crimen organizado ejecutado en el territorio de un Estado corresponde a las jurisdicciones internas, pero también, por la internacionalización del crimen este debe ser enfrentado a escala regional y global con herramientas propias de cooperación entre Estados, sin embargo, en este apartado nos centraremos en la reacción inmediata del Estado ecuatoriano en la prevención, investigación y enjuiciamiento responsable de los acusados.

El crimen organizado es una de las principales amenazas de la seguridad y la gobernanza en América Latina por su capacidad de generar violencia, corromper y capturar instituciones públicas, particularmente donde estas son débiles¹²⁰. El portafolio de actividades del crimen organizado es tan amplio que desborda el control territorial convirtiéndose en un fenómeno transnacional. Entre las clásicas figuras de delitos encontramos el narcotráfico, el tráfico de armas, el lavado de activos, el tráfico ilícito de bienes y personas, el secuestro, la extorsión, el sicariato, entre otros.

Hoy la organización del crimen tiene un desarrollo transnacional con un peso que sobre pasa el control de los Estados nacionales, que constituyen incluso un sector ramificado, floreciente y rentable de la economía financiera internacional. Los profesores Héctor Olásolo y Pablo Galain Palermo resaltan que en esta época donde las primeras cien economías del mundo corresponden a corporaciones transnacionales, no se extraña que las estructuras clandestinas empresariales del crimen organizado tengan anualmente beneficios que superan al producto interno bruto de una buena parte de los casi doscientos Estados existentes en la sociedad internacional¹²¹. Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en el año 2009 estimó que las corrientes financieras ilícitas provenientes del tráfico de drogas y otros delitos organizados transnacionales, generaba 870 miles de millones por año, lo que equivale al 1.5% del PIB mundial¹²².

El crimen organizado en la actualidad experimenta cambios sustanciales y constantes en América Latina, que según el internacionalista Olásolo, se posiciona «como uno de los actores estratégicos relevantes del hemisferio, reconfigurando las fronteras territoriales, teniendo un papel importante en la economía, penetrando las estructuras políticas y sociales, y poniendo en juego los avances alcanzados en la construcción del Estado y el sistema democrático»¹²³.

Incluso para enfrentar este fenómeno se propone utilizar los mecanismos de aplicación propios del derecho penal internacional; esta tesis resulta en un primer plano antagónica, pues, el crimen transnacional es regulado internamente de acuerdo con la realidad nacional, y los

¹²⁰ En el artículo de Gino Costa «La situación de la seguridad en América Latina», *Revista electrónica de Derechos Humanos* 31 (2012), Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3342/1/RAA-31%20Gino%20Costa.pdf> Señala que el narcotráfico parece ser una de las causas más importantes de la violencia homicida.

¹²¹ Héctor Olásolo y Pablo Galain Palermo, *Los desafíos de derecho internacional penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 150.

¹²² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. «Delincuencia organizada transnacional: la economía ilegal mundializada», s.f. Acceso el 24 de febrero de 2020. <https://www.unodc.org/colombia/es/press/2014/Marzo/estudio-mundial-homicidio.html>

¹²³ Olásolo, *Derecho internacional penal, justicia transicional*, 72.

crímenes internacionales presentan diferencias profundas en su naturaleza, características y mecanismos de respuestas como la persecución subsidiaria de la Corte Penal Internacional (CPI)¹²⁴. Sin embargo, esta propuesta tuvo cabida en la justicia transicional africana cuando se elaboró el protocolo de Malabo del año 2014 que atribuyó a la Corte Africana de Derechos Humanos jurisdicción penal sobre delitos *ius cogens* y transnacionales¹²⁵. Es así como, frente al actual contexto, no se debería descartar que las graves manifestaciones de violencia ejercidas por las organizaciones criminales de México y Colombia sean declaradas delitos de lesa humanidad y, por tanto, tenga respuestas desde el derecho penal internacional.

Mientras el Derecho Internacional intenta articular herramientas de prevención y persecución, el tráfico de drogas se ha transformado en la principal operación de dichas organizaciones criminales en las últimas décadas. Este escenario ubica a Ecuador como actor silencioso de dicha actividad. El frágil control de la frontera norte con Colombia y la corrupción de sus autoridades, convierte al país latinoamericano en el terreno idóneo para el tránsito de dichas sustancias con destino a los principales países consumidores del mundo. Según los datos recogidos por el catedrático de la FLACSO Fernando Carrión «por Ecuador pasan 480 toneladas de drogas anuales»¹²⁶. El financiamiento, logística y traslado del alcaloide se ha atribuido en gran medida a los carteles colombianos y mexicanos de quienes ya se conocía su operación en el país latinoamericano desde los años 80, pero han recobrado su fuerza en el año 2007¹²⁷.

Esa fuerte conexión de los sujetos públicos con miembros del crimen organizado ha sido analizada por el politólogo Ariel Ávila quien plantea dos hipótesis: si por un lado las organizaciones criminales secuestran a las estructuras del Estado, o si, por el contrario, sus representantes, es decir, los sujetos de poder, buscan al crimen organizado para lucrar de sus ganancias monumentales, así lo describe:

La teoría tradicional dice que el crimen organizado y, en particular las mafias, son un agente externo que viene a modificar una situación que sin él debería ser aceptable, un funcionamiento institucional en la democracia. Es decir, agentes externos al sistema democrático los que impiden su funcionamiento,

¹²⁴ *Ibid.*, 40-43.

¹²⁵ Protocolo relativo al Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos (Protocolo de Malabo) extiende las competencias penales a la CAJDH para el enjuiciamiento criminal y la represión de los crímenes reconocidos en el derecho internacional.

¹²⁶ «Por Ecuador pasan 480 toneladas de drogas anuales», Consultado el 8 de julio del 2020, <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/guayaquil-la-ciudad-con-mas-incautaciones-droga-ecuador>

¹²⁷ Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, proceso seguido por el delito de Organización o Financiamiento para la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. Proceso n.º 1782-2007-02614.

sin embargo, evidencias recogidas en los últimos años indican que, en buena cantidad de casos, no se trata de agentes externos que cooptan agentes institucionales, sino al contrario: de agentes institucionales y legales que utilizan prácticas u organizaciones criminales para maximizar su posición en la distribución del poder social¹²⁸.

Podemos inferir que tanto el crimen organizado como los sujetos de poder prefieren la corrupción para penetrar en las instituciones del Estado, y así, mantener bajos los riesgos penales y judiciales. No se trata de que las organizaciones criminales estén contra el Estado, de hecho, necesita al Estado que garantice la protección a los miembros de las estructuras criminales, ya que poseen el monopolio de la fuerza y, sobre todo, de la justicia. Precisamente el control de la justicia determina si las conductas son lícitas o no, además, como si fuera poco, poseen el control de la decisión. Sin duda el control de la justicia puede resultar el monopolio máspreciado de las estructuras criminales en el mundo contemporáneo.

Debemos recordar que las instituciones de garantía del Ecuador han sido secuestradas silenciosamente por el crimen organizado. Tanto es así que el control de la justicia a través de la corrupción se ha convertido en una verdadera cifra negra, por tanto, indescifrable en todo su esplendor por su naturaleza. Sin embargo, un caso paradigmático ha desvelado las colusiones entre las organizaciones criminales y el poder judicial. En este escenario, nueve miembros del Cártel de Sinaloa fueron capturados el 2 diciembre de 2017, mientras pretendían enviar desde un aeropuerto costero del Ecuador 582 kilos de cocaína en una avioneta con bandera mexicana. El caso gira en la entrega de 300.000 dólares para funcionarios judiciales encargados de la investigación, entre los que constan: policías; peritos; secretarios de juzgado; jueces y fiscales. Los sobornos a las autoridades de justicia del país latinoamericano serían para cambiar la modalidad del delito, de uno de tráfico de drogas a gran escala por uno menor. De este modo, los involucrados se beneficiarían con una pena reducida que no representaría la realidad.

Este caso también llegó a salpicar a altas autoridades de la justicia ecuatoriana, encargados precisamente de resolver la sustitución de la prisión preventiva y los recursos de impugnación planteado por los implicados. Pero la investigación preliminar ha llegado a determinar que sobre dichos jueces también giran serias sospechas por enriquecimiento privado

¹²⁸Ariel Fernando Ávila Martínez, «Crimen organizado, narcotráfico y seguridad», en *El Crimen organizado y gobernanza en la región Andina: cooperar o fracasar*, ed. por Catalina Niño (Quito: Friedrich Ebert Stiftung: 2011), 36.

no justificado y lavado de activos relacionados con el narcotráfico que envuelve el presente hecho¹²⁹.

En definitiva, tanto la primera línea de reacción al crimen organizado, que son policías, jueces y fiscales, están infectados por la corrupción que emana precisamente de dicha actividad, pero lo que alarma aún más es la vinculación de las altas esferas judiciales en el lavado de dinero proveniente del narcotráfico. Con estas premisas podríamos afirmar que el poder judicial ecuatoriano no rinde garantías suficientes para prevenir, investigar, procesar y enjuiciar a los responsables con independencia e imparcialidad judicial. Actividad que corresponde en primera instancia a la jurisdicción interna, no obstante, con la internacionalización del crimen organizado, en la actualidad se busca acoger mecanismos integrales de persecución desde el ámbito internacional como es la utilización de figuras propias del derecho penal internacional.

Hasta lograr afianzar un cambio integral en su tratamiento, la figura procedimental de la cosa juzgada fraudulenta tiene una perspectiva de aplicación, no solo en los delitos de *ius cogens* donde se han deshilado semejantes tramas de corrupción del poder judicial, sino también en un amplio catálogo de ilícitos que son exclusivos del poder, como es el caso del crimen organizado en su variada fenomenología. De donde se infiere que existen profundas y oscuras colusiones de los poderes públicos y privados en dichas actividades delictivas que socavan aún más la frágil democracia ecuatoriana, los derechos fundamentales y promueven, por tanto, la impunidad.

3.1.2 La actividad terrorista: el conflicto en la frontera colombo-ecuatoriana

El terrorismo ha enfrentado históricamente dificultades en torno a su definición, alcance y ámbito de aplicación¹³⁰. Al explorarlo, encontramos diferentes posiciones en cuanto a su significado en organismos internacionales, supranacionales y en el derecho comparado. Sin embargo, los acontecimientos del 11 de septiembre del 2001 en New York, marcaron un giro en torno a la lucha contra el terrorismo a nivel global, bajo una consigna bélica en contra de enemigos, situación que ha puesto en riesgo las conquistas básicas del derecho penal liberal.

¹²⁹ «Una batalla se libra por juicio a exjueza y exfiscal vinculadas al cártel de Sinaloa», *Plan V*, 10 de febrero del 2020, acceso el 08 de junio del 2020, <https://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/una-batalla-se-libra-juicio-exjueza-y-exfiscal-vinculadas-al-cartel> «Prisión Preventiva para dos procesados por presunto delito de lavado de activos», Fiscalía General del Estado del Ecuador, Boletín de Prensa FGE N° 435-DC-2020, 21 de mayo del 2020, acceso el 08 de junio del 2020, <https://www.fiscalia.gob.ec/prision-preventiva-para-2-procesados-por-presunto-delito-de-lavado-de-activos/>

¹³⁰ Un estudio completo sobre el concepto de terrorismo lo realiza Wendy Pena González, *El concepto de terrorismo* (Salamanca: Ratio Legis, 2019).

Por lo cual, la regulación universal antiterrorista se ha convertido en la más representativa del derecho penal del enemigo y de autor, dejando a un lado los principios de lesividad, proporcionalidad, culpabilidad, ultima ratio, presunción de inocencia, debido proceso, entre otras garantías penales y procesales.

El imaginario colectivo al hablar de lucha antiterrorista se remonta a las guerras de Afganistán, Libia o Irak, no obstante, los combates globales en contra del narcotráfico y terrorismo penetran en las diferentes fronteras de los Estados nación. En este sentido, un caso poco estudiado es la guerra contra el terrorismo que se libra en la frontera norte de Ecuador con Colombia. Dicho conflicto trae varios y graves problemas a la frágil democracia ecuatoriana; entre varias causas atribuidas a este fenómeno sobresalen los intereses oscuros del poder -económico, político y mediático- en esta clase de ilícitos.

Ecuador, por su cercanía con Colombia, se ha convertido en una víctima colateral del conflicto armado, dejando a miles de personas desplazadas de sus territorios, secuestros de civiles, militares caídos en combates con guerrilleros o paramilitares colombianos. Esto pese al acuerdo de paz alcanzado en el 2016 entre el gobierno de Colombia con las FARC-EP¹³¹. Dicha frontera no tiene una dinámica de cosa dada, estática como un muro impenetrable; si tomamos la idea de Paul Gootenberg, diremos que «es un lugar de relaciones espaciales líquidas-fluidas bajo flujo y reflujo constante»¹³².

Por consiguiente, la política de guerra contra insurgentes o guerrilleros librada en la frontera colombo-ecuatoriana ha dejado un espacio floreciente al narcotráfico, situación que es destacada por el sociólogo ecuatoriano Roque Espinoza:

Evidenciando que la política que se aplica y que se ha aplicado en la frontera ha sido una política de guerra, que ha apuntado a combatir a la guerrilla y ha dejado librado al narcotráfico. Esto por la simplista identificación entre guerrilla y narcotráfico que supone que, si se liquida la guerrilla, se liquida la producción, el narcotráfico y todos los problemas asociados a la narco-economía¹³³.

¹³¹ La investigadora ecuatoriana Lorena Isabel Sánchez, «El Ecuador frente al Plan Colombia. Inseguridad en la frontera colombo-ecuatoriana», *Revista IIDH* 38 (2003): 199-249, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06728-5.pdf>. Explica que el país ecuatoriano es uno de los más perjudicados en el conflicto de la frontera norte colombiana, incluso su frontera recibe el impacto directo de la guerrilla, la violencia civil y armada en la región.

¹³² Paul Gootenberg, «Talking Like a State: Drugs, Borders and the Language of Control», en *Illicit Flows and Criminal Things: states, borders, and the other side of globalization*, ed. por Willem van Schendel e Itty Abraham (Bloomington: Indiana University Press, 2005), 10-27

¹³³ Entrevista a Roque Espinoza, realizada por Álvaro Vélez Tangarife, *Economía política de las drogas en la frontera norte ecuatoriana*, 29.

La lucha contra el terrorismo y narcotráfico librada en el límite territorial de Ecuador y Colombia ha inscrito una doctrina de seguridad nacional de Estados Unidos en los dos países. A criterio de Álvaro Vélez Tangarife, se presenta de manera distinta del lado colombiano donde se combate a las guerrillas, y del ecuatoriano se toman medidas para evitar la participación del país en la producción y tránsito de drogas¹³⁴. Sin embargo, las medidas de prevención y de control en la frontera no han dado resultado, pues Ecuador se ha visto afectado por la penetración de disidentes armados de las FARC¹³⁵.

En la memoria colectiva quedan las ofensivas ejecutadas por este grupo entre enero y marzo del 2018 en contra de la población civil, que según el COIP podrían ser categorizadas como acciones terroristas, por ejemplo: la explosión de coches bomba que dejó un saldo de 23 personas heridas, daños materiales en viviendas y recintos policiales; muertes de militares; secuestros y asesinatos a periodistas y habitantes de las localidades de San Lorenzo, Mataje y Viche en la provincia de Esmeraldas al norte de Ecuador¹³⁶. Los ataques fueron una muestra de presión al gobierno ecuatoriano para que finalice los acuerdos de cooperación con Colombia en la lucha antiterrorista en dicha frontera¹³⁷.

Mientras tanto, las investigaciones de la Fiscalía del Ecuador determinaron que los ataques de los disidentes de las FARC se perpetraron para evitar precisamente los controles sobre la elaboración, producción y transporte de droga. En consecuencia, dicha organización ha logrado permear la frágil frontera ecuatoriana afectando de este modo su institucionalidad y soberanía. Además, la actividad terrorista por su naturaleza ha logrado vincular a policías, jueces y fiscales, tal y como vimos en el apartado anterior, pues una de sus principales fuentes de financiamiento es el narcotráfico¹³⁸.

¹³⁴ Álvaro Vélez Tangarife, *Economía política de las drogas*, 29.

¹³⁵ Para la Fiscalía del Ecuador el frente Oliver Sinisterra es una agrupación disidente de las FARC que opera en la frontera colombo-ecuatoriana. Se caracteriza por actos terroristas y crímenes relacionados con el narcotráfico en ambos países. En «Fiscalía vincula a alias “Guacho” al proceso por delincuencia organizada y terrorismo». Boletín de Prensa FGE N.º 141-DC-2018, de 12 de junio de 2018, acceso el 21 de julio de 2020, <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalia-vincula-a-alias-guacho-al-proceso-por-delincuencia-organizada-y-terrorismo/>

¹³⁶ EL COIP en el art. 366 establece: «La persona que individualmente o formando asociaciones armadas, provoque o mantenga en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o libertad de personas o pongan en peligro las edificaciones, medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios capaces de causar estragos, serán sancionados con una pena privativa de libertad de diez a trece años [...]».

¹³⁷ Hernán Moreno Urigüen, «Ecuador-Colombia: entendiendo el problema fronterizo», *FLACSO Chile, Serie Documentos Electrónicos* 1 (2008): 1-14, <http://www.flacsochile.org/wp-content/uploads/2015/05/Ecuador-Colombia.-Entendiendo-el-problema-fronterizo.pdf> Sara España, «El narcotráfico desafía a la policía del Ecuador con un coche bomba», *EL País*, 28 de enero del 2018, acceso el 18 de julio del 2020, https://elpais.com/internacional/2018/01/28/america/1517100537_451733.html

¹³⁸ «Fiscalía vincula a alias “Guacho” al proceso por delincuencia organizada y terrorismo».

En consecuencia, hay dos hipótesis, que a primera vista resultan ser contradictorias, pero que son totalmente viables por la forma como opera el poder. Por un lado, como lo advertimos desde un principio, el Estado al declarar la guerra al narcotráfico y el terrorismo coloca en riesgo las garantías básicas del derecho penal liberal. En tanto que, por otro lado, a los sujetos de poder vinculados con esta actividad se les promueven investigaciones y juicios fraudulentos.

La explicación de lo expuesto es tendencia mundial. Los poderes abiertamente criminales en su dos formas -crimen organizado y terrorismo- contratan para ejecutar los asesinatos, secuestros, y otras actividades propias a la delincuencia menor o de subsistencia, quienes no son considerados para el Estado «personas sino enemigos»¹³⁹. Razón por la cual se lleva adelante una doctrina contraria al derecho penal garantista¹⁴⁰. No obstante, la conexión subterránea del poder se activa cuando se pretende investigar, procesar o juzgar a los verdaderos responsables, así lo vimos en el anterior apartado, cuando el poder judicial realizó groseras maniobras procesales al cambiar la acusación de un delito mayor por uno menor. La finalidad fue someter a los responsables a una pena menor de la que realmente les corresponde, violando de esta manera el principio de proporcionalidad de la infracción¹⁴¹. Además, se debe recordar que los actores judiciales partícipes de dicho fraude también están infectados de corrupción, ya que sobre ellos recaen serias investigaciones de lavado de activos por su conexión con el narcotráfico y el terrorismo.

Para contener esta actividad, por lo menos desde nuestro campo, se propone una salida asimétrica desde el Derecho y no desde la guerra, articulando mecanismos nacionales e internacionales para su prevención, investigación, juzgamiento y sanción a los responsables. Por tanto, ya en nuestro terreno la categoría de la cosa juzgada fraudulenta, que edificaremos y aplicaremos en el Capítulo IV en crímenes de *ius cogens* en Ecuador, también sirve como

¹³⁹ Según Günter Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo* (Madrid: Civitas, 2003), 88. «Los enemigos no son efectivamente personas».

¹⁴⁰ Sobre el tema puede consultarse los trabajos de Miguel Ortiz Sarkis, «Orígenes y Desarrollo del Crimen Organizado en América Latina (1916-2013)», *Revista Política y Estrategia* 121 (2013): 145. Ávila Martínez, «Crimen organizado, narcotráfico y seguridad», 31. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, 353.

¹⁴¹ Un hecho similar comenta Perfecto Andrés Ibáñez, prólogo a *Italia oculta. Terror contra Democracia*, de Giuliano Turone (Madrid: Trotta, 2019), 27. Cuando narra la muerte de Piersanti Mattarella, presidente de la Región de Sicilia, «que estaba tratando de limpiar la isla de porquería y fue asesinado el 6 de enero de 1980 por la mafia que, para la perpetración del delito, se sirvió de jóvenes de la derecha violenta; la anulación, en Casación, de la sentencia de los tres sicarios responsables de la muerte del capitán Emanuele Basile por vicios de forma: La anulación consiste en el hecho de que no se notificó tempestivamente a los defensores de los tres imputados a la fecha de la audiencia pública destinada al sorteo de jueces populares».

herramienta coadyuvante en escenarios locales de impunidad. Por ejemplo, en el caso de los delitos de la actividad terrorista, como el que acabamos de relatar.

3.2 Los crímenes de los poderes

Recordemos que el poder oculto en la democracia constitucional tiene la capacidad de transformar la entera realidad social, y colocar a la delincuencia menor o de subsistencia como el verdadero problema de la democracia y de los derechos fundamentales¹⁴². En este contexto, el poder bajo profundas colusiones con el poder económico, político y mediático engendra los denominados crímenes del poder, que, a diferencia de los poderes abiertamente criminales, ejecuta los crímenes de forma subyacente o subterránea. A esta especie pertenecen los poderes económicos/privados y los poderes públicos/políticos.

La clasificación descrita resulta compleja e inabarcable en su explicación, sin embargo, nos limitaremos a detallar los crímenes del poder en sus diversos fenómenos. Recordando que veremos a profundidad en el Capítulo IV un crimen sobresaliente del poder; me refiero a los crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos sucedidos en Ecuador, al cual aplicaremos los supuestos normativos que identifican las investigaciones, procesos y juicios fraudulentos.

Entonces, por cómo se maneja el poder veamos también en su integralidad sus crímenes, a los que, a nuestro criterio, la categoría de la cosa juzgada fraudulenta resulta extensible. Es necesario tener en cuenta la participación del poder en sus diversas manifestaciones –político, económico y mediático- en la comisión de dichos crímenes y la influencia a las autoridades encargadas de su investigación y control, en lo principal a jueces y fiscales.

Un ingrediente adicional al andamiaje de impunidad es la gran cantidad de aforamientos que recaen sobre los políticos o sujetos de poder. Por la calidad que ostentan, las investigaciones y juzgamientos se trasladan al vértice jurisdiccional, lugar que está infectado precisamente por la actividad de la política. En el caso español y ecuatoriano resulta paradójico, pues el CGPJ en España y el CJ en Ecuador, encargados de la designación de los altos magistrados, está compuesto y representado por miembros de los principales partidos políticos, envueltos por el fraude y la corrupción, como veremos¹⁴³.

¹⁴² Véase a Bernal Sarmiento, et al., «Más allá de la Criminología.», 55. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, 355.

¹⁴³ Véase el Cap. II, apdo. 2.2.3.2.

3.2.1 Crímenes económicos y especulación financiera. El ejemplo de España en 2008 y Ecuador en 1998

En el apartado 1.3 b) de este capítulo vimos el conflicto de intereses entre el poder público y el poder económico, y la subordinación de los primeros a los segundos. En esta colusión, los poderes económicos coadyuvan, desde la opacidad, en la ejecución de ciertos crímenes de carácter político. Un claro ejemplo es la comisión de crímenes de *ius cogens* que veremos en el caso ecuatoriano. Sin embargo, los poderes económicos y privados por su naturaleza ejecutan crímenes propios, ya que se aprovechan de los escasos controles que surgen gracias a los procesos de globalización de la economía. Además, para garantizar su impunidad en el ámbito interno, poseen una fuerte conexión con los sujetos públicos encargados de la prevención, investigación y juzgamiento.

Los delitos de los poderes económicos son identificados también como ilícitos de «cuello blanco» por su aparente legalidad, que precisamente los convierte en impunes. Un segmento de aquellos es perpetrado por los mercados, las corporaciones y las instituciones de financieras nacionales e internacionales¹⁴⁴. Para Ferrajoli, se manifiestan en las diversas formas de corrupción, de apropiación de los recursos naturales y la devastación del medio ambiente, provocada por los procesos de globalización que no tienen más regla que el beneficio y la auto acumulación. De este modo, se presentan como un vacío de derecho público y específicamente de derecho penal internacional¹⁴⁵.

Igualmente, hay estudios que afirman una separación muy fina entre la actividad económica de este tipo de criminalidad y la del crimen organizado, pues, no es un asunto subterráneo o que se desarrolle al margen de la sociedad. Según Francesco Forgione, lo que caracteriza hoy al crimen es su gran cobertura social, los cálculos indican que la actividad ilegal de una estructura criminal sólo entre el 30 y 40% regresa a la ilegalidad, el resto va a la economía y actividades lícitas¹⁴⁶.

Un estudio revelado por el académico británico Misha Glenny, especializado en el crimen organizado global, determinó que los bancos y el mercado inmobiliario son los que más blanquean dinero o lo reciben ya lavado. El tránsito de lo legal e ilegal no es borroso y nada complicado. Además, la participación de las economías ilegales representa entre el 15 y el 30%

¹⁴⁴ Iñaki Rivera Beiras, coord., *Delitos de los Estados, los Mercados y el Daño Social. Debates en criminología crítica y Sociología jurídico-penal*, (Barcelona: Anthropos, 2014), 17.

¹⁴⁵ Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, 354.

¹⁴⁶ Francisco Forgione, *La experiencia italiana en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción* (México: INACIPE, 2020)

del PIB mundial¹⁴⁷. Estos cálculos son hechos con base en datos de tres economías ilegales: el narcotráfico, la trata de personas y el tráfico de armas; entre otro tipo de negocios ilícitos que no son contabilizados, por lo que el porcentaje podría ser más alto¹⁴⁸.

En esta línea, el investigador Ariel Ávila indica que las acciones judiciales contra este tipo de ilicitudes se circunscriben en perseguir a las partes operativas y visibles de los negocios, pero a medida que se van blanqueando la justicia no opera. El último informe del G20 señala a nuevos países considerados como paraísos fiscales, pero el informe no dice que una vez lavado el dinero se dirige a los principales bancos del primer mundo. Aquí la hipocresía es el común denominador¹⁴⁹. Es decir, hay un control aparente de los ilícitos que alimentan al poder económico, como el narcotráfico, propio del crimen organizado y del terrorismo. Pero cuando sus ganancias ingresan al sistema financiero local y global, se transforman en activos lícitos que circulan bajo normalizadas transacciones.

Según Zaffaroni e Ílison Dos Santos, este es un punto vital para comprender la época actual como la era del *totalitarismo financiero*, pues la «economía global desregulada se concentra en ficciones de organismos internacionales que debilitan y manipulan a los Estados»¹⁵⁰. Lo anterior, conecta con un episodio poco olvidado para la sociedad española, me refiero a la crisis económica del año 2008, que involucró de manera directa al Estado y a la banca privada en la comisión de delitos estatal-corporativos, relacionados con la burbuja inmobiliaria. A criterio de los catedráticos Vicenç Navarro y Juan Torres, la banca fue responsable de delitos financieros y estafas producto de su gran poder económico. Sin controles oficiales fuertes, los bancos engañaron a miles de personas en todo el territorio ofreciéndoles productos financieros fraudulentos. Por su parte, el Estado fue responsable por no haber regulado los servicios bancarios, facilitando la producción de estafas y generando daños económicos a los ahorradores. Meses después de la crisis financiera, el gobierno decidió asumir

¹⁴⁷ Misha Glenny, *McMafia: A Journey Through the Global Criminal Underworld*, (New York: Alfred A. Knopf. New York, 2008). En cambio, Michael Parkin, Gerardo Esquivel y Mercedes Muñoz, *Macroeconomía*, (México: Pearson Educación, 2007), 123. También reconoce que la economía subterránea es difícil de medir, pero fácil de describir, a la que incluye la distribución de drogas ilegales, la producción que utiliza fuerza de trabajo ilegal, entre otras oscuras actividades.

¹⁴⁸ Ávila Martínez, *Crimen organizado, narcotráfico y seguridad*, 37.

¹⁴⁹ *Ibid.* El G20 señala como paraísos fiscales a Liechtenstein, Panamá, República de Vanuatu, Suiza, Uruguay y los ya conocidos Antigua y Barbuda, Barbados, Botsuana, Brunéi y Trinidad y Tobago.

En el informe de Manon Aubry y Thomas Dauphin, «Bancos en el exilio: cómo los principales bancos europeos se benefician de los paraísos fiscales», *Oxfam International*, (2017): 1-52, <https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/Informe%20Bancos%20en%20el%20exilio.pdf> sugiere que algunos bancos utilizan paraísos fiscales para evitar el pago de los impuestos que les corresponden. Es decir, la espiral de ilegalidad no se cierra con el ingreso de dinero ilícito a los principales bancos, pues este a su vez retorna a los paraísos fiscales.

¹⁵⁰ Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos, *La nueva crítica criminológica*, 67.

las consecuencias de tales daños, sin investigaciones judiciales a los estafadores y sin reparación de daños a miles personas¹⁵¹.

Como podemos observar, la crisis del año 2008 desatada en España es un ejemplo claro de la desregulación global y local de la economía, que aún, bajo exhaustivos controles, se nutren de opacidad y complicidad de los sujetos públicos encargados de su prevención, investigación y juzgamiento. El caso español, desde la óptica ecuatoriana, no resulta nada nuevo, si retrocedemos alrededor de una década nos encontramos con un episodio casi calcado. En marzo de 1999, Ecuador vivió la peor crisis económica de su historia con el llamado “feriado bancario”, donde alrededor de 18 bancos quebraron y el Estado asumió su rescate, aunque en realidad el costo fue asumido por la clase media baja y los sectores más pobres¹⁵².

La especulación financiera y los crímenes del poder económico han sido calificados por Ferrajoli como un vacío de derecho público, siendo más específico, de derecho penal internacional. Pues, a nivel global, no existe una tipificación de ilícitos cometidos por los mercados y las corporaciones financieras nacionales que aguardan sus ganancias en bancos internacionales. Para enfrentarlos, se ha propuesto calificar al caso español y ecuatoriano como formas de terrorismo financiero y de crímenes económicos contra la humanidad, que deberían ser investigados y sancionados con el mismo rigor que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ERCPI) castiga los crímenes de guerra y de lesa humanidad¹⁵³.

Mientras tanto, en el ámbito interno, los delitos del poder económicos referidos aguardan una ideada impunidad. Como se ha visto a lo largo del tiempo, en latitudes diferentes y bajo aparentes previsiones legales, el poder enfrenta caídas brutales con daños irreversibles a la democracia y a los principales derechos fundamentales. Para intentar contener y enfrentar las manifestaciones ilícitas del poder económico, se podría usar las clásicas figuras penales como el cohecho, la estafa, el espionaje, el tráfico de influencias, el acceso a la información privilegiada, entre otros delitos recogidos en el COIP¹⁵⁴.

De manera que, pese a la tarea pendiente en el ámbito internacional de someter al poder económico bajo límites y vínculos supranacionales, en el ámbito interno se promueve el uso de

¹⁵¹ Vicenç Navarro y Juan Torres López, *Los amos del mundo: Las armas del terrorismo financiero* (Barcelona: Espasa libros, 2012), 43.

¹⁵² Kintto Lucas, *Ecuador cara y cruz. Del levantamiento del noventa a la Revolución Ciudadana* (Quito: CIESPAL, 2015)

¹⁵³ Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, 512-515. Esta propuesta también es impulsada por los economistas; Vicenç Navarro y Juan Torres, *Los amos del mundo*, 207.

¹⁵⁴ Paladines, presentación a *La nueva crítica criminológica*, 13. En este sentido véase a Nicolas Guzmán, *Delitos en el mercado financiero* (Buenos Aires: Hammurabi, 2014). El autor analiza los delitos perpetrados por los mercados en Argentina como abuso de información privilegiada, abuso de mercado, intermediación financiera no autorizada, contabilización falsa de operaciones crediticias, cohecho financiero.

figuras penales para su persecución. Es decir, que en este terreno la categoría que identifica las investigaciones y juicios fraudulentos, al ser una herramienta de carácter procesal, sirve también para detectar los entramados de impunidad entre el poder público y el poder económico, ya que, como se ha visto, dichos crímenes aguardan una aparente normalidad y una constante repetición.

3.2.2 Los crímenes contra la humanidad

La última clasificación de los crímenes del poder también resulta heterogénea, compleja y diversa. Para ello, partimos de lo que consideramos el inicio de los crímenes, es decir, la idea del jefe de Estado como la encarnación de la voluntad general¹⁵⁵. Resulta que en el caso ecuatoriano dicha concepción produjo la comisión de crímenes de lesa humanidad, considerado, a nuestro criterio, un crimen de carácter público. Este crimen por su naturaleza responde solo a una clasificación de este gran fenómeno. De esta forma, se incluyen a crímenes igual de graves que son recogidos en el ERCPI en su art. 5 como: el genocidio, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. Dichas conductas se adhirieron al capítulo primero del COIP como «graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario»¹⁵⁶, bajo el compromiso internacional de investigar y juzgar.

Como lo señala Ferrajoli, esta categoría se incluye a los crímenes perpetrados por la subversión, precisamente por colocar en riesgo la democracia y las instituciones del Estado. En vista de que son organizaciones ocultas internas y/o internacionales, como experimentó América Latina en los años 60 y 70, y ensayada en Italia a través de las asociaciones como Gladio, los servicios secretos, la P2 y similares¹⁵⁷.

Por la casuística, experiencia práctica y por el objeto de nuestro trabajo, extraeremos del contexto ecuatoriano los crímenes de lesa humanidad y las violaciones a los derechos humanos. En ese terreno aplicaremos los supuestos normativos que identifican la cosa juzgada fraudulenta, que, precisamente, intenta deshilar las colusiones y tramas oscuras del poder.

¹⁵⁵ Véase el apdo. 1.3 a) de este capítulo.

¹⁵⁶ COIP, Título IV Infracciones en particular. Capítulo primero «Graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitaria» Recogidos desde el art. 79 al 89.

¹⁵⁷ Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoría del derecho y la democracia*, 354.

3.2.3 Los crímenes de corrupción o contra la administración pública

En lo que concierne a los delitos contra la administración pública en su mayoría también tienen un punto de partida. Pues aquellos, se generan en gran medida por la pérdida del rol de los partidos políticos en las instituciones de garantía¹⁵⁸ y la estrecha vinculación de los poderes económicos-privados en el vértice del Estado, convirtiéndose en el sitio idóneo para la comisión de diversos delitos de corrupción, concusión, cohecho, y apropiaciones de la cosa pública¹⁵⁹.

La corrupción en Ecuador es una cuestión normalizada desde el retorno a la democracia en 1979 hasta el actual régimen presidencial. En estos últimos años trascendieron dos casos que vinculan de forma directa al partido de gobierno *Alianza País*, que entre el 2012 al 2016 solicitaron dinero a empresas privadas que contrataban con el Estado con el fin de financiar diferentes campañas políticas¹⁶⁰. Como si fuera poco, recientemente en el año 2018, el mismo partido se encuentra comprometido por el uso de fondos públicos en la consulta popular que pretendía cambiar la institucionalidad del país. Lo descrito para la esfera europea no resulta novedoso. En circunstancias similares, Italia en su momento enfrentó el caso *Mani Pulite* y España el caso *Gürtel*. Es decir, dicha patología es un problema de carácter global que trascienden las fronteras de los Estados, y demanda soluciones integrales.

Un ingrediente adicional a la trama de impunidad es la calidad de los aforamientos procesales, pues hay una vinculación directa del poder político con toda la criminalidad del poder aquí desarrollada. En este escenario, las investigaciones y juzgamientos de los sujetos de poder -políticos- por su condición recaen en las altas Cortes, que precisamente están infectadas por la política. Esto se debe a que el control del Poder Judicial se cierra cuando el CGPJ en España y el CJ en Ecuador designan a los jueces encargados de resolver los procesos con aforamientos. El panorama se agrava cuando dicho órgano de selección de jueces lo conforman miembros de los principales partidos políticos infectados de fraude y corrupción, como lo veremos en el segundo capítulo¹⁶¹.

Ya comentaremos detenidamente cuando nos enfrentemos a los problemas de la independencia judicial interna, que la salida es cambiar la estructura de la carrera judicial de

¹⁵⁸ Véase el apdo. 1.3 b) de este capítulo.

¹⁵⁹ El COIP del art. 277 al 296 establece diversos delitos contra la eficiencia de la administración pública que incluyen: el peculado, cohecho, enriquecimiento ilícito, concusión, incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, tráfico de influencias y el testaferrismo.

¹⁶⁰ Véase a Fernando Villavicencio Valencia y Cristian Zurita Ron, *Arroz Verde- La industria del soborno* (Quito: La fuente, 2019).

¹⁶¹ Véase el Cap. II, apdo. 2.2.3.1 y 2.2.3.2.

un modelo vertical a uno horizontal como lo sucedido en Italia, y que los órganos de selección no estén vinculados o se sospeche su adherencia a la política.

4. Una memoria categórica frente a la impunidad de los crímenes del poder

La criminalidad del poder incuba una ideada impunidad, colocando a la delincuencia menor como el real peligro de la democracia y de los derechos fundamentales, distrayendo su persecución. Esto opera desde los crímenes del poder, como los de lesa humanidad, hasta los de naturaleza económica. Pero también sobre los crímenes de los poderes abiertamente criminales, como el crimen organizado y la actividad terrorista, sobre todo, cuando hay profundas colusiones entre los poderes económicos, políticos y públicos. Precisamente, dicha agrupación y concentración obscura del poder los convierte en impunes e indescifrables.

La impunidad es sinónimo de injusticia, de olvido, de desatención de los crímenes, pero también de las víctimas. La estrategia del poder en la actual democracia constitucional es el manejo oculto del poder mediático, quienes seleccionan estructuralmente al enemigo, en este caso, a los menos atendidos por los servicios públicos. Justamente este grupo social o *delincuencia de subsistencia* es presentado como el verdadero problema de la “seguridad ciudadana” y de los derechos.

No obstante, en el capítulo final, presentaremos una salida alentadora frente a la amnesia de los grandes crímenes, puesto que propondremos edificar y aplicar la categoría normativa de la cosa juzgada fraudulenta a los crímenes de *ius cogens* sucedidos en Ecuador. En la actualidad existe una salida axiológica plasmada en los tribunales ecuatorianos, pero, con el fin de llenar dicha laguna, edificaremos una salida normativa para que desde la legalidad podamos desafiar dicho fenómeno. Enfrentarlo de otra manera, es decir, sin un bagaje normativo, genera inseguridad para las aspiraciones de las víctimas como para la defensa de los perpetradores.

De este modo, los crímenes de lesa humanidad son una muestra de la gran variedad de crímenes que comete el poder. Por esto, resultaría también extensible la aplicación de la figura que identifica los procesos fraudulentos a las conexiones subyacentes del poder, identificados desde los poderes abiertamente criminales a los crímenes que son exclusivos del poder, ya sean de carácter económicos/privados o políticos/públicos. Para afianzar la persecución integral es necesario mirar a la criminalidad del poder bajo una memoria categórica, esto es, asumiendo el pasado, comprendiendo el presente y proyectando a futuro su prevención, investigación y juzgamiento de dichos crímenes.

4.1 Asumiendo el pasado

Tanto filósofos, políticos y juristas asumen el pasado de forma distinta, pues no existe un consenso unificado. La corriente común toma el pasado como la narración de hechos históricos sobre la cual se asienta el progreso de la humanidad. Sin embargo, dicha postura es incompleta si viene contada solamente por los vencedores de las guerras, donde se excluye la participación de las víctimas, el relato del sufrimiento vivido y las distintas formas de reparación de los crímenes, tal y como se dio de manera incompleta en los juicios de Nuremberg y Tokio¹⁶².

Al hablar de historia y de memoria no resulta conveniente fragmentar dichas cuestiones, pues corresponden a una categoría integral que engloba los crímenes del pasado, coadyuva el entendimiento del presente y promueve una proyección al futuro. En otras palabras, es una integración cíclica del fenómeno criminal público y privado como un universo unido, entrelazado y no separado. Dicha premisa fue vislumbrada por Walter Benjamín de la siguiente manera:

Hay un cuadro de Klee llamado *Angelus Novus*. En ese cuadro se representa a un ángel que parece a punto de alejarse de algo a lo que está mirando fijamente. Los ojos se le ven desorbitados, la boca abierta y las alas desplegadas. Este aspecto tendrá el ángel de la historia. Él ha vuelto el rostro hacia el pasado. Donde ante *nosotros* aparece una cadena de datos, *él* ve una única catástrofe que amontona ruina tras ruina y las va arrojando ante sus pies. Bien le gustaría detenerse, despertar a los muertos y recomponer lo destrozado. Pero, soplando desde el Paraíso, la tempestad se enreda entre sus alas, y es tan fuerte que el ángel no puede cerrarlas. La tempestad lo empuja, inconteniblemente, hacia el futuro, al cual vuelve la espalda, mientras el cúmulo de ruinas ante él va creciendo hasta el cielo. Lo que llamamos progreso es justamente tempestad¹⁶³.

La interpretación de Benjamín es contraria al progreso. El progreso no ha sido capaz de detener la catástrofe, es más, el progreso se ha edificado de ruina tras ruina a los pies de la humanidad. El ángel quiere regresar al pasado a recoger a los caídos, repararlos, brindarles justicia y cerrar las heridas del olvido, de la impunidad y de la injusticia. No obstante, las víctimas para la sociedad son sólo números, datos estadísticos, acontecimientos cíclicos sin un

¹⁶² En este sentido véase a Danilo Zolo, *La justicia de los vencedores: de Nuremberg a Bagdad* (Madrid: Trotta, 2007)

¹⁶³ Walter Benjamín, *Obras, libro I vol.2* (Madrid: Abada Editores, 2008), 310.

hilo conductor, esporádicos y desencadenados de responsabilidad superior. Lo que para unos significa progreso para otros es tempestad.

Al pasado lo debemos observar bajo una mirada categórica de historia y memoria. A pesar de que ambas cuestiones se ocupan del pasado, el enfoque tiene que ser radical. Iñaki Rivera nos invita a ampliar la mirada no sólo a lo sucedido, sino también a lo que acabó pasando, por qué fue derrotado, aniquilado, menospreciado, hundido, a lo que en definitiva malogrado¹⁶⁴. Sin embargo, debemos ser críticos con el enfoque de la historia, ya que contiene perspectivas diferentes de los vencedores y vencidos. Para el conocimiento de la memoria no tiene que ver con un objeto que está allí, sino con una semilla. Según Reyes Mate «en la semilla están latentes posibilidades que el tiempo permitirá conocer. El pasado de la memoria es así preñado de posibilidades»¹⁶⁵.

En este sentido, los crímenes de ayer son los crímenes de hoy y del mañana. Dicho de otra manera, se promueve un enfoque integral, con una mirada de la historia en un sentido crítico y una memoria categórica del daño que irradia de forma integral la criminalidad del poder; con los crímenes de *ius cogens*, los de corrupción, los del crimen organizado con el narcotráfico, el terrorismo y los crímenes del poder económico. Eventos y conductas que no son aislados, esporádicos, sino bajo un hilo conductor único, entrelazado, y que es la responsabilidad exclusiva de los sujetos de poder; muchas veces obscuro, indescifrable y subyacente, pero pocas veces responsable, visible y bajo escrutinio público.

4.2 Comprendiendo el presente

En este sentido, los crímenes del pasado, como las violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad ocurridos en Ecuador y en diferentes partes del hemisferio, son el inicio de un nutrido grupo de crímenes que comete el poder; teniendo en cuenta las conexiones opacas del poder político con el poder económico que rebasan los controles de la esfera interna e internacional. Así, no extraña la colusión oscura del poder público; sean jueces, fiscales, y policías al servicio del crimen organizado, que se evidencia en la comisión e

¹⁶⁴ Iñaki Rivera Beiras, «La memoria: categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales» *Revista Crítica Penal y Poder* 1 (2011): 42, <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/108697/1/618031.pdf>

¹⁶⁵ Manuel Reyes Mate, *Medianoche en la historia: comentarios a las tesis de Walter Benjamín. Sobre el concepto de historia* (Madrid: Trotta, 2006), 263. Sobre la relación y diferencia entre la memoria e historia véase a Walter Benjamín, *Tesis sobre la historia y otros fragmentos* (México: ITACA, 2008).

impunidad de los diversos crímenes, como el narcotráfico y la actividad terrorista desatada en la frontera colombo-ecuatoriana.

En esta línea, existe una profunda conexión del poder político-público con el poder económico que los convierte en impunes e indescifrables. Puede parecer una estructura compleja los delitos del poder económico y privado, sin embargo, aquellos entrañan una similitud en relación con el daño social que irradian hacia las víctimas.

Por una parte, los crímenes del poder económico que recayeron en la sociedad española y ecuatoriana son una muestra del reino de la libertad de la banca, los mercados, las corporaciones financieras nacionales e internacionales. Aquellos, promovieron sendos salvatajes bancarios que en el caso ecuatoriano entre los años 1998–2000 obligaron a emigrar cerca de medio millón de personas que huyeron del hambre, el desempleo y la represión del Estado¹⁶⁶. En España la realidad no fue distinta, la explosión inmobiliaria a causa del fraude de la banca nacional e internacional provocó cerca de 350.000 desahucios y miles de suicidios¹⁶⁷. La situación atravesada fue vergonzosa pues había casas sin gente y gente sin casas.

En consecuencia, por el daño causado a millones de víctimas en distintos territorios, los crímenes de la *criminalidad del poder* son fenómenos entrelazados y unificados que tienen como responsables subyacentes pero directos a los sujetos de poder.

Mientras tanto, en el crimen organizado y la actividad terrorista, podrían considerarse de naturaleza abstracta, por la indeterminación de las víctimas. Sin embargo, dichos ilícitos mantienen una conexión oscura con los sujetos de poder, sea con el poder económico que se benefician de sus ganancias exorbitantes, o con el poder político y público encargados de la prevención y procesamiento. Aquellos provocan un daño directo a miles de personas desplazadas y muertes en la frontera colombo-ecuatoriana. Además de generar en Ecuador y en los demás países de la región un hacinamiento carcelario sin precedentes de la delincuencia menor o de subsistencia, que es incorporada y adoctrinada, precisamente, por la gran criminalidad impune.

En tanto que los crímenes del poder económico y el poder político son perpetrados oscura y subyacentemente por los sujetos de poder, lo cierto es que hay diferencias en el daño causado a las víctimas de crímenes de lesa humanidad con las del poder económico, como las migraciones forzadas, desahucios y suicidios. No obstante, por los efectos lesivos a la sociedad se ha propuesto calificar a los delitos del poder económico cómo «crímenes económicos contra

¹⁶⁶ Franklin Ramírez Gallegos y Jaques Paul Ramírez, *La estampida migratoria ecuatoriana. Crisis, redes transnacionales y repertorios de acción migratoria*. (Buenos Aires: Centro de Investigaciones Ciudad, 2005), 51.

¹⁶⁷ Vidal Tamayo, «Políticas de Mercado y Daño Social», 136.

la humanidad o terrorismo financiero», promoviendo incluso ser investigados y sancionados como se castiga a los crímenes de lesa humanidad por la Corte Penal Internacional¹⁶⁸. En suma, a la criminalidad del poder se le debe observar bajo el prisma de la impunidad, lo que Judith Shklar llamó «institucionalizar la sospecha» como un escalón previo que abre las puertas a la justicia¹⁶⁹.

4.3 Una mirada al futuro investigativo

En primer lugar, antes de entrar en el siguiente capítulo a detallar una sugerencia de carácter procesal penal, adelantamos que se debe plantear desde la esfera constitucional nacional y supranacional, la visibilidad y sujeción del poder público y privado a rigurosos vínculos y límites. Pues, de los espacios desatendidos por el actual constitucionalismo, vistos en el apartado 1.3 de este capítulo, nacen de forma subterránea una serie de ilicitudes que comete el poder político, el poder económico y el poder mediático, donde el poder en su estado de naturaleza desarrolla lo que hemos llamado: la criminalidad del poder.

En cuanto exista el compromiso interno e internacional de regulación, se debe, en el caso ecuatoriano, promover políticas sociales a favor de la llamada delincuencia menor o de subsistencia, antes que políticas criminales de máxima penalización que llevan a un gran encarcelamiento. Por lo tanto, la gran criminalidad organizada y terrorista se verá limitada en adoptar a sus filas a sujetos desprotegidos por la asistencia social. Un efecto colateral pero importante será que mientras la criminalidad menor esté cubierta por políticas sociales, el poder se verá limitado en la selección estructural del enemigo a los pobres, migrantes y toxicómanos. De esta manera, el campo de contención y persecución contra la verdadera criminalidad del poder estará al descubierto.

Una vez que logremos afianzar dicho cambio, la persecución de la criminalidad del poder debe y tiene que verse bajo una perspectiva integral, comprendiendo su naturaleza, colusiones, alcance y el daño a los derechos fundamentales. Considerando que el poder en su estado de naturaleza salvaje, y aun bajo previsiones legales, enfrenta caídas brutales; el curso de los hechos, particularmente en el caso ecuatoriano, ha demostrado que el poder político no actúa en soledad sino con la participación obscura pero directa del poder económico y el poder mediático.

¹⁶⁸ Véase el apdo. 3.2.1 de este capítulo.

¹⁶⁹ Judith Shklar, *Los rostros de la injusticia* (Barcelona: Herder, 2013).

En este contexto unitario, en la década de los 80, el poder fue responsable de crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos en Ecuador, y a finales de los años 90, fue responsable del salvataje o feriado bancario, con un daño social en los dos contextos, hasta ahora irreversible. Además, en este nuevo milenio, el poder en sus distintas formas se vincula en la actividad del crimen organizado: como en el narcotráfico y en el terrorismo; pues, ya vimos, cómo la falta de previsión interna y la desregulación de la economía internacional hacen que sus ganancias sean compartidas.

Se ha dicho que el poder es efectivo desde la obscuridad, no obstante, la reacción desde el Derecho debe ser asimétrica, por lo que advertimos en primera línea la tarea pendiente de la esfera constitucional. Se debe agregar que el Derecho en su integralidad nos presenta la alternativa de enfrentar su impunidad desde la revisión de procesos considerados como fraudulentos. Precisamente en el Capítulo IV aplicaremos la categoría adjetiva que identifica la cosa juzgada fraudulenta en crímenes de *ius cogens* en Ecuador. En esta línea, la propuesta es extender la revisión de procesos a la criminalidad del poder, teniendo en cuenta que las investigaciones encaminadas en contra del narcotráfico, los crímenes del poder económico y de la corrupción en su diversa fenomenología están cubiertos bajo el manto de la impunidad.

Antes de observar la aplicación de la cosa juzgada fraudulenta en un crimen exclusivo del poder público, como son los crímenes de *ius cogens*, es importante estudiar con detenimiento la garantía de la cosa juzgada; pues, los sujetos de poder en el país latinoamericano frente a nuevas investigaciones que pretenden descifrar los entramados de impunidad, alegan con suma frecuencia la existencia de la garantía de la cosa juzgada. Entonces, en materia procesal penal, dicha garantía a primera vista constituiría una barrera para iniciar nuevas investigaciones por el resguardo del *non bis in idem*.

Para desentrañar la naturaleza de la cosa juzgada, analicemos la disfunción en escenarios de impunidad del poder: sus principales elementos que lo convierten en inmutable, y que, paradójicamente, frente a su dolosa colocación pasa a ser fraudulenta. En consecuencia, veremos que no existirá garantía como tal cuando sus elementos normativos no estén colocados de forma debida o justa. En conclusión, proponemos edificar un estándar normativo con la configuración completa de la garantía para detectar procesos fraudulentos en escenarios de impunidad del poder, como es el caso ecuatoriano.

Capítulo II

La cosa juzgada: la disfunción frente al poder, sus fundamentos y de la configuración completa a la colocación fraudulenta

1. Introducción

1.1 Las garantías y la actual disfunción de la cosa juzgada

Los acontecimientos históricos de la Europa de los siglos XVIII y XIX, construyeron un sistema de garantías dirigido a contener racionalmente las posibles arbitrariedades públicas y privadas que afecten el ejercicio de los derechos. Según Luigi Ferrajoli, los fundamentos filosóficos, políticos y jurídicos del pensamiento ilustrado dieron nacimiento al Estado de derecho, que identificaron una serie de vínculos y límites con miras a tutelar los derechos del ciudadano¹⁷⁰.

La teoría general del garantismo arranca, como nos indica Marina Gascón, con la idea de Locke y Montesquieu: «del poder siempre hay que esperar un potencial abuso, que es preciso neutralizar haciendo del Derecho un sistema de vínculos y límites»¹⁷¹. Esta edificación garantista del derecho desarrolló e incorporó una serie de derechos y garantías en las constituciones avanzadas, con el fin de introducir el poder en la esfera del derecho. Sin embargo, a pesar de la compleja estructura de contención de los poderes desmedidos, existe en la actualidad un aumento de la arbitrariedad pública e ilegalidad privada, que colocan en riesgo las conquistas básicas de la ilustración y de las constituciones de posguerra.

El término garantismo hace referencia a la tutela de derechos fundamentales entendidos como aquellos derechos universales, y, por lo tanto, indisponibles e inalienables, que son atribuidos directamente por medio de normas jurídicas a todos en cuanto a personas o ciudadanos o sujetos capaces de obrar¹⁷². En el ámbito de protección puede ser extendida en

¹⁷⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón* (Madrid: Trotta, 2009), 21. En otra aproximación el jurista italiano dice que las garantías son técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales.

¹⁷¹ Marina Felicia Gascón Abellán, «¿Para qué sirve la teoría?», En *Anuario de Filosofía del Derecho* 29 (2013): 137, ISSN-0518-0872.

¹⁷² Luigi Ferrajoli, *El paradigma garantista* (Madrid: Trotta, 2018), 22. En este sentido, para Darío Ippolito la palabra «*garantismo* aún no existía (para decirlo todo, tampoco existía la palabra *Ilustración*). Sus primeras apariciones se registran en la literatura política francesa del siglo XIX (una etapa prolífica en materia de ismos y neologismos: liberalismo, constitucionalismo, comunismo), con acepciones muy distantes del significado que actualmente prevalecen en el léxico de lo filosófico jurídico». En: Darío Ippolito, *El Espíritu Del Garantismo. Montesquieu y el poder de castigar* (Madrid: Trotta, 2018), 24.

cuanto paradigma de la teoría general del Derecho a la totalidad del campo de los derechos subjetivos, tanto patrimoniales como fundamentales, y al entero conjunto de poderes, tanto públicos como privados, tanto estatales como internacionales¹⁷³.

Como vemos, los primeros aportes de la ilustración hasta la edificación de las constituciones contemporáneas protegen los derechos a través de las garantías. En el campo jurídico se usan los términos “derechos y garantías” como sinónimos, no obstante, teóricamente engloban un significado diferente; para aclarar esta confusión sinteticemos su distinción y conexión.

El filósofo Luigi Ferrajoli advierte que si confundimos derechos y garantías resultarán desclasificadas en el plano jurídico las dos más importantes «conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes»¹⁷⁴.

Pero esta no sería la razón principal. Hay una distinción transversal entre garantías primarias que son los derechos subjetivos, es decir, «expectativas positivas de prestaciones»¹⁷⁵ como el derecho a la salud, la educación, entre otros derechos fundamentales. En cambio, las garantías secundarias «corresponden a las obligaciones o prohibiciones correlativas a aquellos [...], de aplicar la sanción o declarar la nulidad de las violaciones primarias»¹⁷⁶. En este sentido, las garantías primarias, según Gerardo Pisarello, son las garantías legales, y las secundarias las jurisdiccionales «ambas serían, en suma, deberes a cargo de los poderes públicos, esto es, garantías institucionales»¹⁷⁷.

De igual forma, Michele Taruffo al estudiar los postulados garantistas del profesor Ferrajoli, relaciona las garantías primarias «con los derechos humanos fundamentales que se encuentran reconocidos en muchas de las Constituciones escritas de los Estados, constituyéndose esta forma de pensamiento en una idea común que circula alrededor de las jurisdicciones superiores de los diferentes Estados, así como en las Cortes Constitucionales»¹⁷⁸. Además, considera la jurisdicción como garantía secundaria, pero no porque tenga un valor

¹⁷³ Ferrajoli, *El paradigma garantista*, 23.

¹⁷⁴ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2016), 59.

¹⁷⁵ *Ibid.*, 23.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ Gerardo Pisarello Prados, «Ferrajoli y los derechos fundamentales», en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* 4 (2011), ISSN-e: 1138-9877.

¹⁷⁸ Michele Taruffo, *Proceso y Decisión lecciones mexicanas de derecho procesal* (Madrid: Marcial Pons, 2012), 25.

inferior, así lo explica: «si no existe la garantía de la realización efectiva de los derechos, es decir, que se encuentren asegurados por la jurisdicción de las diferentes naturalezas que éstas sean, hablar de derechos fundamentales se vuelve un mero ejercicio de retórica»¹⁷⁹.

En efecto, la distinción transversal es que los derechos son prestaciones subjetivas positivizadas en las constituciones e instrumentos internacionales, y las garantías cumplen el rol de protección a nivel jurisdiccional ante la violación de los derechos. Teniendo en cuenta lo anterior, podríamos decir que el fin del Estado constitucional de derecho es garantizar los derechos a nivel primario y secundario, para ello, separa y equilibra sus poderes, cuyo límite y vínculo es la ley, estableciendo una estructura normativa y un control judicial organizado.

Pese a esta edificación garantista de los derechos del ciudadano todavía no se logra controlar las prácticas antiliberales en la esfera pública y privada, que colocan en peligro la democracia y los principales derechos fundamentales. Hemos visto cómo en Ecuador hay poderes salvajes irreductibles a los controles impuestos por el actual constitucionalismo. Dichos poderes de carácter político, económico y mediático, desde la colusión y opacidad, inciden de forma directa en los procesos judiciales instaurados para combatirlos.

Las nuevas investigaciones por crímenes de *ius cogens* llevadas adelante en el país latinoamericano, buscan deshilar los sistemas de impunidad, alcanzar la verdad para las víctimas y la rendición de cuentas de los responsables, en una justicia con las debidas garantías. Pero en este terreno se alega y aplica, con suma frecuencia, la garantía de la cosa juzgada a favor de los sujetos de poder; cuando lo cierto es que, como veremos en el capítulo final, las primeras investigaciones que se pretenden re abrir favorecen al olvido de los crímenes, gracias a su incidencia. Este escenario también es palpable en otros crímenes del poder bajo un concepto unitario, ya sea en los crímenes de delincuencia organizada, los crímenes del poder económico y, los crímenes políticos y públicos¹⁸⁰.

Con la edificación de las garantías como límite y vínculo del poder frente a los más débiles está sucediendo lo contrario, es decir, las garantías están siendo usadas por el poder político, económico y mediático para beneficiarse de una meditada impunidad, en escenarios de violaciones a los derechos de los ciudadanos y lesiones irreversibles a la democracia. Esta deformación de las garantías produce una suerte de garantismo de clase, que no fue precisamente la idea originaria del pensamiento ilustrado, ni tampoco la continuación de las actuales constituciones contemporáneas.

¹⁷⁹ *Ibíd.*, 26.

¹⁸⁰ Véase el Cap. I, apdo. 3

Por tal razón, profundicemos la construcción de la garantía que prohíbe el *non bis in idem* como freno a la arbitrariedad del poder público y privado. Visualicemos sus fundamentos y los principales elementos que en esencia configuran una garantía sólida. En pocas palabras, sin la colocación debida y justa de sus cimientos se podría investigar y juzgar nuevamente a los responsables en escenarios de injusticia, como lo sucedido en Ecuador, sin quebrantar el resguardo que protege el doble juzgamiento.

1.2 La cosa juzgada como mecanismo de defensa en deconstrucción

Definido el papel de los derechos y de las garantías en el nivel primario y secundario, veamos ahora la construcción de la cosa juzgada como mecanismo de defensa de la libertad, frente a la repetición del poder punitivo en investigaciones y procesos judiciales que busquen condenar a una persona absuelta por el sistema. Para ello, es indispensable analizar desde el garantismo penal la edificación de garantías orgánicas y procesales que a primera vista prohíben el doble juzgamiento. Al final, notaremos que la garantía de la cosa juzgada desde su correcta colocación, es decir, cuando esté posicionada de forma debida o justa, nos entrega luces para enfrentar a los poderes que pretenden beneficiarse del *non bis in idem*.

El iusfilósofo Ferrajoli define el garantismo penal «como el conjunto de técnicas de defensa de los derechos de libertad, y entre ellos el de la libertad personal, frente a las intervenciones arbitrarias de tipo policial o judicial»¹⁸¹. Estas técnicas de defensa están reguladas en las constituciones y en normas secundarias. Entre varias garantías tenemos, por ejemplo: cuando una persona es detenida de forma arbitraria puede ejercer la acción constitucional de *habeas corpus*. Otro mecanismo de defensa es la garantía de motivación judicial, que genera un ejercicio de razonabilidad de la intervención del poder punitivo frente a los ciudadanos.

Ahora bien, como hemos dicho, el garantismo penal constituye un freno a las arbitrariedades públicas y privadas ante una realidad innegable, que es el poder de castigar. En este sentido, Darío Ippolito refiere que el poder de castigar es terrible pero necesario: «necesario porque, en ausencia de normas dotadas de sanción pública, aptas para disciplinar la convivencia social, la vida, la integridad, y la libertad de las personas quedarían expuestas a la violencia privada, con vigencia de la ley del más fuerte; terrible porque, aun justificándose en virtud del fin de salvaguardia de aquellos derechos, el poder punitivo los amenaza de forma

¹⁸¹ Ferrajoli, *El paradigma garantista*, 2.

constante, al prever su privación como efecto de la inobservancia de sus prohibiciones de lesión»¹⁸².

Así mismo, el COIP advierte una función contradictoria de protección y restricción del garantismo penal frente a los derechos de los ciudadanos: «desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción»¹⁸³. El legislador ecuatoriano coincide con la idea del profesor Ippolito al establecer límites para no caer en la venganza privada ni en la impunidad. Este ejercicio dialéctico de protección y restricción regula a los poderes sin límites para constituir un gobierno de las leyes sobre las personas¹⁸⁴.

La construcción de garantías penales y procesales insertadas en las legislaciones, pretende regular el potencial peligro de juzgar y castigar que hasta la actualidad impera, pero, la regulación no suprime la arbitrariedad, más bien, refleja su permanencia en distintas esferas de la sociedad. Para Luigi Ferrajoli «la apelación al garantismo como sistema de límites impuestos únicamente a la jurisdicción penal va acompañada en efecto, en relevantes sectores de la cultura jurídica neoliberal, con el rechazo por cualquier clase de límite y control jurídico, y en particular el control judicial sobre el poder político y todavía más sobre el poder económico»¹⁸⁵.

Esta clase de cultura jurídica es contradictoria. Por una parte, muestran un profundo rechazo a la regulación jurídica, económica y política, y, por otro lado, claman mayor intervención del Estado en el sistema penal. De hecho, sus postulados son recitados por políticos y juristas que exclaman: eliminar las garantías judiciales y procesales; crear nuevos tipos penales; imponer prisiones preventivas sin límite de tiempo; aumento de penas sin proporcionalidad, e incluso, la aplicación de la pena de muerte. Manifestaciones que se traduce en un derecho penal máximo frente al mínimo. Este discurso no sería efectivo sin la reproducción mediática bajo el cobijo de lo que quiere y siente la gente. El criminólogo David Garland denuncia que «es el nuevo discurso de la política criminal, invoca sistemáticamente

¹⁸² Ippolito, *El espíritu del garantismo*, 23.

¹⁸³ Código Orgánico Integral Penal, exposición de motivos número tres.

¹⁸⁴ Este postulado de un *gobierno de las leyes sobre las personas*, recogido de la obra de Montesquieu «El espíritu de las leyes», personifica el debate teórico práctico entre las versiones del constitucionalismo garantista, y constitucionalismo principialista. Al respecto, véase a Luigi Ferrajoli «Constitucionalismo Garantista y Constitucionalismo Principialista», *Revista Doxa* 34, (2011): 15-53, <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02> y a Manuel Atienza, «Dos versiones del Constitucionalismo», *Revista Doxa* 34 (2011): 73-88, <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.04>

¹⁸⁵ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 24.

un público lleno de ira, cansado de vivir con temor, que exige medidas fuertes de castigo y protección»¹⁸⁶.

Con la posición descrita el poder mantiene un doble discurso, pues, según lo relatado, rechazan todo tipo de control y límites impuestos en contra de la libertad económica, jurídica y política. Pero, desde el otro extremo, alegan con suma frecuencia la aplicación de la garantía *non bis in idem*. Así, por ejemplo, en casos instaurados en Ecuador, pretenden develar los entramados de impunidad del poder político, económico, y mediático, en complicidad con el poder judicial.

Entonces, la construcción del garantismo penal se legitima con la protección de los derechos individuales, en particular el de la libertad frente a la arbitrariedad pública y privada. En este caso, al infractor, el sistema le garantiza un proceso con las garantías orgánicas y procesales, tratando, en mayor medida, de cometer los errores de absolver a los culpables y condenar a inocentes.

Sobre esta base, el profesor Ippolito ilustra el recorrido histórico de algunos principios del actual proceso garantista, que viene desde la histórica república romana y el ejemplo de Inglaterra contemporánea. Tomaron el material para construir los fundamentos del principio de presunción de inocencia, igualdad y efectiva contradicción entre las partes; publicidad y oralidad del proceso; abolición de la tortura y del sistema probatorio vigente, e imparcialidad del juez en conducción de tercero (*terzieta*): a partir de estas instancias se desarrolló la batalla por la renovación del derecho procesal¹⁸⁷.

Estos principios de justicia procedimental fueron recogidos en las constituciones democráticas que apuestan por un derecho penal garantista, en particular, la Constitución del Ecuador los denominó derechos de protección, estableciendo una serie de garantías orgánicas y procesales¹⁸⁸. Las garantías orgánicas de independencia e imparcialidad judicial protegen a la jurisdicción. En cambio, las garantías procesales resguardan a los procesos hasta la ejecución de la sentencia. Las dos garantías, orgánicas y procesales, extraídas desde el nacimiento del

¹⁸⁶ David Garland, *La cultura del control* (Barcelona: GEDISA, 2005), 45.

¹⁸⁷ Ippolito, *El espíritu del garantismo*, 93.

¹⁸⁸ Estas garantías se encuentran agrupadas en la Constitución del Ecuador, en el art. 76, como la presunción de inocencia; principio de legalidad; exclusión probatoria; principio de favorabilidad; la proporcionalidad entre la infracción y la sanción. En cuanto al derecho a la defensa, reconoce el derecho a defenderse en cualquier etapa y grado del procedimiento; contar con los tiempos y medios necesarios para preparar su defensa; ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; publicidad en los procedimientos salvo excepciones; la prohibición de ser interrogado sin la asistencia judicial y en los recintos autorizados; la prohibición del doble juzgamiento por la misma causa y materia; también entrega igual valor a los casos resueltos por la justicia indígena; ser juzgado de forma independiente e imparcial; la prohibición de juzgados de excepción; la motivación de los poderes públicos y recurrir al fallo.

proceso penal garantista, servirán de base para construir los estándares normativos que identifiquen investigaciones o juicios fraudulentos.

La garantía que prohíbe el doble juzgamiento protege a las personas ya juzgadas de ser sometidas nuevamente a un proceso penal por un mismo hecho. El Estado, al activar todos los mecanismos judiciales para desvirtuar el estado de inocencia, agota el ejercicio del poder punitivo; aquí, se activa la garantía secundaria como un medio de defensa ante nuevos procesos penales.

Pero surge un interrogante: ¿qué sucede cuando la cosa juzgada lesiona la verdad, propende la impunidad de grandes crímenes, desprotege a la víctima y es obtenida sin el debido proceso o por medios ilícitos? Estas vertientes deben justificarse para que la sospecha de juzgamientos sin la observancia de garantías orgánicas y procesales se convierta en certeza. Precisamente, la configuración completa de la cosa juzgada, con sus elementos internos y externos, posicionan una garantía inmutable y, paradójicamente, la infección maliciosa de jueces y fiscales en sus elementos convierten a la garantía *non bis in idem* en fraudulenta¹⁸⁹.

Aunque el garantismo penal edificó una serie de garantías de protección contra el poder público y privado, eso no significa que estos poderes hayan desaparecido con las prácticas antiliberales o con leyes ordinarias¹⁹⁰. Incluso, como expusimos en el primer capítulo, la consolidación de las democracias guarda todavía poderes opacos de tipo político, económico y mediático, irreductibles a todo límite y control. Estos poderes se benefician de la edificación del sistema garantista cuando no se permite revisar las sentencias absolutorias, tal y como lo veremos en los crímenes de *ius cogens* sucedidos en Ecuador. Lo anterior no quiere decir que dicha patología sea exclusiva de los crímenes de interés internacional, pues, en la actualidad, el poder bajo profundas colusiones se involucra en crímenes de delincuencia organizada como el narcotráfico, el terrorismo, además en los crímenes del poder económico y los propios del poder político y público¹⁹¹.

¹⁸⁹ Véase el apartado 2, de este capítulo.

¹⁹⁰ Una de las características del constitucionalismo rígido es la denuncia de anomias y antinomias que afecten el deber ser (constitucional). Estas, serán resueltas vía legislativa y Control Constitucional, denominado por Ferrajoli como el tema más «relevante e interesante de la teoría es el Derecho constitucionalmente *ilegítimo*: por un lado, como ya he dicho, las antinomias provocadas por la indebida producción de normas inválidas que se hallan en contraste con la constitución y, en particular, con los derechos de libertad constitucionalmente establecidos; por otro, las lagunas provocadas por la omisión de producción de las leyes de actuación de las normas constitucionales y, en particular, (de las garantías) de los derechos sociales». En Ferrajoli, «Constitucionalismo Garantista y Constitucionalismo Principialista», 25. Mi propuesta hará pensar también, que la producción de una regla que ataque las resoluciones fraudulentas o falsas sea considerada como una antinomia por contraponerse al deber ser (constitucional), de la prohibición de doble juzgamiento. Ante esto, presento como propuesta el contenido intrínseco y extrínseco que debe contener la cosa juzgada, sin esta configuración completa no hay inmutabilidad, de lo contrario, es posible su relativización de la cosa juzgada, e incluso me atrevería a hablar de su inexistencia.

¹⁹¹ Véase el Cap. I. apdo.3

A su vez, surge otro interrogante: ¿qué pasa cuando el poder obtiene una falsa absolución o sentencia fraudulenta y se beneficia de la garantía *non bis in idem*? El reto es encontrar un punto de inflexión que busque la verdad sin sacrificar las garantías que edificó el sistema para proteger a los más vulnerables del poder. Pero no lo contrario, es decir, que los poderes influyan o se apropien del mismo para lograr una falsa absolución, y que sea obtenida violando las garantías orgánicas y procesales.

1.3 Los fundamentos de la cosa juzgada y la garantía *non bis in idem*

Analizado el nacimiento de las garantías como freno a la arbitrariedad pública y privada, y la posible reconfiguración de la cosa juzgada frente a escenarios de impunidad del poder, ahora veamos los principales fundamentos doctrinarios de esta garantía que prohíbe juzgar dos veces a una persona por una misma causa.

La garantía de la cosa juzgada es parte del debido proceso, considerada como un dogma de carácter jurídico; su deber es fijar un punto final en la discusión de casos que impida de nuevo juzgar, revocar, o rever lo decidido, es decir, brinda seguridad jurídica a los intervinientes en el conflicto y a la sociedad en su conjunto. Con estas premisas comulga Federico Morgenstern, quien establece: «la necesidad de que el Derecho sea funcional y autoritativo impone fijar un punto final para discutir los casos, porque los sistemas jurídicos no pueden sobrevivir sin una prohibición de litigar una y otra vez la misma cuestión»¹⁹².

En la esfera internacional hay varios instrumentos que resguardan el principio *non bis in idem* como la CADH¹⁹³, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹⁹⁴, entre otros instrumentos jurídicos de carácter universal. En el ámbito doctrinario, Eduardo Couture entiende que la cosa juzgada «da autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no exista contra ellos medios de impugnación que permitan modificarla»¹⁹⁵. Couture completa su idea afirmando que es posible revisar bajo ciertas consideraciones, «pero la verdad es que aun siendo esto así, la necesidad de firmeza debe ceder, en determinadas condiciones ante la necesidad de que triunfe la verdad. La cosa juzgada no es de razón natural. Antes bien, la razón

¹⁹² Federico Morgenstern, *Cosa Juzgada Fraudulenta: Un Ensayo Sobre La Cosa Juzgada Irrita* (Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2015), 15.

¹⁹³ Art. 8.4. “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

¹⁹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (1966) 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”.

¹⁹⁵ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Roque de Depalma, 1985), 401.

natural parecería aconsejar lo contrario, que el escrúpulo de verdad sea más fuerte que el escrúpulo de certeza»¹⁹⁶.

En este mismo sentido, Ibáñez Guzmán dice: «tradicionalmente, la cosa juzgada tiene su marco en el proceso, se refiere al comportamiento estanco, al rito procesal y a la ejecutoria de una decisión judicial, a la cual no existe posibilidad de interponer medio de gravamen o medio de impugnación alguna»¹⁹⁷. Al igual que Couture, también concuerda sobre su posible mutabilidad, «el tener una sentencia en firme, por encima de la verdad material, y el no volver sobre los mismos hechos, resaltando la impunidad y la desprotección de la víctima, sin duda ha quedado proscrito, no sólo en temática interna sino en el campo internacional»¹⁹⁸.

En el área penal la cosa juzgada equivale al *non bis in idem* recogida en la Constitución del Ecuador como principio «nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia [...]». Esta garantía se extiende también a otras áreas del Derecho¹⁹⁹, incluso la *lex superior* entrega igual valor a los casos resueltos por la justicia indígena, sin dar paso, por tanto, al doble juzgamiento en este terreno. Con ello, se busca el apego y respeto a las decisiones judiciales bajo la premisa de evitar las repeticiones constantes del poder punitivo, es decir, el *non bis in idem* impide que los procesos sean instrumentos indefinidos de presión y persecución.

La garantía de la cosa juzgada también es formulada en el *common law* como el *double jeopardy*, que prohíbe la doble persecución. Dicha categoría ingresó a la jurisprudencia de los Estados Unidos a través de William Blackstone, el comentarista británico del *derecho anglosajón*, que tuvo una influencia decisiva en el desarrollo constitucional norteamericano. Cuando se refirió al sobreseimiento que impedía a un nuevo sometimiento al proceso, expresó: «that when a man is once fairly found not guilty upon any indictment or other prosecution, before any court having competent jurisdiction of the offence, he may plead such acquittal in

¹⁹⁶ *Ibid.*, 41. Sobre la tensión originada entre los principios de verdad y certeza en la cosa juzgada Véase el Cap. III, apdo. 5. En lo medular se presentan dos salidas. En la primera, se aplica la regla de desconocimiento de lo seguro frente a lo injusto, este valor fue utilizado en los procesos por graves violaciones a derechos humanos y crímenes de lesa humanidad en Ecuador, que sirvió para su actual investigación de cientos de casos de la especie. Este planteamiento genera contradicción con el principio de legalidad, por ello, como segunda salida, considero necesario introducir este hecho a la esfera del Derecho, produciendo la herramienta de revisión de resoluciones falsas o fraudulentas, aquello bajo estricta excepcionalidad y en consonancia con los postulados garantistas del proceso penal.

¹⁹⁷ Augusto J. Ibáñez Guzmán, *El Sistema Penal en el Estatuto de Roma* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003), 425.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ Ecuador se caracteriza por ser un Estado multicultural y plurinacional, que reconoce otras formas de justicia como la indígena. Su organización permite investigar y juzgar de acuerdo con sus costumbres y saberes ancestrales. La constitución entrega legitimidad a sus decisiones con estados de cosa juzgada, estas resoluciones al igual que las de la justicia ordinaria, están sometidas al control de la jurisdicción constitucional.

bar of any subsequent accusation for the same crime»²⁰⁰. Es decir, que cuando se llega a una determinación justa acerca de la inocencia de alguien tras una acusación realizada ante un tribunal competente, esa declaración de inocencia impide cualquier persecución posterior por el mismo hecho. Lo relevante, como afirma Morgenstern, «es la expresión *fairly found* que introduce un elemento clave: la manera que se investiga y declara la inocencia de un acusado no es indistinta, sino que debe ser hecha *fairly* (de modo justo o debido)»²⁰¹.

De lo expuesto podríamos decir que la cosa juzgada brinda certeza a sentencias o resoluciones que prohíbe plantear una nueva acción para revocar o rever lo decidido, cumpliendo una función subjetiva, pues, ampara a los individuos sometidos al proceso penal con el valor definitivo de una decisión exculpatoria. Sumado al interés público en dar cierre a los conflictos sociales para trazar una línea divisoria entre lo litigado y lo decidido, nuestro sistema valora el reposo y la finalidad. Pero este último punto no es a cualquier costo, una justicia simbólica y aparente no es justicia; si lo más importante fuera el punto final a las controversias, tendríamos procesos cortísimos con mínimas posibilidades recursivas²⁰².

El profesor argentino Federico Morgenstern, además refiere que «cuando la exploración judicial no se encaminó a la búsqueda de la verdad, sino a rescatar y sobreseer a quien fue objeto de una hipótesis delictiva plausible, la firmeza del sobreseimiento no tiene que ser inmutable»²⁰³. En otras palabras, cuando existen juicios o investigaciones con hipótesis falsas, sin independencia e imparcialidad judicial, sin diligencias necesarias para llegar a la verdad, y bajo estructuras de impunidad del poder demostrables, la cosa juzgada debe y tiene que ser alterable. En este sentido, Juan Carlos Hitters dice: «la temática debe plantearse y resolverse en su justo medio, ni una cosa juzgada con toques de divinidad, de carácter infalible e indiscutible; ni una total posibilidad de revisión sin límites de tiempo y de motivos»²⁰⁴.

En nuestro medio, juristas y políticos rinden culto a instituciones jurídicas como dogmas intocables, como la supremacía absoluta de la ley; la seguridad jurídica; la prohibición del doble juzgamiento, entre otras instituciones jurídicas, que en algunos casos se edificaron bajo una aparente legalidad en el Estado de derecho. Sin embargo, aquellos mecanismos jurídicos de defensa son usados a favor de quienes ejecutaron crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos en varias esferas latinoamericanas, incluida la ecuatoriana.

²⁰⁰ Morgenstern, *Cosa Juzgada Fraudulenta*, 17.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*, 16.

²⁰³ *Ibid.*, 1.

²⁰⁴ Juan Carlos Hitters, *Revisión de la Cosa Juzgada* (Buenos Aires: Platense, 2001), 183.

Precisamente la Corte IDH identificó violaciones a las garantías orgánicas y procesales de independencia, imparcialidad judicial y garantías del debido proceso, en investigaciones a los perpetradores en las jurisdicciones internas que aparentaban aclarar lo sucedido. Es decir, el organismo internacional detectó una clara intención de colocar las causas bajo la garantía del *non bis in idem*, con el fin de que la verdad no sea descubierta²⁰⁵.

Por tanto, los procesos y la forma como se declara la inocencia de un acusado no son indistintas, sino que debe ser de modo justo o debido; pero si no fue así, la presunción de inocencia de los responsables de grandes crímenes y los procesos con estados de cosa juzgada merecen ser revisados.

1.4 La mutabilidad de la cosa juzgada: una propuesta en desarrollo

La revisión de la cosa juzgada ha sido comentada por un amplio sector de la doctrina, pero sus aportes no establecen un método ni el momento procesal para revisarla cuando el *non bis in idem* es definitivo en sentencias absolutorias. Sin embargo, de la propuesta de los tratadistas que veremos, acordamos en un punto en común: la posibilidad de realizar una nueva persecución cuando nos enfrentamos a una criminalidad grave como es la del poder. Dicho de otra manera, no se trata de cualquier sujeto activo o perpetrador, sino aquel que con su influencia en el poder judicial compromete la democracia y los principales derechos fundamentales, condición, que, por su naturaleza, excluye a la delincuencia menor²⁰⁶.

En el apartado anterior los procesalistas Couture, Ibáñez Guzmán, Hitters y Morgenstern, fueron unánimes al indicar que la cosa juzgada es alterable. Los autores se inclinan por una verdad material -que observe las garantías orgánicas y procesales-, por encima de una justicia formal, aparente o simbólica. Es decir, que no sea un mero cumplimiento de formas sin observar cómo se llegó al fondo de la resolución, y, sobre todo, si fue de forma debida o justa. Pero sus importantes aportes, a mi criterio, no son completos, porque no explican un método viable y fiable que sirva como herramienta para examinar y revisar esta

²⁰⁵ La Corte IDH, identificó patrones de impunidad que formó parte del plan sistemático de los Estados en las violaciones a derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. El plan consistió en realizar investigaciones posteriores a los crímenes, sin las garantías orgánicas ni procesales, beneficiando la resolución final a los perpetradores. El organismo internacional de forma generalizada ha solicitado a los Estados eliminar todos los mecanismos jurídicos internos, y edificar otros, que permitan alcanzar la verdad, justicia y reparación a las víctimas. Este pronunciamiento se encuentra registrado de forma unánime en los casos: *Carpio Nicolle y Otros Vs. Guatemala*, sentencia del 22 de noviembre del 2004, *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, *La Cantuta Vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, *Escher y otros Vs. Brasil*, sentencia del 06 de junio del 2009.

²⁰⁶ Véase el Cap. I. apdo. 2.

garantía cuando existen sentencias definitivas, en casos donde el poder incide en las decisiones judiciales. Tampoco los medios de impugnación ordinarios y constitucionales son suficientes para revisar las absoluciones fraudulentas en complejas estructuras de criminalidad del poder, tal y como lo analizaremos en el siguiente capítulo.

Mientras tanto, Federico Morgenstern, realiza un análisis de fondo a esta figura en su obra “Cosa juzgada Fraudulenta un ensayo sobre la cosa juzgada irrita”, pero en toda su extensión no explica cómo, ni el momento procesal, para atacar a la cosa juzgada cuando es definitiva. Este autor en su propuesta nos invita a observar únicamente la casuística de cada caso, y que bastaría apartarnos del debido proceso para que se configure el fraude.

En esta misma línea sumamos el criterio del profesor Tomás Vicente Ballesteros, en su libro “El proceso de Revisión Penal”²⁰⁷ establece que se podrían revisar las sentencias absolutorias de responsables materiales bajo el requerimiento del Ministerio Fiscal por representar a la sociedad. El autor puntualiza: «de esta forma, podríamos hablar de revisión en contra del condenado, que, siendo acusado, es condenado por un delito menor que aquél por el que se le acusa, pero también en contra del que fue acusado y resultó absuelto, en función de los mismos fundamentos jurídicos»²⁰⁸. El profesor español propone que para revisar una sentencia absolutoria sería «en el único caso que el absuelto confesara libremente el delito de forma convincente y creíble»²⁰⁹.

Pero en su exposición no ilustra si la delación de la persona absuelta debe encuadrarse en las causas legales existentes, o si el sistema debe edificar una causa específica que recoja la “confesión del absuelto” para solicitar la revisión. Si miramos desde otro ángulo, su propuesta dependería de la autoinculpación del investigado, siendo así, aquella declaración no es prueba suficiente para condenar, pues para derribar el estado de inocencia se deben acopiar otros elementos inculpativos, como por ejemplo: declaraciones de testigos, pruebas periciales, documentales, etc.²¹⁰ Además, los sistemas garantistas obligan a la Fiscalía a llevar la carga de la prueba en contra del acusado, no al contrario, es decir, que el acusado pruebe su inocencia.

²⁰⁷ Tomás Vicente Ballesteros, *El proceso de Revisión Penal* (Barcelona: Bosch, 2013)

²⁰⁸ *Ibid.*, 78.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ La edificación del garantismo penal excluye la autoinculpación como prueba única para condenar, porque el principio de la carga de la prueba recae sobre el Estado, a quien le corresponde destruir el estado de inocencia. Pero, también es cierto, que, si el acusado se auto inculpa libre y voluntariamente sin coacción alguna, su declaración servirá como un elemento probatorio más, cuando a esta sean acompañadas otras pruebas de carácter documental, testimonial o pericial, y sean sometidas en su conjunto al principio de contradicción. En consecuencia, la propuesta del profesor Ballesteros de aplicar la revisión con la “confesión del absuelto”, a mi criterio es peligrosa, porque abre el camino a la coacción estatal -bajo cualquier método- para obtener una delación.

Como bien diría Perfecto Andrés Ibáñez la autodelación «más que reina de las pruebas no es ni siquiera una verdadera prueba»²¹¹.

Los trabajos de los profesores Morgenstern y Ballesteros, a mi parecer, son inviábiles, toda vez que el método propuesto para revisar la cosa juzgada definitiva no se acopla al proceso penal garantista. El profesor argentino propone identificar la casuística de cada caso y que bastaría apartarnos del debido proceso²¹². Mientras tanto, el profesor español anuncia que la delación del presunto culpable sería el camino a seguir.

A pesar de las diferencias es importante rescatar un punto en común en sus aportes. Los tratadistas citados guardan sintonía con la clase de criminalidad a perseguir o violaciones a bienes jurídicos comunes. Morgenstern sugiere revisar los delitos «donde se encuentren involucradas las personas más poderosas que navegan por el proceso penal sin sentir un atisbo de zozobra»²¹³, y que generalmente son de los casos de corrupción pública y política²¹⁴. En cambio, el profesor Ballesteros manifiesta que podrían ser sometidos al proceso de revisión «fundamentalmente los crímenes de gran alarma social, por su gravedad o afectar a bienes jurídicos como la vida, la integridad física, la libertad o la libertad sexual»²¹⁵.

Por encima de las diferencias señaladas concuerdo con ambos autores en la preocupación por las absoluciones fraudulentas de una criminalidad grave: la del poder. Pues, esta criminalidad del poder -político, económico y mediático-, desde las más altas esferas estatales, capta e incide en las decisiones judiciales, como lo analizaremos en los crímenes de *ius cogens* perpetrados en Ecuador.

En líneas anteriores hablamos sobre la garantía de la cosa juzgada como parte del derecho a la defensa, también establecimos el fundamento principal que es evitar el doble juzgamiento por una misma causa. No obstante, mencionamos que la garantía no contiene rasgos absolutos, siendo posible identificar sus elementos e insertar en un estándar normativo para revisar la cosa juzgada fraudulenta, y, por tanto, emprender nuevos procesos penales en contra de la gran criminalidad del poder.

Dichos estándares normativos que presentaremos a continuación se aplicarán en el caso ecuatoriano. Recordemos que en la década de los 80 se cometieron crímenes de lesa humanidad y en los posteriores gobiernos violaciones a los derechos humanos, registrados en este trabajo hasta el año 2016, sin que en la actualidad dichas ofensivas hayan cesado. Un efecto secundario

²¹¹ Ibáñez, *Tercero en discordia*, 17.

²¹² Morgenstern, *Cosa Juzgada Fraudulenta*, 116-117

²¹³ *Ibid.*, 184.

²¹⁴ *Ibid.*, 189.

²¹⁵ Ballesteros, *El proceso de Revisión Penal*, 78.

es la posibilidad de extender la aplicación de los estándares normativos para enfrentar a todo el espectro que cubre la gran criminalidad del poder.

2. Los elementos de la cosa juzgada: de la configuración completa a la colocación fraudulenta

Para identificar las absoluciones fraudulentas que colocan bajo el resguardo del *non bis in idem* a las investigaciones, es necesario extraer los elementos que configuran la cosa juzgada. La correcta y completa configuración de la garantía posiciona los procesos como un resguardo inamovible, convirtiendo, por tanto, las acciones y omisiones dolosas de jueces, fiscales y auxiliares de justicia a favor de los investigados y en perjuicio de las víctimas en la llamada cosa juzgada fraudulenta.

Los elementos de la cosa juzgada han sido recogidos por la doctrina y jurisprudencia, pero realizan una descripción generalizada sin establecer los niveles de contenido de la garantía; sobre todo, no relatan que frente a la lesión dolosa de sus elementos coloca a los procesos judiciales en estados fraudulentos. Como respuesta, presentamos un análisis de acuerdo al contenido interno y externo de la garantía.

Los elementos internos son la identificación del sujeto activo, el objeto y causa de persecución. En cambio, los elementos externos de independencia e imparcialidad judicial, entregan legitimidad a la jurisdicción y, por tanto, a los procesos en su conjunto. La vinculación de los dos elementos configura una garantía inmutable, y, del mismo modo, sirven como estándares normativos para identificar procesos fraudulentos, a ser introducidos en la causal de revisión de sentencias definitivas.

Con la elaboración de los estándares normativos que visualiza la cosa juzgada fraudulenta, pretendemos revisar investigaciones y procesos judiciales infectados desde la opacidad por poderes políticos, económicos y mediáticos. Dichos poderes se vinculan a la gran criminalidad del poder, responsables de crímenes internacionales, de la delincuencia organizada, del poder económico, del poder político y público, tal y como analizamos en el primer capítulo.

Con la producción legislativa de la causal de revisión que identifica las absoluciones fraudulentas también sujetamos al juez al principio de legalidad, mediante el análisis exhaustivo y motivado de sus elementos internos y externos. Lo que se busca es inhibir la amplia discrecionalidad judicial de calificar si los procesos reposan o no bajo la garantía del

non bis in idem, así como sucedió, de forma contradictoria, en el caso «González y otros»²¹⁶, donde la Corte Nacional de Justicia del Ecuador declaró la existencia de la cosa juzgada fraudulenta de las primeras investigaciones, fallando en este caso a favor de la justicia de las víctimas. En cambio, en el caso sobre la desaparición forzada de «Ivonne Cazar»²¹⁷, se resolvió a favor de la prohibición del doble juzgamiento, dejando en la impunidad dicho crimen de Estado.

A pesar de los problemas existentes en la jurisdicción ecuatoriana, sostenemos que el poder judicial debe configurar de manera correcta la colocación de los elementos internos y externos en los procesos judiciales que conozcan.

2.1 El contenido interno de la garantía: la triple composición

Para alegar la cosa juzgada debe cumplirse los tres elementos internos de la garantía: la identidad del sujeto activo, el objeto o bien jurídico que se protege, y la causa de persecución. El tratadista Ibáñez Guzmán indica: «existe además una unanimidad en la jurisprudencia penal española y en la doctrina general en torno a la condicionante de una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento»²¹⁸. En este mismo sentido, la Cámara Criminal y Correccional de Argentina en el caso *Massera*, seguido por delitos de lesa humanidad, identificó el contenido interno de la cosa juzgada «en definitiva, deberá precisarse si concurren los extremos definidos por los juristas como *eadem persona* (identidad de la persona perseguida), *eadem res* (identidad del objeto de la persecución) y *eadem causa petendi* (identidad de la causa de la persecución)»²¹⁹.

Sobre los tres elementos internos de la cosa juzgada, el jurista ecuatoriano Leonardo Rivas explica: «no podrá seguirse un nuevo juicio, cuando en los dos juicios hubiere identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes, como la objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundamentándose en la misma causa, razón o hecho. En la exégesis de la cosa juzgada penal, pues hay que buscar una triple identidad, de cosa, causa y personas»²²⁰. Con estos antecedentes doctrinales y jurisprudenciales

²¹⁶ Véase el Cap. IV, apdo. 1.3.4.

²¹⁷ Véase el Cap. IV, apdo. 1.3.3.

²¹⁸ Ibáñez Guzmán, *El sistema penal en el Estatuto de Roma*, 442.

²¹⁹ Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Argentina, Proceso contra Massera y otros, n.º 30514, Sentencia de 9 de septiembre de 1999.

²²⁰ Leonardo C. Rivas, *Cosa Juzgada en la Ciencia jurídica y en la legislación ecuatoriana* (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1954), 227-228.

concluimos que la configuración interna de la garantía debe reunir los elementos de identidad del sujeto activo, objeto y causa de persecución.

Una vez descrito el contenido interno de la cosa juzgada con sus tres elementos, analicemos por separado cada una de las categorías. Para ello, utilizaremos la teoría del delito considerada como filtros inteligentes que trata de conectar un elemento con otro, es decir, racionaliza la aplicación del poder punitivo. En consecuencia, cada elemento es el resultado del otro, y en este caso frente a la incorrecta, aparente o fraudulenta colocación de sus elementos por parte de jueces y fiscales, mediante acciones y omisiones, no existirá la garantía en el plano interno. En tal virtud, no será admisible la alegación del *non bis in idem* como garantía de defensa.

2.1.1 Identidad del sujeto activo: la individualización del investigado

La naturaleza del Estado constitucional de derecho es vincular y limitar el poder, en garantía del derecho a la vida y la libertad. Por ello, en el proceso penal es necesario individualizar al sujeto a perseguir por los hechos cometidos, denominado por la teoría del delito como el sujeto activo. Es decir, sin el sujeto activo no hay investigación o proceso penal en marcha, pues, el derecho penal garantista es de actos y no de autores; en el fondo lo que se busca es evitar persecuciones prefabricadas. El profesor Ferrajoli en los axiomas del garantismo penal, al referirse a la responsabilidad personal, dice: «*nulla actio sine culpa*»²²¹, los actos se atribuyen a un sujeto individualizado. De este postulado básico, regulador del proceso penal, nace el principio de culpabilidad o responsabilidad personal. Entonces, para identificar el hecho, y, en lo principal, el sujeto a perseguir, expondremos desde la teoría del delito considerada como una garantía de filtros inteligentes para arribar a la identificación y responsabilidad del sujeto activo.

El penalista Eugenio Raúl Zaffaroni indica: «la función del derecho penal es actuar como un sistema inteligente de filtros para contener las pulsaciones del poder punitivo, de tal forma que solo pasen las aguas menos turbias, es decir, el poder punitivo menos irracional,

²²¹ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 93. Los diez axiomas elaborados en máximas latinas son principios que guardan un orden y conexión sistemática. El conjunto limita el modelo garantista de derecho, es decir, las reglas que rigen al Derecho penal sustantivo y adjetivo. Fueron elaboradas sobre todo por pensamientos iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal absoluto. Y han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de los ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del moderno Estado de derecho.

pues si la intención fuera contener todo el poder punitivo, este “dique” que contiene las aguas, pronto se rompería ante la presión social y las pulsaciones de quien ejerce el poder punitivo»²²².

Este sistema de filtros es desarrollado por las diferentes escuelas dedicadas a estudiar el delito, pasando por la escuela clásica, neoclásica; y la conocida disputa entre causalistas y finalistas; hasta el surgimiento del funcionalismo moderado de Claus Roxin y Günther Jakobs con su funcionalismo radical. Dichas corrientes llegaron a un consenso generalizado sobre el delito: es un acto típico, antijurídico y culpable. Cada elemento es una categoría dogmática del delito, fundamentada desde diversas posturas doctrinarias que buscan la contención del poder irracional.

Cada categoría dogmática es un filtro inteligente, en este apartado nos interesa la tipicidad, dividida en subjetiva y objetiva, según varias corrientes. La tipicidad, según el penalista ecuatoriano Pablo Encalada: «es la adecuación del hecho a la conducta descrita en el artículo, en tanto que el artículo que describe la conducta se conoce como tipo penal»²²³.

La tipicidad subjetiva es la voluntad del sujeto activo en la acción delictiva, que puede ser dolosa y culposa. Más allá de las discusiones clásicas ésta es la corriente más aceptada. Claus Roxin sostiene: «la opinión dogmática reciente se mueve aún en los esquemas clásicos y finalistas. No obstante, la mayoría de los autores se esfuerzan por rechazar la teoría final de la acción, pero asumiendo el traslado del dolo y la culpa al tipo objetivo»²²⁴.

Después de este breve pero necesario recorrido, arribamos a los elementos objetivos de la tipicidad. Aquí hay varias categorías en el que la doctrina también ha llegado a un consenso general. Tenemos: el sujeto activo; sujeto pasivo; verbo rector; objeto jurídico; elementos normativos; elementos valorativos, y otras circunstancias. Por ahora, nos interesa extraer al sujeto activo de su correcta colocación con los otros elementos internos de la cosa juzgada, y de cómo el objeto y causa de persecución posicionan a la garantía.

El profesor Encalada considera al sujeto activo «como una persona natural que comete el delito de acuerdo con las diversas formas de participación. Este puede ser de dos formas, a) calificado: cuando para ser sujeto activo se necesita alguna calidad especial, por ejemplo, el juez en el prevaricato. b) no calificado: cuando cualquier persona puede ser responsable del delito que son generalidad de delitos el que “matarse, el que hurtare”, etc.»²²⁵.

²²² Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho penal* (Buenos Aires: Ediar, 2008), 64-65.

²²³ Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría Constitucional del delito* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 66.

²²⁴ Roxin, *Derecho penal parte general*.

²²⁵ Encalada Hidalgo, *Teoría Constitucional del Delito*, 50.

El sujeto activo calificado o no, es quien comete el ilícito de forma directa o mediata a través de su participación como autor o cómplice²²⁶, la ausencia de este elemento, según el axioma garantista, concluiría la no responsabilidad.

Este primer escenario garantista del delito, es decir, la identificación del sujeto activo, no alerta que en los procesos penales los jueces y fiscales pueden individualizar al responsable de la infracción de manera correcta, pero con la finalidad de concluir fraudulentamente su no participación, y, por tanto, configurar la garantía del *non bis in ídem* a su favor.

En este mismo sentido, la otra posibilidad es que los encargados de la investigación oculten la participación del sujeto activo, a pesar de conocer su autoría, con el fin de colocar las investigaciones o procesos judiciales en resguardo de cosa juzgada aparente. Este suceso lo veremos en las indagatorias por crímenes de *ius cogens* seguidos en la jurisdicción ecuatoriana, donde se buscaba identificar a los responsables del asesinato de Ricardo Merino; la tortura a la población civil de Azuay, y el secuestro y muerte de Arturo Jarrín²²⁷.

Por consiguiente, este primer elemento es crucial para verificar si el responsable está bien individualizado, o si, por el contrario, el sistema judicial fraguó su colocación o trató de ocultarlo con acciones y omisiones procesales que aparentaban legalidad.

Desde otro ángulo, este escenario constituye un error de la cosa juzgada, teniendo en cuenta que del sistema judicial se espera que las sentencias absolutorias y condenatorias sean verdaderas. No obstante, existe la posibilidad de declarar a un inocente como culpable, que sería el llamado: *falso hallazgo inculpatório*. Y, al contrario, como lo sostenemos, puede al culpable material hallarse inocente, lo que sería el llamado: *falso hallazgo exculpatório*. Los dos errores judiciales descritos serán analizados en el apartado 1.1.1 del siguiente capítulo.

Concluimos el análisis de este primer elemento, insistiendo que es imprescindible la correcta individualización del sujeto activo sobre quien recae la investigación o proceso penal, pues es un requisito indispensable de toda sentencia judicial; así lo establece el COIP: «la determinación individual de la participación de la o las personas juzgadas en relación con las pruebas practicadas y la pena por imponerse, de ser el caso»²²⁸.

²²⁶ El COIP, en los art. 41,42,43, regula la participación y autoría.

²²⁷ Véase el Cap. IV. apdo. 2.2.1.

²²⁸ COIP, art. 622.2. El sistema procesal ecuatoriano, se rige por etapas denominadas pre procesales -que es la fase de investigación o indagación previa-, y las procesales que son: la instrucción fiscal que nace con la formulación de cargos, la etapa intermedia denominada evaluación y preparatoria de juicio donde el fiscal emite su dictamen acusatorio o absolutorio, en el caso de existir auto de llamamiento a juicio, se pasa a la siguiente etapa que es la de juicio propiamente dicha, y finalmente la fase de impugnación.

2.1.2 Identidad objetiva: el bien jurídico protegido

La teoría de delito, esbozada en líneas anteriores, sirve para detallar este elemento esencial de la cosa juzgada. El punto de partida es la naturaleza de la persecución, esto es, el bien jurídico que el sujeto activo violó y el poder judicial debe proteger.

El profesor Encalada al referir el objeto de protección de las víctimas y de persecución de los responsables, manifiesta: «puede ser de dos clases, el objeto material: se refiere a la persona o cosa que recae la conducta, por ejemplo, la cosa robada, el cuerpo del homicidio, los fondos públicos en el peculado, otra forma es el objeto jurídico: es el bien jurídico tutelado, el cual fundamenta y da sentido al delito»²²⁹. Así, la causa de persecución o los tipos penales se recogen en función al bien jurídico protegido, por ejemplo: los delitos contra la integridad personal resguardan la vida y la libertad.

Para explicar el sistema de impunidad y la aplicación práctica de la cosa juzgada fraudulenta, extraeremos un patrón de impunidad evidenciado en crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos en el contexto ecuatoriano. En este sentido, los casos «González y otros» y la tortura al centro carcelario de «Turi», evidencian una protección de bienes jurídicos de carácter policial y la eficiente administración pública, y no de derechos a la vida, integridad personal y libertad de las víctimas. En cambio, en los casos «Azuay», «Arturo Jarrín», «Ivonne Cazar», no se llega a determinar en las resoluciones judiciales ni siquiera los bienes jurídicos que se protegen²³⁰.

En consecuencia, la correcta identificación del bien jurídico protegido en la investigación determina el ánimo del poder judicial en tutelar los derechos violados de las víctimas, o en su defecto, esconder la participación de los responsables en la violación de los bienes tutelados por el Estado.

Si aplicamos los filtros inteligentes entregados por la teoría del delito, diremos que no hay responsabilidad si la acusación no determina el objeto o bien jurídico tutelado en la investigación. Y de la misma forma, no habrá cosa juzgada como tal en el plano interno, si maliciosamente el objeto de protección está lesionado, ya sea, mediante una incorrecta determinación o ausencia intencional de colocación del objeto de protección.

²²⁹ Encalada Hidalgo, *Teoría Constitucional del Delito*, 51

²³⁰ Véase el Cap. IV, apdo. 2.2.2.

2.1.3 Identidad de la causa de persecución

Una vez determinados los dos primeros elementos: el sujeto activo y el bien jurídico que se protege (ya sea la vida, libertad o integridad personal), es trascendental colocar de forma correcta la causa de persecución, esto es, el delito por el cual se persigue.

Para ello, es importante que la resolución del poder judicial establezca con claridad la infracción resuelta, la cual debe guardar total armonía con lo acusado y defendido. Este elemento guarda íntima relación con el principio de coherencia o correlación entre la acusación y la sentencia²³¹, así lo ha dicho la Corte IDH en el caso “Fermín Ramírez Vs. Guatemala”, donde los Tribunales internos impusieron la pena de muerte al señor Ramírez sin que este tenga la oportunidad de ejercer el derecho a defenderse sobre el cambio de los hechos imputados por la acusación, así como, sobre la nueva calificación jurídica.

En este caso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), argumentó ante la Corte IDH: «la descripción material de la conducta del imputado contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia [...]»²³². La Corte IDH resolvió que el Estado debe llevar a cabo, en un plazo razonable, un nuevo enjuiciamiento en contra del señor Fermín Ramírez, que satisfaga las exigencias del debido proceso legal.

En este lineamiento, es obligación de la acusación determinar con precisión la causa de la persecución, en tanto que a la defensa le corresponde ejercitar su rol sobre el campo delimitado por el persecutor oficial, al final el juzgador decide sobre lo acusado y defendido. Cuando la causa de la persecución oficial, es decir, por parte del Estado, se aleja de la realidad y llega a instancias internacionales, como en el caso del señor Ramírez, el Estado infractor puede ser condenado por violar las obligaciones objetivas establecidas en la CADH.

Un aspecto relevante decidido por la Corte IDH en el caso del señor Ramírez, es ordenar al Estado infractor volver a juzgar bajo las garantías del debido proceso, aclarando la causa de persecución para que el sujeto activo pueda ejercitar de forma oportuna su defensa. Aquí la garantía de la cosa juzgada y la alegación *non bis in idem* no beneficia al señor Ramírez, al contrario, le favorece ser juzgado nuevamente bajo las garantías del debido proceso. Este es un

²³¹ El principio de coherencia es la relación que existe entre la acusación, la defensa y la sentencia resuelta. El cambio del tipo penal acusado en la sentencia, sin los medios y tiempo para preparar la defensa, genera una afectación directa a este principio, y a otros, como el de contradicción, que consiste en replicar los argumentos de las otras partes procesales, presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

²³² Corte IDH, “Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala”, sentencia de 20 de junio de 2005, párrafo 67.

punto de quiebre de estricta excepcionalidad en el que la garantía se flexibiliza para dar paso a la justicia sobre una condena errónea.

Desde otro ángulo, la correcta colocación del bien jurídico protegido allana el camino a la causa o el delito de persecución. Bajo este escenario, jueces y fiscales pueden establecer una tipificación errónea de la causa de persecución, o que el delito a perseguir este ausente en la investigación, en el proceso y en las resoluciones judiciales. Las dos cuestiones no sólo pueden desencadenar una condena errónea o desproporcional, sino, además, una absolución fraudulenta a los perpetradores, como analizaremos en los casos por violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad tratados en el Cap. IV apdo. 2.2.3.

Como había señalado al inicio de este apartado, la identidad del sujeto activo, la identidad objetiva y la causa de persecución, constituyen elementos vitales para la configuración de la cosa juzgada como garantía. Los tres caracteres descritos son concurrentes, a falta de uno de ellos no se podía alegar el *principio non bis in idem*, porque este pierde su naturaleza interna como tal.

En el contexto de Ecuador el caso «Azuay: la muerte de Ricardo Merino y tortura a la población civil»²³³ el perito Danilo Caicedo Tapia determinó: «respecto al proceso seguido en la jurisdicción policial por la muerte de Ricardo Merino, salta a la vista que en ninguna parte del expediente, ni en las resoluciones de primera instancia y segunda instancia, se establece de forma clara el delito que se persigue, así como tampoco la identidad de los presuntos responsables, de lo expuesto, en el presente caso no existirían las tres identidades necesarias para que la cosa juzgada se perfeccione»²³⁴. Caicedo Tapia propone, de forma contundente, que iniciar un nuevo proceso penal no afectaría al principio *non bis in idem* o al principio *in*

²³³ El caso denominado «Azuay», corresponde a una investigación en curso por la Fiscalía de la Comisión de Derechos Humanos en Ecuador, por un presunto delito de lesa humanidad, ocurrido entre agosto de 1985, y noviembre de 1986. En este caso, la jurisdicción policial emitió un sobreseimiento definitivo de la primera “investigación”, de la cual se denota la falta de los tres elementos internos de la cosa juzgada: identidad, objeto y causa. El caso fue reabierto por la instauración de la Comisión de la Verdad en el año 2008. En la actualidad, son investigados alrededor de 30 altos funcionarios del Estado, quienes alegan constantemente en la investigación la existencia de la garantía secundaria del *non bis in idem*, quienes hasta la presente fecha (julio de 2021) esperan por la audiencia de formulación de cargos ante la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Una de las barreras políticas para la no instalación de la audiencia es el poder de influencia de los investigados en la jurisdicción, lesionando la garantía orgánica de independencia e imparcialidad judicial. Y entre tantas barreras de carácter jurídico, nos encontramos con la presunta existencia de la cosa juzgada a favor de los acusados, la situación se agrava puesto que hasta la fecha no existe una herramienta jurídica que permita revisar las absoluciones fraudulentas. «La impunidad es una invitación a la reincidencia», dijo el profesor Carlos Castresana, en el seminario de Inauguración del Máster y Doctorado en Derechos Humanos Democracia y Justicia Internacional, de la Universidad de Valencia, el 17 de octubre del 2019.

²³⁴ Fiscalía de la Comisión de la Verdad de Ecuador, peritaje: «Crímenes de lesa humanidad y aplicabilidad de la cosa juzgada fraudulenta: análisis del proceso judicial por la muerte de Ricardo Merino Serrano (Proceso Policial 854-86)».

dubio pro reo, «pues jamás existió fáctica y jurídicamente un sujeto o persona individualizada perseguida penalmente por la jurisdicción policial en razón de la muerte de Ricardo Merino»²³⁵.

El perito Caicedo Tapia se suma a los tratadistas Morgenstern y Ballesteros, quien tampoco establece cómo deberíamos actuar procesalmente para declarar la nulidad o revisar las absoluciones fraudulentas. Ya que dichas resoluciones judiciales son el resultado de un sistema de impunidad capaz de ocultar la verdad por varias décadas, y que, por tanto, las vías ordinarias y constitucionales son insuficientes por el feneamiento del plazo para interponer los recursos respectivos²³⁶.

En la actualidad, existe una salida jurídica arriesgada ante una eventual apertura de investigaciones y posterior formulación de cargos de procesos con estados de cosa juzgada, esto pese a la fraudulenta colocación de los elementos internos que acabamos de analizar. Una de ellas se verá en el caso «González y otros», donde la Corte Nacional de Justicia del Ecuador utilizó el llamado control de convencionalidad de mandatos o sentencias internacionales para declarar la cosa juzgada fraudulenta. Situación, que como ya comentaremos, es positiva, pues, aquella resolución judicial terminó con décadas de impunidad; sin embargo, la aplicación de dicho método sin un sustento normativo, es decir, sin la regulación interna, se torna insegura para las pretensiones de las víctimas y la seguridad jurídica de los acusados.

Teniendo como precedente la sentencia de la Corte Nacional de Justicia, se presentó en el caso de «Ivonne Cazar» una petición para reabrir el caso. No obstante, el juez de la causa no autorizó su reapertura por la existencia de cosa juzgada. De esta manera, se intentó dejar en la impunidad la desaparición forzada de la víctima, que se creía resuelta en el ámbito procesal; cuando lo cierto es que se sobreseyó a los responsables con sospechas de cosa juzgada fraudulenta. En consecuencia, el método utilizado para sortear la cosa juzgada fraudulenta con sus elementos infectados tiene resultados ambiguos²³⁷.

De esta manera, se torna arriesgado abrir nuevas investigaciones y formular cargos sin una declaración judicial previa de nulidad o de revisión de sentencias con estados de cosa juzgada fraudulenta. Pero, para agravar aún más este panorama de impunidad, los tiempos para solicitar la nulidad en la vía interna fenecieron hace más de 30 años. Además, el sistema de impugnación ordinario con el recurso de revisión no permite revisar sentencias absolutorias. Tampoco es viable la esfera constitucional por medio de la acción extraordinaria de protección,

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Véase el Cap. III, apdo.2.

²³⁷ Véase el Cap. III, apdo. 3 y 4.

según nuestro estudio tiene insuficiencias de carácter interpretativo y normativo, problemática que observaremos a detalle en el siguiente capítulo.

Como respuesta a este escenario de impunidad de los crímenes del poder, impulsamos la producción normativa de la causal de revisión que permita declarar la nulidad de procesos con estados de cosa juzgada fraudulenta, a ser identificados mediante la correcta colocación de los elementos internos y externos de la cosa juzgada.

De manera que, aceptar la cosa juzgada sin el contenido de los elementos internos, identidad del sujeto activo, objeto y causa de persecución, sería sinónimo de una justicia aparente o simbólica. Por lo tanto, para que la identificación de los tres elementos internos sea efectiva es imprescindible contar con una justicia independiente e imparcial, cuestiones que en su conjunto legitiman las investigaciones y procesos judiciales, como pasamos a ver a continuación.

2.2 El contenido externo de la garantía: la doble configuración jurisdiccional, la independencia e imparcialidad

La fórmula de cierre de la cosa juzgada se forma con el contenido de las garantías orgánicas, que colocan en una posición institucional a la jurisdicción frente a otros poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso; en esencia son: la independencia e imparcialidad judicial²³⁸. En el Estado constitucional de derecho, la sujeción a la ley de todos los órganos constituye un sistema de vínculos y límites que garantiza la formulación completa de esta garantía. Con los elementos internos y externos se configura la cláusula de cierre del *non bis in idem*, existiendo, por tanto, la cosa juzgada fraudulenta cuando falte una de ellas, o esté lesionada por acciones y omisiones dolosas de jueces y fiscales.

Como conocemos, la independencia judicial se divide en independencia externa e interna. La primera protege a la magistratura frente a otros poderes públicos y privados, y la segunda es el gobierno intrínseco de la función judicial. De una correcta configuración de la independencia nace la imparcialidad, de la cual analizaremos la posición neutral del juez sobre intereses personales e institucionales en el proceso, y su función cognoscitiva en la jurisdicción que garantiza una decisión objetiva. Al final, las garantías de independencia e imparcialidad judicial poseen una clara edificación histórica, positivizadas en principios y normas

²³⁸ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 539. El profesor italiano, llama garantías orgánicas –a más de la independencia e imparcialidad- a la responsabilidad, separación entre juez y acusación, juez natural, obligatoriedad de la acción penal, etc.

constitucionales, que deberán conectar con los valores internos del juez, siendo en tal sentido, como dice Ferrajoli, un hecho cultural más que institucional²³⁹. Contextualizado de esta forma, analicemos la garantía orgánica de independencia judicial.

2.2.1 La independencia judicial

Esta garantía tiene dos hitos históricos relevantes: la Revolución Francesa y la Segunda Guerra Mundial. De la primera, se constituye el Estado de derecho y, de la segunda, el Estado constitucional de derecho. Cada una con diferentes características, pero con un solo fin: el de minimizar los poderes públicos y privados e introducirlos a la esfera del derecho con sujeción a la ley, bajo el principio de legalidad. Este último principio se reestructura en los Estados contemporáneos con la legitimidad democrática formal y sustancial del poder judicial, como veremos.

La independencia judicial está al servicio de garantizar los derechos fundamentales, en especial la vida y la libertad de los ciudadanos. Para el ejercicio de los derechos en el plano subjetivo se debe edificar una jurisdicción libre e independiente de otras funciones o poderes, además, de proteger a los jueces de su propio gobierno interno para evitar que sus decisiones sean viciadas. Entonces, el tercero que juzga, además de independiente, debe ser imparcial para que en sus actuaciones brille el derecho a la igualdad procesal.

Así, puesto en contexto, detengámonos a extraer sus principales postulados de esta garantía. Analicemos el contenido histórico; el rol de la independencia judicial en las constituciones contemporáneas; el papel expansivo de la jurisdicción, y el reto ante la criminalidad del poder.

De esta manera, abriremos paso al análisis de la independencia judicial externa: su posición institucional frente a otros poderes; el nombramiento del juez; la inamovilidad en el cargo como garantía de presiones externas, y la importancia de la reserva de la jurisdicción.

Luego, examinaremos la independencia judicial interna: sus principales fundamentos y las complicaciones actuales que ponen en riesgo la correcta configuración de la cosa juzgada. A nuestro criterio, el problema de los Tribunales Supremos o altas Cortes en cuanto al aforamiento de políticos para su investigación y juzgamiento son el peligro de la carrera judicial. También, estudiaremos la jurisprudencia que emana la Corte Nacional de Justicia del

²³⁹ *Ibíd.*, 589.

Ecuador, alertando que, en cierta medida, contradice con la sujeción irrestricta de la ley, a la que están obligados los jueces de menor jerarquía.

Entonces, ahora intentemos conectar cada una de las hipótesis arriba esbozadas con la finalidad de recoger los elementos más sobresalientes de esta garantía estándar, convirtiéndose, como había dicho, en una especie de fórmula de cierre del *non bis in idem*, y, que paradójicamente, dichos elementos servirán para construir el estándar normativo que identifica las investigaciones y juicios fraudulentos.

a. Brevísima referencia histórica

Como se sabe, la Carta Magna inglesa de 1215 es el primer enunciado normativo que garantiza «a no ser arrestado ni preso, ni desposeído de sus derechos, ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni modificada su posición de cualquier otra forma, ni procederemos con fuerza contra de él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país». De este clásico enunciado nace el debido proceso con las garantías judiciales de independencia e imparcialidad del juez. Además, se identifica de manera explícita la reserva de jurisdicción en materia penal, es decir, a la atribución de la averiguación y represión de los delitos únicamente al juicio legal de un sujeto imparcial e independiente²⁴⁰.

Avanzando en la línea de tiempo, la Revolución Francesa y la Segunda Guerra Mundial marcaron dos hitos históricos importantes cuando hablamos de independencia judicial. Dichos acontecimientos influenciaron en la estructura y evolución de los Estados constitucionales de derecho, sus principales fundamentos giran en torno a la división de poderes y al principio de legalidad; estos postulados garantizan, en especial, el derecho a la vida y a la libertad. Incluso, el actual constitucionalismo trata de vincular a los poderes públicos y privados a la esfera del Derecho. Este camino histórico también labró una eventual desconfianza sobre la tarea del juez, así lo defendió con sus matices el pensamiento ilustrado de Montesquieu, y el contemporáneo de Luigi Ferrajoli.

Precisamente, fueron los *Parlaments* o tribunales de justicia franceses quienes proclamaron su independencia frente al monarca en la Revolución Francesa. Sus ideas libertarias frente al rey se afianzaron, según la filósofa Cristina García Pascual, «al momento

²⁴⁰ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 539. De este enunciado también identifica dos garantías fundamentales: el habeas corpus y la presunción de inocencia.

en que comienzan a acoger o a traducir en forma más o menos radical las aspiraciones de libertad y de seguridad que germinaban en la sociedad al calor de las nuevas ideas, del liberalismo y del racionalismo incipientes»²⁴¹. De esta forma, la judicatura pasó a depender del monarca a una parte de la nación reunida en la asamblea, quienes ejercían el control por intermedio de las leyes.

La profesora García Pascual al extraer los principales matices de la obra de Montesquieu *Del espíritu de las leyes*, indica: «no atribuye de modo expreso al poder judicial el calificativo de independiente, pero las características con que lo configura y lo define lo convierten en tal. La primera característica es otra vez la división de poderes o mejor la no confusión de poderes, y el sometimiento del juez a la ley»²⁴².

De esta lectura se identifican dos elementos trascendentales de la jurisdicción: garantizar la división de poderes y el sometimiento del juez a la ley. Con relación al primer elemento «tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del poder legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener fuerza de un opresor»²⁴³.

En cuanto al sometimiento del juez a la ley, «los tribunales no deben ser fijos, si deben serlo las sentencias, hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en la sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella»²⁴⁴.

Las ideas ilustradas de Montesquieu de la separación de poderes y la sujeción a la ley fueron postulados políticos, es así como el pensador francés defendía a los *Parlements* y a una clase privilegiada como la nobleza. Pero sus ideas sientan las bases de lo que será la independencia judicial en el Estado de derecho. Así, la iusfilósofa valenciana comenta: «ya en

²⁴¹ Cristina García Pascual, *Legitimidad democrática y poder judicial* (Valencia: Alfons el Magnànim, 1997), 32.

²⁴² *Ibid.*, 60.

²⁴³ *Ibid.* La profesora Cristina García Pascual explica que para el «pensador francés es factible sostener que la función judicial es sustancialmente diferente de la función legislativa o de la función ejecutiva y que la única posibilidad de confusión de estas tres funciones es residenciarlas en la misma persona o cuerpo de personas».

²⁴⁴ *Ibid.*, 62. Las ideas de Montesquieu benefician también a una clase privilegiada como la nobleza. Es así como la filósofa de la Universitat de València, al realizar el estudio fisiológico sin salirse de su real contexto de la obra *Del espíritu de las leyes*, extrae tres elementos que no separan la división de poderes de una manera absoluta «basadas en el interés particular de quien ha de ser juzgado». La primera aparece ante el peligro de gentes de distinta condición al acusado se alcen en sus jueces, la clase noble debía ser juzgada por los nobles, «los grandes están siempre expuestos a la envidia y si fueran juzgados por el pueblo podían correr peligro [...]» La segunda es el problema de la interpretación de la ley. El modelo de juez del pensador francés es aferrado a la literalidad de la ley que no interpreta «pero puede pecar de riguroso y paradójicamente injusto [...] no existe otra solución que permitir al poder legislativo constituirse en tribunal». La tercera y última excepción «parece referirse a aquellos casos que la ley no ha previsto o aquellas situaciones justiciables que necesitan para su resolución una decisión política [...]» de nuevo el legislativo es tribunal de justicia y de nuevo la nobleza tiene la última palabra.

la obra del pensador francés existen dos vertientes: independencia frente a los poderes públicos y fuerzas sociales y; dependencia o sometimiento exclusivo a la ley»²⁴⁵.

La jurisdicción ideada por el ilustrado francés tenía una amplia capacidad creadora de derecho. Por sus características funcionales dicho modelo no brindaba seguridad jurídica ni garantizaba la igualdad ante la ley. Frente a ello, la Escuela exégesis representó un cambio en la actuación judicial e instauró el positivismo jurídico, por lo tanto «el juez no podrá inhibirse ante las lagunas o antinomias del Derecho, pero para resolución de las mismas no podrá acudir a criterios ajenos a la ley positiva»²⁴⁶. Para la profesora española, esta escuela jurídica prohíbe «realizar al juez cualquier actividad que no sea la aplicación mecánica de la norma. Puesto que el derecho ya es aprehensible, concreto, pleno y acabado, solo cabrá en caso de duda buscar la voluntad del legislador, para lo cual se acudirá a los precedentes históricos es decir a los trabajos preparatorios»²⁴⁷.

La sujeción del juez al principio de legalidad profundizó un cambio en el control del poder legislativo al poder ejecutivo. Aquello se da cuando los jueces se convierten en funcionarios de la Administración del Estado, «en este contexto nace un modelo de juez supuestamente neutral, apolítico y especialista en concluir silogismos en lo que la selección de las premisas resulta a todas luces más que evidente»²⁴⁸.

En conclusión, existieron factores que debilitaron la división de poderes ideada de forma parcial por Montesquieu, que fueron: «a) la aparición de los códigos que conllevan el establecimiento de rígidas reglas para la actividad interpretativa; b) el afianzamiento de las categorías dogmáticas de la doctrina; c) la sustracción de la actividad administrativa de la jurisdicción ordinaria; d) en definitiva, la inclusión del poder judicial en el ámbito del control del poder ejecutivo»²⁴⁹.

A estas causas de declive la profesora Cristina García Pascual añade otras dos identificadas por Rebuffa: «la teoría del Estado persona pensada como teoría de la soberanía única e indivisible de la persona pública, y la incisiva reformulación y manipulación de la teoría de división de poderes»²⁵⁰. Estas dos tendencias doctrinales serán «interpretadas y transformadas poniendo fin a ese largo periodo de pervivencia del juez funcionario abriendo así las puertas a una nueva concepción del poder judicial [...]»²⁵¹.

²⁴⁵ *Ibid.*, 65.

²⁴⁶ *Ibid.*, 110.

²⁴⁷ *Ibid.*, 111.

²⁴⁸ *Ibid.*, 112.

²⁴⁹ *Ibid.*, 113.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ *Ibid.*

b. La independencia judicial en las constituciones contemporáneas

De este breve pero necesario recorrido histórico, extraemos dos elementos que seguirán caracterizando al clásico Estado de derecho: la separación de poderes y el principio de legalidad. Pero, estas dos garantías están todavía sujetas al poder legislativo, y, siendo así, no hay total independencia, porque deposita «la soberanía de la nación en el pueblo representado en el Parlamento, esto conlleva a la defensa del principio de legalidad que a su vez condiciona el principio de división de poderes, al establecer un orden jerárquico entre los mismos, es decir al someter al poder judicial y al poder ejecutivo a la voluntad del legislativo»²⁵².

Para enfrentar la sujeción de todos los poderes al legislativo, se desarrolla una nueva forma de estructuración del poder que cambia de la soberanía del Estado a la soberanía de la Constitución, denominado: Estado constitucional. Este cambio del modelo garantista de la jurisdicción se produjo con la invención y la introducción, según Ferrajoli, «después de la segunda guerra mundial con las constituciones rígidas, que incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no solo del poder ejecutivo y judicial, sino también al poder legislativo»²⁵³.

De esta manera se vinculan los jueces a la constitución y a la ley formulada por el legislativo, quien también está sometido a vínculos legales y constitucionales, pero no como el viejo paradigma positivista de cualquiera que fuere su significado, sino como dice el maestro italiano «sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la constitución»²⁵⁴. La profesora Cristina García Pascual también concuerda con dicho postulado, pues a su criterio «las constituciones contemporáneas instauraron un derecho jerárquicamente superior, vinculante para el legislador. La ley deja así, de ser la norma suprema para someterse y sobre todo condicionarse y limitarse al contenido de textos constitucionales»²⁵⁵.

Un claro ejemplo de la sujeción constitucional de todos los poderes, en particular el poder judicial a la constitución, está formulado en el numeral 1 del art. 5 de la ley Orgánica

²⁵² *Ibíd.*, 116. La profesora García Pascual, identifica dos factores, que a grandes rasgos contribuyeron a la destrucción o a la degeneración del Estado de derecho; de un lado “(i) las circunstancias ambientales, caracterizadas por una fuerte dinámica de cambios sociales que podría resumirse en un incremento de la pluralidad en todos los ámbitos de la vida social, y de otro lado (ii) la adopción, en la mayoría de países democráticos, como consecuencia de las transformaciones político-sociales, de nuevos textos constitucionales que constituyen la base jurídico-política de los Estados de nuestro tiempo, y que tiene una trascendencia inusitada desde el momento en que para su aplicación y protección se crean los Tribunales Constitucionales”.

²⁵³ Luigi Ferrajoli, «Garantías y Derecho Penal», en *Garantismo y Derecho Penal*, coord. por Juan Oberto Sotomayor Acosta (Bogotá: Temis, 2006), 150.

²⁵⁴ Ferrajoli, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, 26.

²⁵⁵ García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*, 140.

6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) español que establece: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales [...]»²⁵⁶. De igual forma, la Constitución del Ecuador, acoge este nuevo paradigma de la supremacía y vínculo constitucional a todos los poderes, así lo dice: «La constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico [...]»²⁵⁷.

Bajo este marco de sujeción de todos los poderes al principio de legalidad, en particular el poder judicial, se intenta garantizar los derechos fundamentales a la vida y a la libertad. Para una efectividad constitucional, dichos derechos son colocados en el vértice del ordenamiento jurídico, y pasan a constituirse de naturaleza indecible por la dimensión sustancial del derecho y de la democracia²⁵⁸. El papel de la jurisdicción es efectivizarlos incluso contra la mayoría, en efecto, según Perfecto Andrés Ibáñez «solo puede prestarse a partir de una posición de independencia respecto de los sujetos cuyo poder podrían incurrir en las extralimitaciones que se trata de conjugar o reprimir»²⁵⁹.

Pero la sujeción a la ley por sí sola no garantiza la independencia judicial, a criterio del jurista español «la idea de exclusiva sujeción a la ley sería inconcebible, de no concurrir la colocación institucional y el estatuto profesional adecuados, que son sus condiciones de posibilidad»²⁶⁰. Es decir, para dibujar una independencia judicial sólida es necesario proteger a la magistratura de intromisiones de poderes externos, y limitar el propio gobierno de los jueces en el campo interno. Antes de detallar las dos características esenciales de la jurisdicción, esbozemos cuál es la legitimación del poder judicial en el actual Estado constitucional.

La sujeción del juez a la Constitución como garante de derechos es, según Luigi Ferrajoli, «el fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo, y ejecutivo, aunque sean –o precisamente porque lo son- poderes de mayoría»²⁶¹. El profesor italiano identifica dos fuentes de legitimación del poder judicial: la primera, es la legitimación formal, asegurada por el principio de estricta legalidad penal y sujeción del juez solamente a la ley. La segunda, es la legitimación

²⁵⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985.

²⁵⁷ Constitución del Ecuador, art. 424.

²⁵⁸ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 883-4.

²⁵⁹ Ibáñez, *Tercero en discordia*, 84.

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ Ferrajoli, *Derechos y garantías La ley del más débil*, 24

sustancial, que consiste en la función y capacidad de la jurisdicción de tutelar los derechos fundamentales ciudadanos²⁶².

De las dos fuentes de legitimidad de la jurisdicción la profesora Cristina García Pascual identifica un papel débil y fuerte de la jurisdicción. De la legitimidad formal dice la autora «que la ley es condicionante de la legitimidad de la jurisdicción, en el sentido en que el poder es legítimo en la medida en que es conforme la ley. De esta fuente de legitimidad se deriva un papel débil de la jurisdicción, una concepción del poder judicial como poder nulo»²⁶³. En tanto, de la legitimidad sustancial deriva «un papel fuerte del juez, como sujeto llamado a dirimir controversias y a garantizar derechos contra todos los poderes, utilizando, entre otros instrumentos, su poder de censurar las propias leyes en cuanto inconstitucionales»²⁶⁴.

La legitimación formal y sustancial del Poder Judicial forman un poder en contra de decisiones mayoritarias, cuya fuente es la democracia formal. Es otras palabras, la legitimidad del Poder Judicial nace de la constitución y la ley, a través del principio de legalidad, que, en esencia, busca proteger los derechos fundamentales de los poderes desmedidos. Por tanto, exige una jurisdicción independiente e imparcial de todo tipo de poder, sea en el plano externo, interno, e incluso, personalísimo.

Es así como el principio de legalidad se convierte, en el Estado constitucional, en la piedra angular o condición principal para la independencia judicial. Para Perfecto Andrés Ibáñez, la independencia es una garantía orgánica fundamental «destinada a asegurar la exclusiva sujeción del juez a la ley, dotándole para ello de una posición constitucional y de un estatuto *ad hoc*»²⁶⁵. En esta misma línea, identifica dos aspectos centrales de la independencia: el primero es «la estrecha funcionalidad al principio de imparcialidad. Para evitar que el juez se inscriba como parte política en las relaciones que interviene; y hacer que pueda operar en ellas como hobbesiano tercero, como el becario investigador indiferente de la verdad»²⁶⁶. El segundo aspecto, es que la independencia es un «hecho cultural más que institucional, porque

²⁶² Luigi Ferrajoli, «Justicia penal y Democracia. El contexto extraprocesal», trad. por Perfecto Andrés Ibáñez, *Jueces para la democracia* 4 (1988): 5, ISSN 1133-0627.

²⁶³ García Pascual, *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*, 176.

²⁶⁴ *Ibid.*, 178. La profesora Cristina García Pascual, cuando estudia la legitimidad de la Función Judicial, establece que es uno de los problemas centrales de la Teoría y Filosofía del Derecho. En su investigación, aborda desde diferentes vertientes, de la responsabilidad de jueces, desde la teoría de la argumentación o desde la problemática de la interpretación creación del Derecho. La profesora valenciana no busca cualquier legitimidad para la Función Judicial, sino una legitimidad democrática. En su estudio establece dos fuentes: una material y otra formal. La material, es la vinculación o el cumplimiento de los principios, valores y normas, tanto morales como jurídicas, que forman el ordenamiento jurídico, del que deriva una concepción de la función judicial como valedora de los derechos del individuo y de la constitucionalidad de las normas. La formal, es la sujeción del juez a la ley, que en realidad es una fuente de legitimación material, la sujeción del juez a unos límites procesales en su actividad.

²⁶⁵ Ibáñez, *Tercero en discordia*, 87.

²⁶⁶ *Ibid.*, 88.

en efecto, presupone en el juez una actitud, una forma de compromiso con la legalidad constitucional, que no se sigue mecánicamente de las previsiones estatutarias»²⁶⁷.

Por tanto, el ideal de la independencia judicial en las constituciones contemporáneas es sujetar al Poder Judicial al principio de legalidad constitucional, en garantía de los principales derechos fundamentales, como son la vida y la libertad. Dicha sujeción alcanza también a los poderes públicos y privados, y que, frente a la vulneración de los derechos fundamentales, el poder judicial se activa con sus dos garantías orgánicas, como son la independencia e imparcialidad judicial.

En esencia, se busca un poder judicial atado al principio de legalidad para evitar la infección o influencia de poderes externos de tipo político, económico y mediático. No obstante, la edificación histórica y contemporánea de la independencia judicial, enfrenta constantes asedios por la colusión oscura de dichos poderes.

c. El papel expansivo de la jurisdicción y el reto ante la criminalidad del poder

El paso de la jurisdicción desde la primera gesta revolucionaria de los *Parlaments* hasta la conformación de los Estados constitucionales de derecho, evidencia un intento progresivo de limitar los poderes públicos a través del principio legalidad. En la actualidad, se observa una constante expansión del derecho y de la jurisdicción, según Ferrajoli, debido a la «transformación de la estructura del sistema político, producida por el contemporáneo desarrollo del Estado Social y, en consecuencia, por la intervención del Estado en la economía y en la sociedad»²⁶⁸.

El sistema político actual amplía las funciones del Estado social, inducidas por el crecimiento de la economía y las nuevas prestaciones de los derechos sociales constitucionalizados. Por ejemplo, la Constitución española en su art. 1.1 determina que «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho [...]»²⁶⁹. De igual forma la Constitución ecuatoriana en su art. 1 dice: «El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente [...]»²⁷⁰.

²⁶⁷ *Ibíd.* Naturalmente esta idea inicial corresponde a Ferrajoli, cuando agrega que la automatización de la magistratura como poder independiente ha ido madurando a través de un proceso lento, laborioso y no sin discusión.

²⁶⁸ Ferrajoli, «Garantías y Derecho Penal», 126.

²⁶⁹ Constitución Española, 27 de diciembre (*BOE* núm. 311 de 29 de diciembre de 1978), art. 1.1.

²⁷⁰ Constitución del Ecuador, de 2008, artículo 1.

Dichas declaraciones constitucionales al no encontrar un desarrollo normativo secundario y formas institucionales para efectivizarlos en el nuevo Estado constitucional, provoca, según el profesor italiano, «una expansión masiva de las funciones del Estado que produce una mera acumulación, fuera de las estructuras del viejo Estado liberal, sin la predisposición de las garantías efectivas para los nuevos derechos y en ausencia de mecanismos eficaces de control político y administrativo»²⁷¹.

Con esta falencia estructural del poder legislativo frente a la correcta producción normativa, y el poder ejecutivo frente a la efectivización de los derechos, el poder judicial toma un rol protagónico ante las deficiencias mencionadas, pero a la vez peligroso por la amplia discrecionalidad judicial. Dado que el poder judicial invade el terreno del legislativo y llena las lagunas normativas mediante método de ponderación judicial en casos concretos. Por tanto, estamos asintiendo de manera contradictoria al quiebre de las bases fundadoras y contemporáneas de la separación de poderes, lo que genera una crisis de legalidad en la esfera pública por el aumento incontrolado de la discrecionalidad de los poderes públicos, en este caso, el poder judicial²⁷².

Sin embargo, la sujeción del poder al principio de legalidad no solo debe avizorar su alcance al poder público, sino también a la esfera privada. Dicho terreno en la actualidad es oscuro, pantanoso y lleno de corrupción, escapando así del control constitucional y legal por su capacidad de captar a los poderes públicos y subordinar a su beneficio. Por tanto, como vimos en el apartado 1.3. b) del Capítulo. I, la esfera privada y más en específico el poder económico gozan el reino de la libertad.

La economía creciente genera espacios de ilicitud constitucional que emanan poderes ocultos permeables en la edificación del Estado constitucional. Estos poderes bordean la ilegalidad en el plano político, económico y transnacional; el profesor italiano los califica como una «creciente ilegalidad, que se manifiestan, en todas las democracias avanzadas -en Italia como en España, en Francia y Japón como en los Estados Unidos y en los países de América Latina- en el desarrollo de la corrupción y, más en general, de los procesos de desplazamiento del poder político a sedes invisibles sustraídas a los controles políticos y jurisdiccionales»²⁷³.

Dichos problemas estructurales, es decir, la gran arbitrariedad pública y la ilicitud privada, abordan la discusión actual del papel que debería cumplir el Estado constitucional de derecho y, de forma especial, la jurisdicción. Si miramos el paso de la historia quizá

²⁷¹ Ferrajoli, «Garantías y Derecho Penal», 129.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Ibid.*

encontramos una solución ideal, esto es, introducir el actual desbordamiento público y privado al principio de legalidad. Así lo comenta Ferrajoli, como uno de los principales exponentes en la materia: «es claro que semejante fenómeno ha atribuido a la jurisdicción un nuevo papel; la defensa de la legalidad contra la criminalidad del poder. Un papel central, dado que la defensa de la legalidad equivale a la defensa del principio de la sujeción a la ley de todos los poderes públicos, propio del Estado de derecho, que es a su vez es presupuesto esencial de la democracia»²⁷⁴.

La criminalidad del poder tiene diferentes vertientes en el ámbito público y privado, evidenciado en la conformación, o en el resultado, de poderes invisibles e irreductibles a la edificación del Estado constitucional de derecho y la democracia. Esta patología se debe a la permanencia del poder en estado de naturaleza en la actual democracia constitucional. La tarea es visibilizarlos, entender su funcionamiento, estructura y actual colusión entre los poderes públicos, económicos y mediáticos²⁷⁵.

Esta gran estructura es investigada o juzgada por el vértice del poder judicial, así también lo identifica Perfecto Andrés Ibáñez, para él, los altos políticos se aprovechan de aforamientos para ser juzgados por jueces superiores, quienes en algunos casos tienen dudosas asignaciones en casos complejos de corrupción por parte del CGPJ.

En tal virtud, el papel expansivo del poder judicial debe sujetarse al principio de legalidad, que a su vez demanda la visibilidad de las colusiones oscuras del poder. Con este punto de partida, el reto del poder judicial será enfrentar a la gran criminalidad, que quiere decir, según Ferrajoli: «visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de las funciones públicas, igualdad de todos frente a la ley, ausencia de poderes invisibles, de dobles estados, de dobles niveles de acción política y administrativa»²⁷⁶.

Contextualizado la independencia judicial desde su edificación histórica, los aportes contemporáneos y el reto actual frente a la gran criminalidad, continuemos edificando los estándares que identifican las investigaciones y juicios fraudulentos que vinculan a la criminalidad del poder. Por ahora, abordemos la correcta delimitación de la independencia judicial externa.

²⁷⁴ *Ibíd.*

²⁷⁵ Véase el Cap. I, apdo. 1

²⁷⁶ Ferrajoli, «Garantías y Derecho Penal», 129.

2.2.2 La independencia judicial externa

En este apartado estudiaremos el análisis del estándar de independencia judicial, que, junto a la imparcialidad, constituyen el llamado contenido externo de la garantía de la cosa juzgada. Los dos elementos, es decir, la independencia e imparcialidad, dan validez a los procesos penales en su conjunto, otorgando el estatus de inmutable si no se llegase a comprobar la fraudulenta colocación de la garantía objeto de nuestro estudio.

Ahora veamos la independencia judicial externa relacionada con la totalidad del poder judicial, es decir, la posición institucional de la magistratura que garantiza su autonomía y funcionamiento frente a otros poderes públicos y privados, legítimos e ilegítimos.

En este contexto, veremos las dos modalidades más comunes: la primera, es la perspectiva institucional, que entrega al juez garantías para el inicio de sus funciones, esto se logra con el nombramiento que otorga el estatus de inamovible en su cargo, salvo excepciones legales y bajo las garantías del debido proceso para su remoción. La segunda, es la modalidad funcional, que reclama la reserva exclusiva de la jurisdicción al poder judicial, es decir, busca evitar que otras funciones del Estado realicen el papel de jueces en los conflictos sociales.

Otra cualidad poco discutida de la independencia judicial externa es el factor psicológico del juez. La premisa tradicional radica en que la psicología del juez afecta el estándar de imparcialidad, pero pocas veces se debate que también afecta la independencia, porque, como nos hace notar Jordi Nieva Fenoll, la parte psicológica del juez depende, en gran medida, de la resistencia del juzgador frente a amenazas externas que llegan a influir en la correcta administración de la justicia²⁷⁷.

Veamos entonces cada una de las premisas aquí recogidas en torno al estándar de independencia judicial externa.

2.2.2.1 Una posición institucional contra presiones externas

a. El nombramiento

La naturaleza de la independencia judicial externa es proteger al poder judicial de interferencias de otros poderes, que, teóricamente, están separados gracias al vínculo y límites

²⁷⁷ Jordi Nieva Fenoll y Eduardo Oteiza, dirs. *La independencia judicial: un constante asedio* (Madrid: Marcial Pons, 2019).

de todos los poderes a la Constitución y a la ley. Si tomamos la idea de Michele Taruffo, la independencia externa se refiere a la totalidad del poder judicial con capacidad de garantizar su autonomía respecto a cualquier influencia o condicionamiento proveniente de otros poderes, legítimos e ilegítimos²⁷⁸.

En este sentido, el Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador (COFJ) en el art. 8 dice: «ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial [...]»²⁷⁹. Entonces, la independencia judicial externa se relaciona con la magistratura en su conjunto, capaz de proteger al poder judicial de interferencias de los otros órganos de poder²⁸⁰.

Para garantizar la independencia judicial externa frente a otros poderes del Estado, el nombramiento y la inmovilidad en el cargo del juez son dos elementos vitales de protección. El profesor Taruffo realiza un análisis fisiológico de las dos dimensiones: «la independencia *inicial* que se garantiza desde el momento de la elección y nombramiento del juez, y la independencia que pueda denominarse *continua*, pues se asegura por todo el tiempo en que el juez realiza sus funciones»²⁸¹. La continuidad a la que hace referencia el profesor italiano, encajaría en la garantía del juez a no ser removido en el cargo designado, salvo excepciones legales.

La independencia *inicial* es un tópico que ancla problemas frecuentes en diferentes jurisdicciones, en particular, cuando se trata de la elección de jueces de Ecuador, España, e Italia, y también en otras latitudes. El acceso del juez a la judicatura en dichas esferas se realiza mediante concurso público de mérito y oposición, con total independencia en la selección de otros poderes del Estado y de fuerzas externas que influyan en el nombramiento. Sobre este aspecto, una voz autorizada como la de Perfecto Andrés Ibáñez comenta: «el régimen de acceso a la función, en primer lugar, reclama objetividad, que es precondition de la garantía de la presencia efectiva del valor constitucional del pluralismo en la composición personal de la magistratura»²⁸².

La elección del juez por concurso evita la intervención del poder político, que ejerce funciones en el poder ejecutivo y legislativo. Esto se debe a que el poder judicial ejerce su función en contra de la mayoría, por tanto, su ámbito de competencias no puede estar

²⁷⁸ Michele Taruffo, «Consideraciones generales sobre la independencia judicial», en *La independencia judicial: un constante asedio*. Dirs. por Jordi Nieva Fenoll y Eduardo Oteiza (Madrid: Marcial Pons, 2019), 19.

²⁷⁹ Código Orgánico de la Función Judicial, 9 de marzo (*Registro Oficial Suplemento* núm. 544 de 9 de marzo de 2009, Ecuador), art. 8, (citado a partir de ahora como COFJ).

²⁸⁰ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 141.

²⁸¹ Taruffo, «Consideraciones generales sobre la independencia judicial», 14.

²⁸² Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 142.

condicionada a la elección partidista, donde la afinidad o simpatía se convierta en un factor determinante en la elección. Por lo tanto, el concurso se convierte en una garantía previa de la independencia, así también lo impulsa Taruffo: «el método neutral del concurso, en sus modalidades reguladas por la ley, garantiza que el juez sea elegido y nombrado sin injerencia externa y, por tanto, pueda considerarse independiente»²⁸³.

En contraste, por citar otro sistema, en el *common law* la elección de jueces Federales en los Estados Unidos lo realiza de manera discrecional el presidente, donde su decisión se orienta por la afinidad política de los candidatos. Además, en dicho país los jueces estatales son elegidos mediante elección popular o por el Gobernador del Estado, orientándose, otra vez, por las tendencias políticas del electorado. Por la forma de elección, a primera vista, no podría considerarse que dichos jueces tengan independencia inicial, pues su nombramiento nace del poder político²⁸⁴.

Retornando a nuestro sistema continental con relación a la designación de los jueces superiores, en algunos casos se realiza mediante la carrera judicial, y en otros, lo selecciona el poder ejecutivo y legislativo. Por ejemplo, en España los jueces son designados por el CGPJ y en el Ecuador por el CJ. Dichos organismos de administración de la función judicial también deben ser independientes de otros poderes del Estado. No obstante, aquellos órganos en la actualidad no son garantía de una transparente designación y remoción de jueces, pues, por su composición institucional, sus miembros son representantes de los principales partidos políticos; esto se observa, en mayor medida, en el territorio español y, con cierta opacidad, en el país latinoamericano.

Este escenario condiciona la designación de jueces de todos los niveles, pero, en especial, de jueces superiores encargados de juzgar a altos cargos de políticos beneficiados con aforamientos. Precisamente, dicho beneficio procesal, como son los aforamientos, lo veremos como uno de los retos de la independencia judicial interna.

²⁸³ Taruffo, «Consideraciones generales sobre la independencia judicial» 15. El profesor italiano agrega que existe una variedad de soluciones que en muchos casos no garantizan en absoluto que, por el hecho de seguir un procedimiento burocrático, la selección de los jueces se realizará de forma autónoma y neutral. Este método es empleado comúnmente en los sistemas europeos, y está dirigido precisamente a evitar influencias indebidas en la selección de jueces.

²⁸⁴ Si bien los jueces superiores del *common law* no son independientes desde su nacimiento, esta calidad inicial no condiciona que estos adquieran una independencia continua en sus funciones con sujeción a la Constitución y al respeto de los derechos fundamentales. Tampoco se debe descartar que aquellos no sean imparciales, más bien, a los jueces de este sistema, se los debe observar bajo el prisma ético-cultural de sus funciones.

b. Inmovilidad en el ejercicio de sus funciones

Otra vertiente de la magistratura en el campo externo es la continuidad en sus funciones, es decir, el juez sustanciador no debe ser reemplazado sin motivo previo y bajo las reglas del debido proceso. Perfecto Andrés Ibáñez también coincide con los postulados de «no ser removido de su condición de tal y tampoco del puesto de desempeño de la función ni del conocimiento de una causa concreta, sino es en presencia de determinadas condiciones legalmente previstas y por el cauce procedimental también legalmente establecido»²⁸⁵.

La independencia judicial en el ámbito externo es realizable si el juez es protegido durante el tiempo que cumple su función. Por tanto, es necesario que el juez no sea expuesto a influencias indebidas y a condicionamientos externos destinados a dirigir su comportamiento, en el sentido de favorecer a uno u otro de los sujetos del proceso, o tutelar intereses extraños al proceso o -más en general- a la administración de justicia²⁸⁶.

En definitiva, la independencia judicial externa se configura desde el nombramiento o la elección, y se confirma cuando el juez electo adquiere la garantía de inmovilidad o de continuidad a su cargo. Cuando las dos dimensiones hasta ahora vistas –nombramiento e inamovilidad- están viciadas por influencias externas de cualquier naturaleza, el juez y la jurisdicción en su conjunto no debería considerarse independiente, pero dicha infección no solo afecta a la independencia, sino también a la garantía de imparcialidad judicial.

La conformación de la independencia en el plano externo con sus garantías ha sido observada por la jurisprudencia de la Corte IDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y por los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura. Estas instituciones acordaron puntos mínimos de protección a la judicatura como «un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas»²⁸⁷.

c. La responsabilidad en el cargo

El juez con su nombramiento adquiere la naturaleza de inamovible, pero dicha condición no es absoluta de la independencia judicial. También está sujeto a responsabilidades

²⁸⁵ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 142.

²⁸⁶ Michele Taruffo, «Consideraciones generales sobre la independencia judicial», 17.

²⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia “Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador”, de 23 de agosto de 2013, párr. 144.

por el ejercicio de sus funciones, en este sentido, la Corte IDH en el caso “Corte Suprema de Justicia vs Ecuador” ha dicho: «la garantía de estabilidad de los jueces en el cargo no es absoluta. El derecho internacional de los derechos humanos admite que los jueces sean destituidos por conductas claramente reprochables. En su Observación General No. 32, el Comité de Derechos Humanos estableció que los jueces podrán ser destituidos únicamente por razones graves de mala conducta o incompetencia»²⁸⁸.

La responsabilidad judicial de la que hablan los organismos internacionales debe analizarse bajo dos dimensiones. La primera, un ángulo poco observado por la doctrina es la responsabilidad de la judicatura, que puede ser un elemento de presión psicológica a los jueces, como herramienta de influencia en la decisión de las causas, o que sirva para separarlos de su cargo; entonces, los asedios a su fuero interno dependen en gran medida de la resistencia del juzgador. El procesalista Jordi Nieva Fenoll comulga con esta tesis, pues considera que la independencia de los jueces depende de la resistencia de cada juez. Si cede a las presiones lo hace, por ejemplo, por temer a perder su trabajo, y esa es una cuestión puramente psicológica²⁸⁹.

La segunda dimensión de responsabilidad judicial nos acerca a nuestra hipótesis. Es decir, cuando el juez se aparta de sus facultades constitucionales y legales bajo una actuación dolosa comprobada, sea para condenar a un inocente o absolver a un culpable²⁹⁰. Esta patología se detecta, como impulsamos, si las garantías orgánicas de independencia e imparcialidad judicial no están configuradas correctamente, en consecuencia, la acción y omisión dolosa de jueces y fiscales será fraudulenta. Este beneficio al sujeto activo, presunto responsable de la infracción, no es posible detectar desde los mecanismos de impugnación vigentes, tanto en la legislación española y ecuatoriana, pues existe una fisura en las causales de revisión del fallo que no permite analizar la sentencia del culpable absuelto, más si del inocente condenado²⁹¹.

Con este enfoque de responsabilidad judicial buscamos, por un lado, deshilar la trama de impunidad del poder judicial en colusión con poderes irreductibles a la democracia

²⁸⁸ *Ibid.*, párr. 147.

²⁸⁹ Nieva Fenoll, *La independencia judicial: un constante asedio*, 23. Este autor centra sus análisis en la psicología del pensamiento judicial. Para el procesalista citado, el juez no es diferente a cualquier otro ser humano y analiza si los habituales patrones de pensamiento que todos utilizamos para tomar decisiones afectan a la independencia en sus variedades más importantes: la independencia frente al resto de poderes del Estado y la independencia de los jueces como personas.

²⁹⁰ Para Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 599. En el caso de violaciones intencionales de la ley es justo que el magistrado responda penalmente y que pueda llegar a ser expulsado del orden judicial. Y esto debe valer no solo para los jueces sino también para los órganos del ministerio público, conforme al principio mantenido desde Montesquieu a Filangieri, pues la severa responsabilidad por las acciones calumniosas es una garantía esencial de libertad para los ciudadanos.

²⁹¹ Véase el Cap. III, apdo. 2

constitucional, y, por otro lado, como analizaremos más adelante, entregar a las víctimas una herramienta de acceso a la justicia por medio de los estándares normativos que identifican la llamada cosa juzgada fraudulenta.

Ahora bien, la independencia judicial externa con sus garantías de nombramiento e inamovilidad en el cargo constituyen un estándar esencial para identificar si los procesos en estado de cosa juzgada son debidos o justos. Dichos estándares normativos se aplicarán en el caso ecuatoriano en el Cap. IV apdo. 2.3.1.1, cuando comprobemos presencia de la cosa juzgada fraudulenta en crímenes de *ius coges*.

2.2.2.2 Una modalidad funcional: la reserva de la jurisdicción

La reserva de la jurisdicción o el llamado principio de exclusividad jurisdiccional, es una característica funcional de la independencia judicial externa. Su función posiciona a la jurisdicción frente a otros poderes públicos y privados capaces de influenciar en las decisiones.

El poder legislativo tiene la función inherente de producción normativa²⁹². En cambio, el poder ejecutivo goza de la «potestad reglamentaria»²⁹³, es decir, su labor se encamina a efectivizar las normas producidas y aprobadas por el legislativo. Frente a la potestad normativa de los dos poderes enunciados, el poder judicial exige la reserva de la jurisdicción para resolver los conflictos relacionados con la interpretación de normas; prohibiendo al legislativo crear normas que incidan el curso de un juicio, o incluso la prohibición alcanza a los procesos finalizados, que afecten la ejecución o aplicación de la sentencia.

En efecto, según el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez, «la independencia externa en la perspectiva *funcional* reclama la reserva de la jurisdicción, como dispositivo orientado a preservar el ámbito propio de esta, frente a posibles extralimitaciones, preferentemente del legislativo y del ejecutivo en el ejercicio de la potestad reglamentaria»²⁹⁴. En este sentido,

²⁹² Constitución del Ecuador, art. 132, «La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común [...]».

²⁹³ *Ibid.*, art. 147. 13 «Expedir reglamentos necesarios para la aplicación de leyes, sin controvertirlas ni alterarlas, así como los que convenga a la buena marcha de la administración».

²⁹⁴ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 143. El autor español también comenta que, por analogía, esta práctica se suscita con relación al ministerio Fiscal, cuando se trasladan impropiedades atribuciones de índole jurisdiccional, mediante la aplicación del principio de oportunidad que sirve como *alivio* para descongestionar los procesos penales que no guardan mayor complejidad por la causa de persecución, así como por la pena. También, encuentra como problemático el desplazo de la instrucción de sede judicial al fiscal para el pronunciamiento respectivo, si bien no es una actividad de enjuiciamiento, lo cierto es que es decisivo para este, que pudieran afectar en los dos casos derechos fundamentales. Lo explicado por Andrés Ibáñez demanda la intervención de un sujeto imparcial en su gestión, y en el caso de España, la designación del Fiscal tiene una dudosa procedencia de imparcialidad, pues, como sabemos, es efectuado por representantes de la política. En el caso ecuatoriano el fiscal

Santiago Muñoz Machado, con acierto indica: «la separación de poderes no significa que solamente los poderes no interfieran entre sí, sino también que la relación entre el legislador y el juez se lleve de forma que la ley deje sitio al juez para ejercer sus tareas»²⁹⁵.

La reserva de la jurisdicción conecta con la naturaleza del juez como tercero independiente e imparcial, dispuesto a resolver los hechos calificados previamente por las normas sustantivas como infracciones, siguiendo el procedimiento de rigor. Se trata de conseguir que ninguna controversia, que tenga por objeto la interpretación de normas jurídicas, pueda ser sustraída a los jueces regularmente constituidos; que no sea admisible ninguna interferencia de los otros poderes en el curso de un juicio, o después de que se haya producido un pronunciamiento sobre la controversia, neutralizándolo u omitiendo su aplicación²⁹⁶.

En este mismo sentido, Riccardo Guastini comenta: «el legislador puede actuar invasivamente en esa esfera emanando leyes singulares o leyes dirigidas a intervenir sobre controversias ya instauradas, o, incluso ya decididas en sede jurisdiccional. Las primeras son leyes cuyo contenido normativo no sería normativo, por defecto de generalidad, sino más bien un acto impropio del legislador; las segundas serán retroactivas y, en el último supuesto irían contra la cosa juzgada»²⁹⁷.

La separación de la función legislativa y judicial puede entenderse como la combinación de dos reservas de competencia, y, sucede que una reserva de competencia a favor de cierto poder no es más que un conjunto de prohibiciones dirigidas a otros poderes del Estado. La constitución ecuatoriana establece la reserva exclusiva de la jurisdicción ordinaria para los jueces y tribunales «en virtud de la Unidad Jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria

tiene atribución constitucional exclusiva de aplicar el principio de oportunidad y de ejercer la instrucción fiscal como un sujeto más del proceso penal, se podría decir que su intervención es independiente e imparcial de las otras funciones del Estado, incluido el órgano jurisdiccional. Además, la designación de la máxima autoridad de la Fiscalía General del Estado pasa por un proceso de selección mediante un concurso de méritos y oposición.

²⁹⁵ Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción* (Madrid: Wolters Kluwer, 1989), 21.

²⁹⁶ Andrés Ibáñez, *Tercero En discordia*, 144.

²⁹⁷ Riccardo Guastini y A. Pizzorusso, «Art. 101-103. La magistratura I» en *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1995, 163. (Citado por Andrés Ibáñez, *Tercero En discordia*, 144). Bien es comentada por este autor la Ley Orgánica Española 1/2014, elaborada para intervenir en la controversia de primera instancia, neutralizando el curso del proceso seguido contra los responsables del posible delito de genocidio cometido en la ocupación china del Tíbet. Bajo el paradigma de intervencionismo al profesor Andrés Ibáñez le resulta inevitable hacer referencia a Berlusconi en el ámbito cubierto por la reserva de la jurisdicción, quien: –a decir de nuestro autor– «ha llegado al extremo de convertir al legislativo en gabinete jurídico de su personalísimo negocio político al margen de la ley y contra las instituciones [...] tanto es así que se cuentan no menos de veinte supuestos, [...] como los de acortar los plazos de prescripción de los propios delitos, inventarse el subterfugio del *legítimo impedimento*, que le habilitaría para invocar ineludibles obligaciones propias de la función al objeto de eludir las citaciones judiciales, la suspensión de las causas en marcha durante el mandato presidencial, la inutilización de comisiones rogatorias con resultados que le incriminarían, acortamientos de los tiempos procesales para llevar a la prescripción una parte de los procesos seguidos contra él».

[...]»²⁹⁸. También, la Constitución de España dice que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes [...]»²⁹⁹.

En este contexto, se podría afirmar que, bajo la perspectiva del constitucionalismo rígido, el juez conocedor de una causa tiene la real prohibición de crear una regla concreta para la resolución de un caso³⁰⁰. Bajo la misma óptica, el poder legislativo tiene la misma prohibición, es decir, no puede producir normas dirigidas a los procesos en curso. Incluso, dicha prohibición alcanza para la ejecución de las sentencias o autos de los casos ya resueltos, pues hacerlo, constituye una intromisión a las facultades jurisdiccionales.

Este panorama nos permite adelantar lo que veremos en el Cap. IV, apdo. 2.1, donde la jurisdicción ordinaria del Ecuador entregó la competencia sobre crímenes internacionales a la jurisdicción policial, como ente adscrito al poder ejecutivo. De esta forma, se siguieron juicios en sedes sin competencia para conocer dichas infracciones, pues la atribución de investigar los casos donde intervienen autoridades o agentes estatales es de la justicia común, como un fuero privativo no delegativo. En tal virtud, el principio de la reserva jurisdiccional también prohíbe la sustracción de la facultad investigativa y resolutoria a esferas donde no se garantice la independencia judicial, pues, en gran medida, se busca inhibir la influencia de los poderes externos en las decisiones judiciales.

A modo de conclusión, la independencia judicial externa depende de la posición institucional de la magistratura frente a los otros poderes. Para alcanzar su solidez, los jueces deben gozar de independencia inicial, continua, y ser inamovibles, salvo excepciones legales de remoción, bajo el debido proceso y por causas previamente establecidas.

La otra vertiente, la reserva de la jurisdicción, entrega el espacio al juez en el ámbito de sus competencias para resolver los conflictos relacionados con la interpretación de normas, prohibiendo al legislativo y ejecutivo crear normas que incidan en los procesos en curso. También al juzgador, bajo la óptica del constitucionalismo rígido, se le prohíbe crear normas para resolver los casos en concreto. Además, la reserva de la jurisdicción desde el ámbito funcional intenta evitar que las investigaciones o procesos judiciales sean sustraídas a sedes

²⁹⁸ Constitución del Ecuador, art. 168. 3

²⁹⁹ Constitución Española, art. 117. 3

³⁰⁰ Se ha venido insistiendo la real prohibición de los órganos jurisdiccionales en la creación del derecho. Pero también es cierto, que la elección entre un Derecho de creación judicial y un Derecho de creación legislativa es una opción Constitucional. En España se resuelve al segundo sentido, según el art. 117.1 de la Constitución Española. En este sentido véase a Manuel Ortells Ramos, ed., *Introducción al Derecho Procesal* (Navarra: Aranzadi, 2015), 19.

distintas a la jurisdicción ordinaria, donde no se garanticen los principios de independencia e imparcialidad judicial.

2.2.3 Independencia judicial interna

La independencia judicial interna protege al juez de posibles intervenciones de jueces denominados superiores o del órgano de control, como el CGPJ en España y el CJ en Ecuador. La naturaleza de este estándar normativo es la sujeción exclusiva del juez a la Constitución y a la ley³⁰¹. En palabras de Perfecto Andrés Ibáñez, la independencia judicial interna tutela a la magistratura frente a sí misma, esto es, al juez frente a cualquier modalidad de presión o condicionamiento, debido a la intervención de otros jueces situados en posiciones de poder político-administrativo o de alguna instancia de la propia organización³⁰².

También, para Taruffo, la independencia judicial interna tiene por objeto evitar que el juez esté sujeto a limitaciones o condicionamientos de cualquier naturaleza, pues su deber fundamental es interpretar y aplicar correctamente la ley, solo la ley, durante el desempeño de sus funciones, y, en particular, en la formulación de la decisión que pone término al proceso³⁰³.

El iusfilósofo Ferrajoli exige que la independencia de la función judicial «este asegurado frente a poderes o jerarquías internas de la propia organización siempre en condiciones de interferir de algún modo la autonomía del juicio»³⁰⁴. Incluso, el profesor italiano extiende la garantía de independencia judicial al Fiscal por la vinculación del modelo garantista a la legalidad, y, por tanto, a la obligatoriedad de la acción penal; por ello, no subordinada a poderes o intereses extraños a la administración de justicia³⁰⁵.

El representante de la acusación oficial, como sujeto del proceso penal, también está sometido a vínculos y límites constitucionales. En consecuencia, las garantías de la independencia judicial se extienden en el ámbito externo e interno. Sin embargo, uno de los problemas centrales del Fiscal General en Ecuador es la opacidad en su nombramiento, pues,

³⁰¹ La LOPJ, en su art. 12, establece: «En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial».

³⁰² Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 145.

³⁰³ Taruffo, «Consideraciones generales sobre la independencia judicial», 19.

³⁰⁴ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 584.

³⁰⁵ *Ibid.* Si bien la independencia interna también protege al Fiscal como sujeto procesal, en el caso ecuatoriano no cuenta con una regulación interna que lo proteja en su propio sistema. Este está sujeto a constantes cambios de despacho, en diferentes lugares territoriales, sin estabilidad fija para abordar de forma adecuada las investigaciones en curso. Aunque existe un sistema de gestión de casos de acuerdo con la especialidad del delito, el “fiscal superior” puede disponer discrecionalmente el desplazo de las investigaciones a otros fiscales diferentes a su origen. Estas intervenciones siembran duda de la independencia interna de este órgano, pero también de su imparcialidad.

en gran medida, lo realizan los representantes de los principales partidos políticos que ocupan el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, lo cual siembra duda sobre su independencia, pero también de su imparcialidad.

Regresemos otra vez a la independencia judicial, miremos cómo de los planteamientos expuestos de los tres autores se deducen dos vertientes. En primer lugar, la independencia institucional de la magistratura trata de frenar la intervención del órgano de administración del poder judicial en las facultades jurisdiccionales; en el caso de España, una parte de los miembros de dicho órgano de control lo conforman representantes del poder judicial, nombrados por el Senado y el Congreso de los Diputados. La segunda vertiente, de carácter funcional, protege a los jueces de intervenciones de otros jueces denominados como “superiores” o incluso del mismo nivel. Es decir, esta característica promueve la igualdad de los magistrados; como dice el art. 107 de la Constitución italiana: los jueces se distinguirán entre sí solo por la diversidad de sus funciones.

En definitiva, la naturaleza de la independencia interna es tutelar la sujeción del juez sólo a la Constitución y la ley. También, reclama que este sea ocupado con eficacia por un juez dotado del bagaje político-cultural, jurídico y deontológico, requerido por la relevancia y dificultad de su papel. Ya que sobre él pesa la cotidiana obligación de lectura del ordenamiento jurídico en clave constitucional³⁰⁶.

A continuación, analicemos las vertientes de la independencia judicial interna. Por una parte, veamos el peligro de la carrera judicial, que en teoría propende la profesionalización del juez, pero el ingreso y promoción al escalón más alto del vértice jurisdiccional está en manos del CGPJ en España y en Ecuador por el CJ. Por otro lado, analicemos el reto de los Tribunales Supremos de procesar a los sujetos de poder revestidos de aforamientos, y el problema de la jurisprudencia en la sujeción a la ley de los jueces denominados inferiores.

2.2.3.1 El peligro de la carrera judicial

El juez en el Estado constitucional de derecho, como se ha venido explicando, es nombrado mediante concurso público de méritos y oposición, la objetividad en su selección marca el inicio y la continuidad de la independencia judicial en su conjunto. El problema radica cuando la función del juez se convierte en una carrera hacia arriba, jerarquizado por categorías de “superiores e inferiores”. Lo que se vuelve, en palabras de Perfecto Andrés Ibáñez, «en una

³⁰⁶ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 601-602.

estructura jerarquizada y vertical, determinante en un impulso hacia arriba, o sea, hacia el lugar de escalafón en el que se hallan ubicados los puestos más idóneos para satisfacer expectativas de promoción, tan legítimas como fácilmente manipulables»³⁰⁷.

La estructura jerarquizada del Poder Judicial conecta de una u otra manera con los altos cargos del poder político, quienes, en este último caso, poseen amplias facultades de designación de jueces, de manera directa o indirecta por medio del CGPJ y el CJ. En efecto, para Perfecto Andrés Ibáñez, el conjunto de mecanismos que concreta la carrera produce el efecto de superponer a cada momento a otro *poder* de índole jerárquico-administrativo, político, y, en último término, ajeno al poder judicial en sentido propio como jurisdicción. El resultado, para el jurista español, es la existencia de una política de la jurisdicción que desciende y se difunde por los distintos planos de la pirámide organizativa, impregnando de manera capilar la jurisprudencia³⁰⁸. Lo anterior no sería posible sin una disposición normativa que vincule al poder político con la Función Judicial de forma normalizada y subterránea.

El COFJ, en su artículo 35, propende las carreras judiciales bajo los principios de «promoción, estabilidad, evaluación, régimen disciplinario y permanencia». Por una parte, los defensores de la carrera judicial, apoyan la existencia de un órgano de la función judicial que estimule la profesionalidad, estabilidad, ascenso y meritocracia; lo cual no se desconoce. Sin embargo, por otra parte, se ha visto, con evidencia empírica, que hay una intervención e influencia política por parte del CJ de Ecuador “como órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función judicial”³⁰⁹.

En base a dicha facultad, entre el 2013 a 2017, el Organismo destituyó a 145 jueces con la figura del «error inexcusable», que, para su procedencia, requiere de un pronunciamiento judicial previo que declare «dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable» de jueces y fiscales³¹⁰. Sin embargo, en la remoción de cientos de jueces, se omitió en todos los casos la declaratoria judicial previa de responsabilidad, lo cual nos lleva a sospechar que gran parte de los jueces destituidos no se alinearon a los intereses políticos del gobierno de turno, por tanto, su separación se debió a razones ajenas a sus funciones³¹¹.

³⁰⁷ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 146.

³⁰⁸ *Ibid.*, 147-148.

³⁰⁹ COFJ, art. 254.

³¹⁰ *Ibid.*, 109. 7. Es reciente la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, N° 3-19-CN/20, del 29 de julio del 2020, que declara la exigencia de la declaración judicial previa para atribuir responsabilidades con sanción de destitución a jueces por dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable en las actuaciones judiciales.

³¹¹ Según el Informe de Human Rights Watch, entre el año 2013-2017 en Ecuador, fueron separados 145 jueces por el Consejo de la Judicatura, mediante la infracción del error inexcusable. <https://www.hrw.org/es/news/2018/04/20/ecuador-injerencia-politica-en-el-poder-judicial>, consultado el 14 de noviembre del 2019

A pesar de esto, la intervención política del CJ en la justicia no ha cesado. En la última “evaluación” del año 2019 se destituyeron a varios Jueces de la Corte Nacional de Justicia³¹² sin las garantías del debido proceso. Lo cual fue alertado por el Relator Especial sobre independencia judicial de las Naciones Unidas, como veremos en el Cap. IV. apdo. 2.3.1.2. Para agravar más el panorama, los jueces destituidos fueron reemplazados por “jueces temporales”: nombrados sin concurso, y, por tanto, no tienen la garantía de estabilidad e independencia que demanda sus funciones. Estos jueces, dependen del ánimo político de dicho órgano de administración de la función judicial, quienes, con una resolución administrativa, designan y reemplazan a jueces nacionales encargados de resolver los casos de interés nacional, donde precisamente los altos políticos gozan de aforamientos.

Una evaluación cuestionada de los Jueces Nacionales y el posterior nombramiento de “jueces temporales” afecta las garantías de independencia judicial externa e interna. Toda vez que, el cese de los primeros sin el debido proceso, y el nombramiento de los segundos sin un concurso público, siembra serias dudas sobre CJ como supuesto órgano rector de la tan anhelada independencia judicial. En consecuencia, la designación de los jueces *post factum*, en palabras de Ferrajoli, vulnera la garantía de contar con un juez preconstituido por la ley, y, por tanto, sus funciones sean inderogables e indisponibles; prohibiendo jueces extraordinarios y especiales³¹³.

El asedio a la independencia judicial por parte del poder político no es deformación nueva en el caso ecuatoriano; es más, si enfocamos nuestra atención en lo sucedido años atrás, avizoraremos la responsabilidad futura en el plano internacional del CJ por la destitución de cientos de jueces sin el debido proceso. Con esta advertencia, el país latinoamericano ya fue sancionado por la Corte IDH en el 2013, en el caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros Vs. Ecuador), por la remoción de 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia en 2004, pues, en su separación se vulneraron las garantías judiciales, el principio de legalidad y la independencia judicial.

La arbitrariedad del Consejo de la Judicatura ecuatoriano quebranta la independencia judicial interna, pero también la externa; convirtiendo la evaluación y promoción de la carrera judicial en una herramienta de control, destitución y reemplazo de jueces a conveniencia del

³¹² El informe del CJ del Ecuador establece que de 19 jueces nacionales 7 aprobaron la evaluación, en este mismo sentido 5 de 15 conjucees alcanzaron el puntaje requerido. Los jueces destituidos serán reemplazados por jueces temporales, consultado el 27 de noviembre del 2019. https://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/saladeprensa/noticias/item/7420-cj_notificacion_jueces_cnj.html

³¹³ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 590.

órgano de administración, representado por los principales partidos políticos. Precisamente, la clave y círculo de la impunidad está en que los Jueces de la Corte Nacional tienen la competencia de procesar a los sujetos públicos o políticos privilegiados con aforamientos. Es decir, con la flagrante intervención política de dicho órgano no se puede garantizar juicios bajo las normas del debido proceso, pues los jueces dependen del ánimo político del órgano de control, en este caso, para condenar a los adversarios políticos siendo inocentes, o incluso para favorecer a los políticos con absoluciones fraudulentas.

En realidad, si buscamos una salida práctica al problema descrito, como refiere Perfecto Andrés Ibáñez, dentro del estatuto de los jueces no hay nada que *governar* y tampoco demasiado que administrar. Incluso, los órganos de control, que siempre implican un coeficiente de dirección política, reconocen la existencia de alguna forma de poder político-administrativo de unos jueces sobre otros³¹⁴.

La propuesta desde la óptica constitucional es cambiar el modelo de justicia desde una imposición vertical por uno horizontal. Así sucedió en Italia, donde los magistrados se distinguen solo por la diversidad de sus funciones, cuyo desarrollo legislativo se tradujo en la abolición de la carrera judicial. En realidad, como dice Perfecto Andrés Ibáñez, «eliminar la carrera, que como su mismo nombre indica, pone a los jueces a correr hacia arriba, en competición por los puestos más cotizados del escalafón»³¹⁵. En efecto, el modelo de juez que ilustra Luigi Ferrajoli es carente de responsabilidad política ante otros poderes del Estado, y, sobre todo, están cubiertos por las garantías del autogobierno, son inamovibles, gozan de la ausencia de carrera y prohibición de control sobre sus orientaciones políticas en el acto del concurso para el ingreso en la magistratura³¹⁶.

2.2.3.2 Los Tribunales Supremos: los aforamientos y la jurisprudencia que obliga

Hemos visto el peligro de la carrera judicial, donde los altos tribunales en España y en Ecuador son promocionados por un poder jerárquico con funciones administrativas y políticas, como el CGPJ y el CJ, organismos que, en las dos esferas, se exponen a espacios de influencia política. Con lo analizado, el problema central radica en el vértice jurisdiccional que promocionan. Recordemos que tienen la tarea de investigar y juzgar a sujetos de poder privilegiados con aforamientos, y, precisamente, lo que se ha visto es un direccionamiento del

³¹⁴ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 147.

³¹⁵ *Ibid.*, 148.

³¹⁶ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 597.

órgano de administración de justicia en la destitución y nombramiento de jueces sin el debido proceso, con el fin de favorecer los casos de corrupción política, como analizaremos. En consecuencia, los órganos de control y las altas Cortes no son garantes de la independencia judicial ni de los jueces en su propio gobierno.

Otro problema detectado es que las Cortes Supremas o Nacionales, en gran medida, no son garantes de la sujeción irrestricta de la Constitución y la ley como bases fundantes del Estado de derecho. Al contrario, tenemos como ejemplo a Ecuador, donde su jurisprudencia es obligatoria, incluso, ciertas resoluciones tienen fuerza de ley. Otro ejemplo es España, donde se ha intentado sostener que las decisiones de las altas Cortes son de obligatorio seguimiento. Este panorama coloca en riesgo a la independencia judicial interna, pues el vínculo y límite está en la fuente normativa, no en las decisiones superiores. Si bien constituyen importantes precedentes, la mirada debe hacerse desde un diálogo horizontal y no desde una imposición vertical. Como ya hemos visto, la conformación de las altas Cortes está manejado por los Consejos de administración y, en ese sentido, la jurisprudencia puede ser vista como un manejo también desde arriba.

a. Los aforamientos: un problema en el juzgamiento de los políticos

Empecemos por la raíz del problema: el CGPJ³¹⁷. Entre varias de sus funciones está la de dar vida a los órganos jurisdiccionales con el nombramiento y selección de jueces de todos los niveles. Por su delicado encargo, dicho organismo debería cumplir las expectativas constitucionales de asegurar una jurisdicción con independencia en el ámbito externo e interno. Para Perfecto Andrés Ibáñez, el CGPJ debería ser una garantía de un valor de la independencia judicial de calidad, dotada de la efectividad necesaria para asegurar la aplicación *erga omnes* de la ley, constitucionalmente entendida³¹⁸. Del órgano de administración, como garante de la independencia en sus dos dimensiones, se espera que su conformación sea limpia y transparente, sin condiciones de naturaleza política, económica o mediática.

³¹⁷ La conformación de un Consejo de la Magistratura independiente no sería posible en su momento, según el criterio recogido por Rosario Serra «sino se establecía una conformación de dicho órgano que asegurase una representatividad/pluralidad ideológica y profesional en su seno. Es así como se establecieron en el art. 122.3 CE un sistema de nombramiento de los miembros del Consejo en que han de haber 12 jueces o magistrados (más el presidente), y 8 juristas de reconocido prestigio, propuestos por el Congreso de los Diputados (4) y por el senado (4), elegidos por una mayoría reforzada de 3/5». En Rosario Serra Cristóbal, «La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial: una propuesta de Consejo más integrador e independiente», *Teoría y Realidad Constitucional* 31 (2013): 299- 322, <https://doi.org/10.5944/trc.31.2013.10310>.

³¹⁸ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 203.

Sin embargo, la expectativa constitucional de una jurisdicción independiente se diluye, pues el poder judicial desde su nacimiento y estructura ha sido objeto de constantes asedios, discordias y manejos de índole político; lo cual se logra gracias a la intervención política del CGPJ en los órganos jurisdiccionales. Un estudio realizado por la constitucionalista Rosario Serra, refiere: «en los últimos años sus decisiones han sido utilizadas a favor o en contra de posturas partidistas, deslegitimándose con ello la imagen de la institución y, por ende, de todo el poder judicial – de aquellos que ejercen la función jurisdiccional»³¹⁹.

El problema neurálgico del CGPJ es la conformación política de sus miembros, y el direccionamiento político de sus decisiones, para Perfecto Andrés Ibáñez «desde su primera formación, el estigma de la manipulación político-instrumental partidista. Y es que reproduce en su interior, de forma mecánica y dependiente, las posiciones propias del espectro político general y, con ello, la misma lógica que rige en estas relaciones entre partidos, sin apenas mediación»³²⁰.

La encarnación política en el CGPJ también es observada por Alejandro Nieto, quien agudiza sus críticas a dicho órgano por su manejo: «el CGPJ es un mandatario de los partidos, que actúan sin el mayor disimulo, y en la medida en que ha desmantelado su independencia, es el autor material de la desaparición del llamado Poder Judicial»³²¹. El resultado de la cuota política del Consejo significa conformar y nombrar los cargos decisivos de la Alta Magistratura, a criterio del jurista Nieto: «recaen en personas de confianza del partido que ha nombrado a los vocales del Consejo»³²².

En lo posterior, ya no existe ni siquiera influencia por parte del Consejo, porque los jueces de la Alta Magistratura saben el trabajo que tienen que hacer con los sujetos públicos privilegiados con los aforamientos, y con dicha calidad procesal se cierra el círculo de impunidad del poder. Para los investigadores Gómez Colomer y Esparza Leibar, los aforamientos generan efecto en las causas penales que afectan a los altos cargos, las altas autoridades y altos funcionarios, generalmente con particular relevancia política. A su criterio:

³¹⁹ Serra Cristóbal, «La elección de los miembros del Consejo», 305.

³²⁰ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 207. En efecto el Consejo no ejerce funciones de dirección política, aunque su significación institucional y su proyección no carece de relevancia en este plano, pues no es políticamente indiferente, porque interviene en cuestiones de política judicial, mediante la política de nombramientos, el ejercicio de la potestad disciplinaria y, en general, a través de sus intervenciones públicas proyecta, positivamente y también en negativo, por el modelo de juez y jurisdicción. *Ibíd.* 202.

³²¹ Alejandro Nieto García, *El desgobierno judicial* (Madrid: Trotta, 2004), 156. Para el autor español, el gobierno de turno ya no tiene la necesidad de intervenir en la actividad judicial influyendo a los jueces caso por caso manchándose así las manos una y otra vez. Lo único que debe hacer hoy es ocupar el CGPJ con personas de su total confianza política y luego dejar que éstas mismas realicen por sí mismas todo el trabajo sucio.

³²² *Ibíd.*, 157.

«se trata de privilegios procesales, que, en su favor hacen que la causa sea sometida a tribunales superiores, o que garanticen una especial protección frente a actos procesales que cualquier ciudadano normal no tendría en caso de detención»³²³.

Con los aforamientos de los sujetos públicos las investigaciones se desplazan hacia los altos magistrados designados por el CGPJ, situación que embarra aún más la independencia judicial interna por la conformación y gestión política de dicho órgano. Pero, este privilegio procesal es en realidad para pocos políticos, por tanto, vulnera el principio de igualdad procesal. Aquel escenario, a criterio de los juristas Gómez y Esparza, afecta al proceso y a las partes que tienen los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal, y aquí está la clave de la cuestión, que ninguna de ellas - se refieren a un proceso penal- goce de ningún privilegio sobre otra³²⁴.

El estudio comparativo realizado por los profesores Gómez y Esparza, ilustra que los aforamientos de países del espacio europeo, y de forma particular en los Estados Unidos, tienen escasa presencia. Es impactante, dicen los autores, que: en Portugal, Italia y Francia hay un solo aforamiento, en Alemania y Estados Unidos no hay ninguno. Lo que significa que, para los casos no previstos, la posible responsabilidad criminal de cualquier alto cargo, autoridad o funcionario público, por muy elevado que sea, se exige ante los tribunales penales con competencia ordinaria una vez que se ha destituido del cargo, o antes o al mismo tiempo. En los territorios comentados rige sin excepción el principio de competencia territorial del lugar de comisión del delito y la organización judicial penal a su servicio³²⁵. Por tanto, el principio de igualdad procesal se garantiza en gran medida, pues no hay distinción en el trato de un político o alto funcionario privilegiado con aforamientos frente a cualquier ciudadano sometido a los tribunales de justicia.

En contraste, en España los aforamientos pueden llegar a superar los 2000 casos, si a esto se añade el campo fiscal o judicial, podría ser más de 10.000, si se cuenta los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad la cifra podría pasar de 200.000. En este terreno, es evidente que el principio de igualdad procesal está comprometido, pues los procesos son especiales y manejados desde el vértice jurisdiccional en el juzgamiento de cargos políticos³²⁶.

³²³ Juan Luis Gómez Colomer e Iñaki Esparza Leibar, *Tratado Jurisprudencial de aforamientos procesales* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 41. En cambio, desde otra perspectiva, Luis Díez Picazo, *La criminalidad de los gobernantes*, analiza la responsabilidad de los gobernantes como una aplicación de justicia política en el enjuiciamiento de los casos de criminalidad gubernativa, dice que: «La justicia política se identifica con la razón de Estado, justificando hechos delictivos por los fines que estos pretendían alcanzar», 163.

³²⁴ Gómez Colomer e Iñaki Esparza Leibar, *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, 290.

³²⁵ *Ibid.*, 872.

³²⁶ Gómez Colomer e Iñaki Esparza Leibar, *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, 25-31.

En cuanto a Ecuador los aforamientos a políticos rozan de forma exclusiva las altas esferas estatales, y, por tanto, su investigación corresponde al vértice de la Fiscalía General del Estado, con la competencia de los Jueces Nacionales nombrados precisamente por el CJ³²⁷. Las cifras indican que los casos de aforamientos de políticos o sujetos de poder caminan a paso lento; en el periodo 2007 al 2019, se recibieron 344 denuncias por casos de corrupción, de los cuales en el año 2018 se procesaron a 78 personas con fuero en la Corte Nacional de Justicia³²⁸.

Un trato diferente tiene los ilícitos seguidos en la justicia común donde no hay aforamientos, es decir, los delitos cometidos por la *delincuencia de subsistencia* compuestos por pobres, toxicómanos y migrantes, encuentran fácil ingreso a prisión gracias a investigaciones y procesos judiciales sumarios, eficientes y rápidos. Este escenario no es casual, sino que está ideado por el poder político, en colusión con poderes oscuros irreductibles a la democracia como el económico y mediático³²⁹.

Italia en su momento fue ejemplo a seguir, pues se enfocaron en perseguir a la delincuencia mayor, para lo cual se desprendieron de los privilegios procesales de los sujetos públicos. Este modelo en el cambio procesal colocó en la mira a la criminalidad gubernamental, pero un ingrediente adicional tuvo que ver, según Perfecto Andrés Ibáñez, con la reacción de una ciudadanía escandalizada ante la evidencia de la extensión de la corrupción dentro de la clase política, que dio lugar a la amplísima respuesta judicial que gira bajo el nombre de *Mani pulite*³³⁰.

En nuestro ámbito de análisis hay una conexión del CGPJ con el nombramiento de altos jueces, encargados de juzgar a políticos privilegiados con aforamientos. Este vínculo político del Consejo, jueces y sujetos públicos evidencia una conexión sistémica de impunidad, normalizada en el campo judicial. El jurista español Perfecto Andrés Ibáñez, con un soporte de datos fruto de su amplia carrera e investigación de los órganos jurisdiccionales de España,

³²⁷ El COFJ, en el art. 192, establece los sujetos públicos que ostentan fuero por delitos de acción penal pública, siendo competente en el proceso la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, organismo jurisdiccional impulsado precisamente por la carrera judicial que promociona al Consejo de la Judicatura ecuatoriano. En la nutrida lista de aforados están el Presidente y Vicepresidente de la República, Asambleístas, Consejeros de Participación Ciudadana y Control Social, Jueces de la Corte Nacional de Justicia, vocales del Consejo de la Judicatura, Defensor del Pueblo, Contralor y Procurador General del Estado, Fiscal General del Estado, Defensor Público General, Ministros de Estado, Secretario de la Administración Pública, Superintendentes, Consejeros de la Consejo Nacional Electoral, jueces del Tribunal Contencioso electoral, jueces provinciales, y los suplentes de estas autoridades.

³²⁸ Fiscalía General del Estado, «Rendición de cuentas, 2018», informe publicado en febrero de 2019, acceso el 19 de octubre de 2020, <https://www.fiscalia.gob.ec/transparencia/2019/rendicion-de-cuentas/rendicion-de-cuentas-2018-Fiscalia-General-del-Estado.pdf>.

³²⁹ Véase el Cap. I. apdo. 2.4.

³³⁰ Perfecto Andrés Ibáñez, «La independencia judicial y los altos tribunales», en *La independencia judicial: un constante asedio*, dirs. Jordi Nieva Fenoll y Eduardo Oteiza (Madrid: Marcial Pons, 2019), 181.

refiere: «con la creciente caída en el juzgado de relevantes actores políticos del partido de gobierno y otros sujetos en su entorno ha reforzado el obvio interés, aquí de esta formación, la mayormente afectada y mayoritaria en el Consejo General del Poder Judicial, por controlar la *política* de nombramientos de este órgano dirigida a enjuiciar procesos por corrupción»³³¹.

El CGPJ y el CJ, no sólo libran a la clase política de investigaciones o procesos judiciales que los compromete. Además, si miramos desde otro ángulo, el manejo de las altas Cortes de justicia también sirve para perseguir a los opositores políticos. Por ejemplo, Ferrajoli observó el juicio al *procés* en el Tribunal Supremo español, al analizar su sentencia refiere que se ha violado «el principio de taxatividad, con una interpretación muy restrictiva del derecho; el derecho a una doble instancia judicial; a un tribunal imparcial, por un sistema de elección de los jueces y las influencias políticas del CGPJ; y el derecho a un juez natural, es decir, que los hechos se deberían haber juzgado en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no en el supremo español»³³².

La composición partidista del Consejo deslegitima la imagen del poder judicial en su conjunto, el cual ha sufrido intentos de reformas. La profesora Rosario Serra comenta que para solucionar los problemas orgánicos del Consejo, una Comisión de expertos encargada de estudiar la posible reforma de la LOPJ, remitió un informe al Ministerio de Justicia donde proponía la selección de los 12 miembros de extracción judicial por los propios jueces, excluyendo así, la fuerte conexión política entre jueces – magistrados, y políticos del Congreso y del Senado. La propuesta fue rechazada, por tanto, el vínculo político todavía sigue vigente; las rigurosas expresiones de Perfecto Andrés Ibáñez, así lo evidencian: «instancia que vive desde hace más de seis lustros en una grave crisis de legitimidad de su órgano de su garantía: gobernada al viejo estilo, es decir políticamente; y esto, además, de la peor de las maneras. Una crisis de legitimidad, que sería ingenuo, incluso estúpido, pensar que ha podido darse sin consecuencias profundamente negativas para el perfil del juez y la práctica jurisdiccional»³³³.

³³¹ *Ibid.* 182. Según registro de Perfecto Andrés Ibáñez, El “magistrado y político” Fernando Rosa Torner, -fue secretario de Justicia en la Generalitat Valenciana de 2003 a 2007, y luego consejero de Justicia y Administraciones Públicas, en el gobierno de Francisco Camps, en 2007 y 2008 - actual presidente de la Audiencia Provincial de Valencia, desde el año 2015, luego de haber ocupado el cargo de vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial, donde intervino en importantes nombramientos de magistrados encargados de tratar relevantes casos de corrupción producidos en el marco de la gestión de esa comunidad autónoma; y que, así, forma ahora parte de un tribunal penal que deberá ocuparse de otros del género en esta comunidad valenciana, que bien podría, -según nuestro autor-, haberse declarado parque temático en la materia. Esta cita fue confirmada en Wikipedia por referencia del autor. Puede verse en https://es.wikipedia.org/wiki/Fernando_de_Rosa_Torner.

³³² Roger Graells Font, «“Fue un juicio horrible”: la dura crítica a la sentencia de Luigi Ferrajoli», *Sin permiso* (2019), <https://www.sinpermiso.info/textos/fue-un-juicio-horrible-la-dura-critica-a-la-sentencia-de-luigi-ferrajoli>

³³³ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 208.

Podemos concluir que los políticos privilegiados con aforamientos tienen conexión en la designación de los jueces de las altas Cortes encargados de procesarlos, esto se logra con el manejo político del CGPJ y del CJ. De esta manera, el vértice jurisdiccional cobija los intereses de los gobernantes de turno, quienes confían que su libertad está protegida de futuros conflictos penales, rompiendo las reglas de la competencia y vulnerando el derecho a la igualdad procesal.

Por ello, una superación de los aforamientos requerirá una seria revisión del cuadro orgánico de nuestras latitudes. Tenemos como ejemplo a Italia, que superó estos privilegios de los políticos por un fuerte cansancio ciudadano que exigió nivelación de la moralidad pública a sus representantes. Bien lo evidencia Luis Díez-Picazo: «creer que la corrupción y el abuso de poder pueden ser dejados sólo en manos de la justicia penal, cualquiera que sea la configuración de ésta, es un grave error para cualquier persona que ame el Estado democrático de derecho»³³⁴.

b. La jurisprudencia como fuente del derecho y la sujeción a la ley de los jueces inferiores

Comentamos que la independencia judicial en el Estado constitucional de derecho radica en la sujeción de todos los poderes a la ley, con el fin de proteger los principales derechos fundamentales como la vida y la libertad. En este sentido, la jurisprudencia de las altas Cortes incardina un problema con la obligación del juez de sujetarse única y exclusivamente a la ley. Veremos en el caso ecuatoriano que la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia es de obligatorio cumplimiento para los jueces de menor jerarquía. La situación se agrava para las aspiraciones de edificar una independencia judicial interna sólida, cuando dicho órgano jurisdiccional también expide resoluciones con rango de ley, es decir, su naturaleza es de orden general y obligatorio. En contraste, en España han existido constantes intentos de atar a los jueces inferiores a la jurisprudencia general del Tribunal Supremo.

La sujeción de todos los jueces a la interpretación y aplicación de la jurisprudencia proveniente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador está regulada en el art. 182 del COFJ, que establece: «las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos para que el Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida [...], esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria».

³³⁴ Díez-Picazo, *La criminalidad de los gobernantes*, 163.

Por lo tanto, el problema surge cuando la jurisprudencia tiene efectos vinculantes de obligatoriedad a los jueces inferiores, según Taruffo, cuando «se dice que el precedente *vincula* la decisión posterior, ya que en este caso se termina admitiendo que el juez está sujeto tanto al precedente como a la ley»³³⁵.

Con la facultad de la Corte Nacional de Justicia de vincular a los jueces de menor rango con la jurisprudencia, entre los años 2009-2019, dictó 25 fallos de triple reiteración con efectos vinculantes en varias materias³³⁶, entre ellas la penal. Como un grave atentado a la independencia judicial interna, la Corte ecuatoriana a través de tres de sus fallos, el 22 de septiembre del 2015, emitió la resolución n.º 12-2015 en la cual decidió crear una regla para acumular las penas por los delitos de drogas, inflando el ingreso y tiempo de personas pobres y consumidores en prisión, dicha jurisprudencia incluso contravino la norma del concurso ideal de infracciones, es decir, que la conducta más grave subsume a otras infracciones de igual naturaleza³³⁷.

La inseguridad jurídica que provoca la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador es preocupante, pues en la resolución n.º. 02-2018, adoptó en sus palabras «una nueva línea jurisprudencial»³³⁸ y decidió dejar sin efecto la resolución n.º. 12-2015. Es decir, el precedente jurisprudencial evidenció la capacidad de maniobra de la Corte ecuatoriana en temas de política criminal³³⁹.

No debemos perder de vista que la jurisprudencia del vértice fue utilizada con un fin político, es decir, la regla creada vía resolución judicial sirvió para que jueces de menor rango acumulen las penas por delitos de drogas y se genere un aumento significativo de la población carcelaria ecuatoriana³⁴⁰. Dicho error, se subsanó con el cambio de “línea jurisprudencial” de la Corte, no obstante, su facultad *erga omnes* que emana de la jurisprudencia no tiene límites, pues, sus resoluciones cambian el sentido y alcance de las normas de manera discrecional, generando inseguridad jurídica a los jueces en la sujeción exclusiva a la ley, pero también a los ciudadanos a conocer de forma previa y clara las prohibiciones normativas.

³³⁵ Michele Taruffo, «Consideraciones generales sobre la independencia judicial», 21.

³³⁶ Se puede consultar la jurisprudencia vinculante de la Corte Nacional de Justicia, en la siguiente dirección electrónica <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/services/205-16-fallos-triple-reiteracion>

³³⁷ COIP, art. 21. Concurso ideal de infracciones «Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave».

³³⁸ Incluso Ajani Akin Cuesta Davu, comenta sobre la «Responsabilidad del Estado por simple cambio de jurisprudencia en el derecho colombiano», *Revista Ratio Juris* 11, N.º 23 (2016): 47-71, ISSN 1794-6638.

³³⁹ Se puede consultar las resoluciones N° 12-2015 y 02-2018, en la siguiente dirección electrónica https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-12%20Derogado%20por%20la%20Resolucion%2002-2019.pdf

³⁴⁰ Véase el Cap. I. apdo. 2.3.

Sin embargo, el panorama puede ser aún más grave, cuando entre las funciones de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador está la facultad de «expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación»³⁴¹. La facultad normativa entregada a la Corte ecuatoriana en cierta manera invade las funciones del poder legislativo, como las de «expedir, codificar, reformar, y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio»³⁴². Tampoco se puede descartar que la poca claridad y precisión en la técnica legislativa, obliga a la Corte ecuatoriana y los jueces de menor jerarquía a subsanar las lagunas y antinomias normativas.

No obstante, aquello no debe nublar la obligación de sujeción del juez a la ley como piedra angular de la separación de poderes en el Estado constitucional de derecho. Entonces, la jurisprudencia generada por la Corte ecuatoriana posee grandes rasgos de inconstitucionalidad, porque faculta a los jueces a crear normas con carácter general, invadiendo funciones del poder legislativo.

Ahora bien, pese a los efectos adversos de la jurisprudencia con la sujeción a ley de los jueces, es importante destacar la sentencia del Caso «González y otros», donde la Corte Nacional de Justicia sentó un precedente al declarar la existencia de la cosa juzgada fraudulenta en procesos de violaciones a los derechos humanos. Como veremos en el Cap. IV, la referida decisión constituye un hito para edificar la causal de revisión de juicios fraudulentos, ya que aplicarla sin un soporte normativo y solo en base a una sentencia, genera múltiples interpretaciones³⁴³.

La jurisprudencia como fuente de derecho en España es diferente. Según el Tribunal Constitucional Español, la independencia del poder judicial, que se predica de todos y cada uno de los Jueces y Magistrados en cuanto ejercen la función jurisdiccional, están sujetos única y exclusivamente al imperio de la ley, lo que significa que no están ligados a órdenes, instrucciones o indicaciones de ningún otro poder público, singularmente del legislativo y del ejecutivo. Incluso los órganos judiciales de grado inferior no están necesariamente vinculados por la doctrina de los Tribunales superiores en grado, ni aun siquiera por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁴⁴.

³⁴¹ COFJ, art. 180.6.

³⁴² Constitución del Ecuador, art. 120. 6.

³⁴³ Véase el Cap. IV, apdo. 3.

³⁴⁴ Tribunal Constitucional de España, sentencia 37/2012, de 19 de marzo. *BOE* núm. 88, de 12 de abril de 2012. A dicho enunciado el TC, realiza una excepción de la doctrina sentada en los recursos de casación en interés de ley en el orden contencioso administrativo.

El principio de independencia judicial en el territorio español permite a los jueces inferiores actuar con independencia de las decisiones de los jueces superiores; pues, todos los jueces de mayor y menor jerarquía, están atados de forma exclusiva a la ley.

Sin embargo, la independencia judicial en España sufre constantes asedios y discordias, toda vez que, hay intentos de atar a los jueces inferiores a la jurisprudencia del vértice jurisdiccional. Dicho intento, se dio con la elaboración de un anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, presentado por el Consejo de Ministros en el 2014, donde su artículo 31.2 determinaba: «la jurisprudencia del Tribunal supremo será vinculante», en consecuencia: «de obligada aplicación para todos los jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional».

Para el buen recaudo de la independencia interna de los jueces, esta propuesta no tuvo mayores avances. Según los comentarios críticos de Perfecto Andrés Ibáñez, habría significado un cambio de paradigma claramente peor, lo cual hubiera causado mayores destrozos en el régimen constitucional y de los principios³⁴⁵.

En ese orden de ideas, tampoco se puede negar la importancia de las altas Cortes en el sistema de impugnaciones, tanto en Ecuador y en España, lugar donde precisamente se coloca el punto final de los conflictos sociales. En tal virtud, los tribunales de casación por la jurisprudencia generada tienen notable influencia en la jurisdicción, pero, bajo una perspectiva de independencia y sujeción a la ley de los jueces inferiores. En este sentido, Perfecto Andrés Ibáñez observa la jurisprudencia como un fenómeno jurídico-institucional: «que no puede perder de vista que es el resultado final de muy plurales aportaciones de actores que deben ser independientes para que puedan operar con sujeción solo a la ley y a criterios de racionalidad cognoscitiva. Por eso, una jurisprudencia que niegue o limite de algún modo la proyección empírica de ese principio central de la jurisdicción haría entrar a esta en inevitable conflicto consigo misma»³⁴⁶.

Ferrajoli, en el mismo sentido, resalta la importancia de los precedentes jurisprudenciales y su capacidad de incidir en la jurisdicción, pero realiza una esencial distinción entre prestigio y autoridad, fuerza persuasiva y fuerza autoritativa: «solamente la autoridad es fuente de derecho [...] en cambio, la fuerza vinculante de los precedentes se funda solo en el prestigio sustancial, y no en alguna autoridad formal como la que compete al poder

³⁴⁵ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 296. Para mayor referencia sobre esta propuesta de reforma puede consultarse a Eduardo Calvo Rojas, «La denominada “doctrina jurisprudencial vinculante” en el anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial», *Jueces para la Democracia* 80 (2014): 24-32, ISSN 1133-0627.

³⁴⁶ Andrés Ibáñez, «La independencia judicial y los altos tribunales», 180.

legislativo». El profesor italiano cierra la idea indicando: «en nuestros sistemas, los precedentes jurisprudenciales tienen el valor de argumentos persuasivos, pero no el valor de leyes. Valen por su sustancia y no por la forma o el órgano que los produce»³⁴⁷.

En consecuencia, no se debe descartar el aporte real de la jurisprudencia de casación, como lo son los elementos persuasivos aplicables en casos concretos, que servirán a otros jueces como argumentos; ya no desde una imposición vertical, sino desde un diálogo horizontal, con una extensa experiencia. Así lo destaca el jurista español: «con frecuencia se olvida o deja de lado el hecho de que esta actividad se cifra en una relación de aplicador-intérprete con el texto que no se da en soledad, sino en el contexto precisamente jurisdiccional [...] esto quiere decir que aquel, normalmente, podrá contar con un marco de referencias generado de forma colectiva en la práctica judicial y, además, que su decisión deberá someterse al régimen de recursos previstos en la ley»³⁴⁸.

De manera que, la jurisprudencia sirve de guía a los órganos judiciales inferiores; adoptar su obligatoriedad significa sacrificar la sujeción irrestricta a la ley, como fuente de legitimación de la independencia judicial interna. Incluso, en el caso de España, los órganos judiciales pueden discrepar y apartarse del razonamiento de los tribunales superiores, y si fuera el caso, formular el suyo propio. Sin embargo, en el caso de Ecuador, si la Corte Nacional de Justicia emite tres sentencias sobre un punto en común y es resuelto por el pleno de dicho organismo, esta jurisprudencia se considera de obligatorio cumplimiento.

En el caso ecuatoriano, la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia condiciona a los jueces a la sujeción exclusiva de la Constitución y la ley, pero también, formula una dependencia del vértice jurisdiccional y de los jueces inferiores al Consejo de la Judicatura. Este último órgano está encargado de su nombramiento y remoción, donde precisamente en la última década se ha visto serias intromisiones a la independencia judicial externa, como la destitución de los altos magistrados en el año 2019, sin las reglas mínimas que rigen el debido proceso³⁴⁹. Entonces, se promueve un control jerárquico, y la consecuencia es clara: las decisiones de los jueces que no se alinean a la jurisprudencia de la Corte puede revisarse por el sistema de recursos, además, como se ha visto, hay un control a todos los jueces por el Consejo de la Judicatura como «órgano de vigilancia y disciplinario de la función judicial».

³⁴⁷ Luigi Ferrajoli, *La democracia a través de los derechos* (Madrid: Trotta, 2014), 130.

³⁴⁸ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 297.

³⁴⁹ Véase el apartado 2.2.3.1, de este capítulo.

Recapitulando, los retos que enfrenta la independencia judicial interna se resumen en el actual peligro de la carrera judicial, que condicionan a los jueces a un órgano de control, sea el CGPJ o el CJ, instituciones dependientes del poder político. A la trama de impunidad se suman la gran cantidad de aforamientos de los sujetos públicos o políticos, que desplazan la investigación y juzgamiento al vértice de la Fiscalía General del Estado y jurisdiccional. Situación que no parece ser aislada o casual, precisamente, observamos cómo el órgano de administración del Poder Judicial controla la justicia con sus facultades de designar y destituir a jueces de cualquier nivel. De igual forma, vimos cómo en la esfera ecuatoriana, la jurisprudencia y las resoluciones con fuerza de ley que emana la Corte Nacional de Justicia condicionan a los jueces inferiores a la sujeción exclusiva de la ley.

Las patologías descritas se presentan por un interés político en el control de la justicia, y en tales condiciones, no se podrían instaurar investigaciones o procesos que coloquen el punto final a las controversias sociales, y más aún, cuando los investigados son sujetos de poder privilegiados con aforamientos, sean de carácter político, económico o mediático³⁵⁰. Sin embargo, visibilizar los problemas actuales que acechan a la independencia judicial interna, nos ayudaran a ser cautelosos cuando se intenten cerrar investigaciones bajo el resguardo del *non bis in idem*, gracias a los estándares normativos de identificación que proponemos.

Un efecto colateral de poner en manifiesto las barreras políticas y jurídicas que rodean a la independencia judicial, es también impulsar un cambio integral en la composición de los órganos de administración: en la carrera judicial, en los aforamientos o privilegios procesales, y en la jurisprudencia que condiciona a los jueces a sujetarse a la ley.

En ese estado, la independencia judicial pasará a formar parte del estándar de imparcialidad judicial, y, en este terreno, se espera que el juez tenga un compromiso interno con la constitución y la ley, pese a los problemas descritos. En un sentido ético y cultural, más que institucional.

A continuación, demos paso al análisis de la imparcialidad judicial, que, junto a la independencia, configura el cuadro externo que entregan valor a la cosa juzgada como tal.

2.2.4 La imparcialidad judicial

En un primer momento, una jurisdicción independiente en el plano externo e interno configura la garantía de imparcialidad judicial. La idea es colocar a un tercero en el litigio;

³⁵⁰ Sobre la colusión de los sujetos de poder y el futuro investigativo veremos en el Cap. IV.

primero, independiente de sí mismo; para luego, convertirse en parte neutral de la controversia, extraño de intereses personales e institucionales. Desde otra perspectiva, se promueve la imparcialidad natural del juez, pero, en realidad, aquella es confirmada con la explicación o motivación del fallo, garantía que en gran medida inhibe la subjetividad del decisor. Al final, notaremos una clara edificación de las garantías orgánicas, positivizadas en principios y normas constitucionales, y pese a los problemas de carácter político, pasan a convertirse en una cuestión cultural intrínseca del juez, más que institucional.

El estándar de imparcialidad judicial aplicado en el Capítulo IV en los crímenes de *ius cogens* sucedidos en Ecuador, no se cumple. En esta esfera, el poder político en el periodo presidencial 1984-1988, sustrajo las garantías orgánicas de la jurisdicción, es decir, la imparcialidad de jueces y fiscales, con la finalidad de colocar los casos «Azúay» y «Arturo Jarrín» en estados de cosa juzgada. La abstracción de las garantías orgánicas se convirtió en un patrón generalizado de los siguientes gobiernos autoritarios; como evidencia empírica recogemos y analizamos los casos «González y otros»; «Ivonne Cazar»; «Damián Peña» y la tortura del centro carcelario de «Turi» del año 2016. La vulneración de dicha garantía orgánica hace predecir una eventual repetición en los crímenes descritos y en la gran variedad de ilícitos exclusivos del poder³⁵¹.

Por ahora, extraigamos las principales características de la imparcialidad judicial, para en lo posterior aplicar a los casos concretos los estándares que identifican investigaciones, procesos y juicios fraudulentos.

2.2.4.1 De la independencia a la imparcialidad judicial

En apartados anteriores analizamos cómo la independencia judicial nace con la separación y sujeción a la ley de los poderes públicos o privados, en garantía de los principales derechos fundamentales.

Cuando la garantía de la independencia judicial está bien configurada, es decir, con sus elementos internos y externos libre de influencias políticas e intervenciones de todo tipo, nace la imparcialidad judicial. De hecho, para Taruffo, en esencia el juez debe ser independiente para poder ser imparcial en el ejercicio de sus poderes, y su independencia es una condición necesaria para que pueda ser imparcial³⁵². La sujeción del juez a la ley es la fuente de las

³⁵¹ Véase el Cap. I, apdo. 3.

³⁵² Taruffo, «Consideraciones generales sobre la independencia judicial», 14.

garantías orgánicas y, según Ferrajoli, es una premisa sustancial de la deducción judicial y a la vez única fuente de legitimación política, expresando así la colocación institucional del juez. Es desde la posición de independencia externa de los sujetos de la causa y del sistema político (extraña a los intereses particulares y generales) que se hace patente en el requisito de la imparcialidad³⁵³.

La configuración de la independencia en sus dos vertientes permite una correcta sujeción del juez a la ley, lo cual intenta inhibir condicionamientos personales, institucionales, del sistema político, y de las partes, que puedan influir en el proceso. Con esto, se trata de llegar a la verdad y garantizar los derechos fundamentales en conflicto. En este sentido, el modelo de juez del profesor Ferrajoli, no debe tener ningún interés, ni general, ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cual es falsa³⁵⁴.

En este proceso de verificación de las premisas verdaderas y falsas, la imparcialidad judicial aparece, según Perfecto Andrés Ibáñez, como un atributo necesario del juez en la vertiente del caso, definido esencialmente por su ajenidad a los intereses de las partes³⁵⁵.

2.2.4.2 Un tercero neutral de intereses personales e institucionales

La necesidad de un tercero imparcial para solucionar las controversias requiere de un juez sin intereses personales e institucionales. Desde el pensamiento ilustrado se observaba la subjetividad del juez con especial preocupación. Como respuesta a esta problemática, Beccaria propuso un juez como un investigador indiferente de la verdad, gestor de un proceso informativo, que consiste en la investigación indiferente de un hecho³⁵⁶.

En el plano personal, para Ferrajoli, el juez no debe tener ningún interés privado o personal en el resultado de la causa³⁵⁷, como bien refiere Ludovico Antonio Muratori: «el juez cuando se le presente alguna causa debe desnudarse enteramente de todo deseo, amor, y odio, temor o esperanza»³⁵⁸.

³⁵³ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 580.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 214.

³⁵⁶ Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*. Ed. por Perfecto Andrés Ibáñez (Madrid: Trotta, 2011), 175-178.

³⁵⁷ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 581.

³⁵⁸ Ludovico Antonio Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza. Trattato di Lodovico Antonio Muratori, bibliotecario del Sereniss* (Venecia: Giambatista Pasquali, 1743), citado por Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 214.

En igual sentido, la investigadora Laura Clérico indica que la faz subjetiva del juez corresponde a la actitud personal con las partes de la causa, debiendo atarse al mástil de la justicia y no sucumbir, ni con carácter previo ni durante la travesía, a los cantos de sirena que provienen de las partes; si sucumbe, se estrella contra la costa de la parcialidad [...]. Esos cantos que inclinan la mirada hacia una de las partes, pueden ser de amistad; enemistad; simpatías o antipatías; razones políticas, religiosas u otras; lucro personal o dádivas ilícitamente ofrecidas y obtenidas³⁵⁹.

Un juez inclinado al interés personal o privado, entra en conflicto con su propia naturaleza, vulnerando la imparcialidad y el principio de igualdad procesal de los otros sujetos procesales. El COFJ, en el art. 9, determina el principio de imparcialidad de los jueces como el respeto de la igualdad ante la ley³⁶⁰. En su defecto, las legislaciones edificaron la herramienta procesal de recusación para separar al juez parcializado del conocimiento de la causa, así lo formula el art. 572 del COIP³⁶¹. Sin embargo, las causales para separar al juez, sirve en ese mismo sentido para el fiscal, del cual se espera que sea un sujeto procesal independiente, objetivo, además libre de intereses personales, institucionales y de las partes.

El juez como sujeto imparcial no debe guardar consensos de mayoría, pues goza de legitimidad democrática en un sentido formal y sustancial que nace de la Constitución y la ley³⁶². Pero esto no significa que el juzgador deba comprometer la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino que ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo imparcial³⁶³.

La naturaleza de la garantía de imparcialidad judicial es alejar al juez de su interés personal, de la relación con algunas de las partes, o del beneficio político o institucional. Es decir, se promueve un juzgador apegado al derecho objetivo y subjetivo; de aquí radica el papel débil de la jurisdicción en su actuación, incluso en contra del ánimo de la mayoría.

En ese orden de ideas, también es imprescindible que el juez no tenga interés en la acusación y, al mismo tiempo, en la resolución. Solo así, con sus funciones limpias de decisión,

³⁵⁹ Laura Clérico, «Hacia el análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad», *Revista Derecho del Estado* 41 (2018): 67-96, <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.03>.

³⁶⁰ El Código Orgánico de la Función Judicial, art. 8, determina, además, que los jueces deberán resolver en base a la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.

³⁶¹ El COIP regula la excusa y recusación del juez y fiscal por causas como: ser cónyuge, pareja o unión de hecho, ser acreedor, deudor, garante, tener juicio con alguna de las partes o incluso haberlo tenido, ser asignatario, empleador, haber fallado en otra instancia y en el mismo proceso, intervenir en el proceso como parte o representante legal, tener amistad íntima o enemistad manifiesta, tener vínculos con las partes, la víctima o sus defensores por intereses económicos, dar consejos o manifestar su opinión. Entre otras, aplicables en la medida de lo posible al fiscal.

³⁶² Véase el apartado 2.2.1. a. de este capítulo.

³⁶³ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 582

puede conservar su carácter cognoscitivo, informativo, a decir de Ferrajoli, si ejerciera las funciones de acusador «se genera un proceso ofensivo, donde el juez se hace enemigo del reo»³⁶⁴.

Entonces, bajo el modelo de juez propuesto en esta tesis, importa que el juez no tenga poderes de formular y resolver al mismo tiempo la acusación, y bajo esta misma premisa, el fiscal, en calidad de acusador público, no debe tener las facultades de juez en el proceso. Con esto, promovemos una separación rígida en el ámbito jurisdiccional de las dos funciones, ceñidos de forma exclusiva a la Constitución y la ley.

2.2.4.3 Una función cognoscitiva: la objetividad en la decisión

La extracción del juez del plano personal e institucional intenta garantizar su imparcialidad en las resoluciones judiciales, buscando así una plena conciencia objetiva en la decisión. El modelo de juez independiente e imparcial radica en la sujeción estricta a la ley, situación que, para Ferrajoli, en la esfera penal «exige un modelo de estricta legalidad, es decir, la predeterminación convencionalista o relativista de las hipótesis de delito idónea para hacerlas verificables y refutables en juicio mediante pruebas y refutaciones»³⁶⁵.

La garantía de imparcialidad judicial busca extraer del juzgador las influencias que incidan en la decisión, es decir, se procura neutralizar la subjetividad o el ánimo interno en la decisión. La idea es colocar al juez en la causa con una actitud equitativa para las partes procesales, lo más objetivo posible; incluso, para Perfecto Andrés Ibáñez, la imparcialidad antes que un dispositivo procesal, es presupuesto epistémico, una garantía de calidad de juicio que tiene por fin dotar a este de tendencial objetividad³⁶⁶. Así también lo observa Taruffo, cuando indica que el cumplimiento de este principio permite la realización de otros, tales como: la correcta aplicación de la ley de procedimiento y las garantías procesales de las partes, y, especialmente, el logro de una decisión basada en el establecimiento de la verdad de los hechos³⁶⁷.

En esta línea, la profesora Cristina García Pascual, cuando analizaba las fuentes de legitimidad de la jurisdicción -formal y sustancial-, indicaba que aquellas «son ajenas al principio de mayoría y exigen la independencia e imparcialidad de los jueces. Por un lado, la

³⁶⁴ *Ibíd.*

³⁶⁵ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 175.

³⁶⁶ Perfecto Andrés Ibáñez, «Ética en la independencia judicial», en *El buen jurista*, coord. por Cristina García Pascual (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 45.

³⁶⁷ Taruffo, «Consideraciones generales sobre la independencia judicial», 14.

sujeción a la ley y el carácter tendencialmente cognoscitivo de la jurisdicción excluye, como cualquier actividad de búsqueda de la verdad, la relevancia de la voluntad o los intereses de las partes»³⁶⁸.

De la doctrina extraída sobre la materia, nuestros autores proponen un modelo de juez objetivo, que desprenda la parte subjetiva a un plano exterior, inhibido por la sujeción rígida a la ley formulada por el legislativo. De esta manera, se coloca al juez en un ámbito neutral, protegido por la independencia y medido por la imparcialidad de sus acciones, donde sus decisiones busquen la verdad sobre el interés personal e institucional. Incluso, dichas resoluciones están aseguradas en contra de la mayoría por la legitimación formal y sustancial de la jurisdicción en la Constitución.

Ahora bien, desde una óptica se podría decir que la garantía de imparcialidad se edifica por las fuertes sospechas de parcialidad del juez³⁶⁹. Y, desde otra vertiente, se podría afirmar que la imparcialidad se presume hasta no demostrar lo contrario³⁷⁰. Para zanjar dicha disyuntiva, debemos recordar que de la correcta configuración de la independencia en sus dos vertientes nace la imparcialidad. Sin embargo, el nacimiento formal o institucional de la independencia, no garantiza una verdadera imparcialidad del juez en el proceso.

Para ello, debemos asumir la concepción garantista del proceso penal, es decir, la imparcialidad del juez se coloca en el plano institucional con la sujeción del juez a la constitución, pero, la prueba de su imparcialidad está en la motivación o explicación del fallo, como un verdadero ejercicio del saber sobre el poder. Pues la motivación es el límite a la libertad del juez y una verdadera garantía contra toda arbitrariedad, así lo establece la Constitución Española, en el art 120.3: «Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública». En igual sentido, la Constitución del Ecuador, art. 76.7 I): «Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en las que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho [...]».

Al juez en la motivación del fallo se le exige un estado de tensión moral consigo mismo, orientado a la neutralización de aquellas pulsaciones o inclinaciones que, dejadas a su propia dinámica, podrían llevar a dar relevancia, incluso, de orden subliminal, a elementos o razones

³⁶⁸ García Pascual, *Legitimidad democrática y poder judicial*, 176.

³⁶⁹ Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal penal* (Buenos Aires: Del Puerto, 1999), 579.

³⁷⁰ Laura Clérico, entrega otra lectura al estándar de imparcialidad judicial. Para la autora, en los casos de discriminación –por identidad de género, orientación sexual, situación de discapacidad, de desplazamiento, etc.-, no se puede partir desde la igualdad como concepción estándar. El problema radical reside en que la garantía está pensada desde supuestos individuales, y no desde una concepción de desigualdad estructural. Para mayor referencia véase Clérico, «*Hacia el análisis integral de estereotipos*».

que no deben entrar en el plano de la decisión, ni condicionarla³⁷¹. Por ello, la decisión es un verdadero ejercicio del saber de aplicación de la premisa fáctica sobre el poder de la arbitrariedad judicial, que constituye, para Ferrajoli: «la clave de bóveda del proceso penal»³⁷².

2.2.4.4 Un factor cultural más que institucional

Observamos cómo la independencia judicial intenta proteger al juez de intervenciones políticas provenientes de poderes públicos y privados. En tanto la imparcialidad busca del juzgador un compromiso exclusivo con la Constitución y la ley, separado de intereses personales e institucionales. Sobre las dos garantías orgánicas de la jurisdicción, hay gran avance desde el pensamiento ilustrado hasta la positivización de normas y principios en las constituciones contemporáneas. Sin embargo, como vimos, el control de la esfera política de la justicia sigue latente; aquello se refleja con el manejo del CGPJ en España, el CJ en Ecuador, la presencia de los aforamientos, la carrera judicial hacia el vértice jurisdiccional, y el control de los jueces superiores a los jueces inferiores por medio de la jurisprudencia.

Se infiere que la edificación de las dos garantías no resuelve por el momento los problemas descritos. Es por esto que se requiere del juez una actitud interna, un compromiso ético con los valores y principios constitucionales, pasando la independencia e imparcialidad, en palabras del profesor Ferrajoli, «a ser un factor cultural más que institucional»³⁷³. En la misma línea, el jurista Perfecto Andrés Ibáñez, indica que la exclusiva sumisión del juez a la ley le obliga a dotarse de una sólida cultura constitucional de legalidad y de una consistente formación técnico-jurídico, incluso antes moral³⁷⁴.

El compromiso ético con los valores constitucionales tiene real incidencia en términos de calidad del proceso y en el trato de los justiciables, que fuera del cuadro de valores que estos representan, no hay otros a los que el juez deba referirse en su actuación.

En este contexto, Perfecto Andrés Ibáñez aporta conceptualmente con tres planos, modalidades e intensidades de deber del juez. El primer plano, de carácter *ético*, íntimo del juez con su responsabilidad, podría imponerse un nivel de exigencia incluso de excelencia en la asunción de los valores constitucionales del propio rol. Añade nuestro autor, que incluso el rango de deber es en esencia de conciencia jurídicamente incoercible. El segundo plano, de

³⁷¹ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 224.

³⁷² Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 45.

³⁷³ *Ibid.*, 589.

³⁷⁴ Andrés Ibáñez, *Tercero en discordia*, 158.

carácter *deontológico*, conformado por preceptos legales con estándares de cumplimiento medio, subsanables ante inobservancias con las herramientas procesales que podrían suscitar un reproche informal externo. Y el último plano, el *disciplinario*, mediante la descripción típica de ilícitos regula en negativo las sanciones por incumplimiento de satisfacción y respeto de los derechos y garantías de los justiciables³⁷⁵.

Las tres intensidades del deber en el plano ético, deontológico y disciplinario, requiere un compromiso interno, personal y cultural del juez con la constitución y la ley. De esta manera, pasa de ser una obligación jurídica al campo moral del fuero interno y de la conciencia del juez. Desde otro ángulo, la responsabilidad moral puede ser vista como un salto de fe, el jurista argentino Federico Morgenstern, incluye además del juez, a otros sujetos del proceso penal: «como muchos de otros elementos de nuestra democracia, la justicia requiere un salto de fe: fe en que el acusado realmente considerado inocente hasta que no pruebe lo contrario más allá de la duda razonable; fe en que el fiscal y la defensa actúan con fervor dentro de los límites de la ley y la ética, fe en que el juez no favorezca a las partes sino que se esfuerce en mantener su equilibrio»³⁷⁶.

Antes de culminar, no debemos descartar que el fiscal, en calidad de acusador público, también debe asumir el compromiso ético con los valores y principios constitucionales. De él depende, en el modelo acusatorio, delimitar los hechos que serán el campo de defensa del acusado y de resolución del juez. Frente a la errónea delimitación fáctica, como veremos más adelante, ocurren las condenas erróneas y también las absoluciones fraudulentas.

Finalmente, la independencia y la imparcialidad judicial se deben mirar bajo el prisma de una construcción de carácter cultural, que desemboca en el ideal constitucional de sujeción irrestricta del juez a la ley. Los acontecimientos históricos de la Revolución Francesa con los *Parlaments*, sembraron la idea de la independencia política frente al monarca; desde ese hecho, se denota una construcción ética en contra de la arbitrariedad. Con mayor esfuerzo teórico después de la Segunda Guerra Mundial, se discutía el papel de la magistratura en los actuales textos constitucionales, de esta forma, se intentó sujetar no sólo al poder judicial al principio de legalidad constitucional, sino también a los otros poderes públicos y privados.

La jurisdicción juega un papel determinante en la resolución de conflictos sociales, aunque no debemos perder de vista que dicho poder está en constantes asedios, discordias y manipulaciones. Por ello, la importancia de cercar el rol de la independencia e imparcialidad

³⁷⁵ Andrés Ibáñez, «Ética en la independencia judicial», 33-34.

³⁷⁶ Morgenstern, *Cosa Juzgada Fraudulenta*, 41.

judicial como estándares del deber ser constitucional, sin embargo, la realidad nos invita a observar bajo el prisma de la sospecha. La construcción de la magistratura ha sido un trabajo espinoso, de ahí el mensaje clarificador de lo que hoy debería ser y no hacer el juez desde el plano ético-jurídico. Como bien lo recoge Morgenstern: «la calidad de justicia que decimos haber alcanzado en esta nación no se mide por lo hecho por nuestros mejores jueces, sino por lo que hicieron nuestros peores jueces»³⁷⁷.

2.3 La cosa juzgada integral y su presunción de fraude: una breve recapitulación

Con las consideraciones expuestas, intentamos configurar la garantía de la cosa juzgada de una forma integral, completa y unificadora. La doctrina, la jurisprudencia y la normativa actual no establecen un cuadro integral de dicha garantía. Como respuesta, presentamos los elementos que posicionan la garantía como tal. Si analizamos desde su plenitud, diremos que procede alegar el *non bis in idem* cuando la garantía cuente con la correcta colocación de sus elementos. Pero no basta con aquello, dicha instauración requiere que sus componentes no estén viciados con acciones y omisiones dolosas de jueces y fiscales.

Con este último escenario, podemos sospechar que la garantía de la cosa juzgada no se cumple, y, por tanto, se puede subsanar bajo el sistema de impugnaciones. No obstante, como veremos en el siguiente capítulo, los remedios adjetivos y constitucionales no son suficientes para revisar las absoluciones con estados de cosa juzgada fraudulenta, pero no pasa lo mismo con las codenas erróneas; el sistema de impugnaciones es suficiente y en cierta medida eficiente para revisar una condena errónea.

Regresando a la configuración completa y correcta de la garantía de la cosa juzgada, como vimos a lo largo de este capítulo, aquella está compuesta por los elementos internos y externos. Los componentes internos son la identificación del sujeto activo, esto es el investigado, sospechoso o acusado sobre quien recae la acusación oficial del Estado. En segundo lugar, el objeto de persecución o bien jurídico protegido que se pretende restablecer en el proceso judicial, como puede ser la vida, la libertad, la integridad personal, etc. Y, por último, la causa o delito de persecución, es decir, debe existir una correlación directa entre el hecho, el delito, la acusación, la defensa ejercida y la sentencia o resolución judicial.

La garantía de la cosa juzgada en el ámbito externo lo componen la independencia e imparcialidad judicial. A lo largo del camino vimos que la independencia en su esencia busca

³⁷⁷ *Ibid.*

proteger al poder judicial de otros poderes externos, ya sean públicos o privados. Desde sus principales postulados nacientes en la Revolución Francesa, hasta su incorporación normativa en las constituciones contemporáneas, buscan sujetar a todos los poderes a la ley, incluido el poder judicial. Dado que en el actual constitucionalismo no se promueve la mera sujeción a la ley promulgada por el legislativo, sino que además dicho vínculo es con la constitución, como fuente de legitimidad formal y sustancial del poder judicial con su papel incluso en contra de la mayoría.

La independencia tiene dos vertientes. La independencia *externa* se garantiza con el nombramiento del juez mediante concurso, siendo un resguardo contra presiones externas. También, se defiende la reserva de la jurisdicción como potestad única de administrar justicia, no susceptible de concesiones a otros poderes, y, menos, de invasiones del legislativo con la promulgación de normas que incidan los conflictos en curso o en los ya resueltos. Desde otro ángulo, también se espera que el poder judicial no invada el terreno del legislativo con la producción de reglas para solucionar las anomias, pues no es función del juez según el modelo propuesto.

La independencia judicial *interna* resguarda al juez en su propio ámbito. En este espacio, detectamos los problemas actuales como la intervención y manejo político de los jueces mediante la carrera judicial dirigida por el CGPJ en España y el CJ en Ecuador. No es casualidad que dicho órgano en el país latinoamericano, sea el encargado de nombrar y destituir a jueces de todos los niveles sin el debido proceso. Pero el manejo del Consejo en las dos esferas se evidencia con la designación de los altos tribunales, encargados precisamente de investigar y juzgar a sujetos políticos privilegiados con aforamientos. Otro inconveniente comentado fue el manejo de los jueces superiores a los inferiores a través de la jurisprudencia, situación que coloca en riesgo la sujeción exclusiva de la ley como característica sobresaliente de la independencia judicial.

En este escenario, el estándar de independencia judicial, pese a los actuales problemas y retos visibilizados, aguarda una salida desde el plano ético del juez con su deber intrínseco, personalísimo con la constitución y la ley. Para ello, edificamos el estándar de imparcialidad judicial que precisamente nace de la correcta colocación de la independencia en sus dos vertientes. Del juez se espera una actitud o un compromiso sólo con la ley y no con intereses personales e institucionales, pues, de dicho despojo externo, nace la función cognoscitiva, es decir, la de aplicar a la controversia la norma previamente edificada por el legislador. También mencionamos que la imparcialidad del juzgador se presume y se confirma con la correcta

motivación del fallo. En este contexto, y pese a los inconvenientes trazados, los estándares de independencia e imparcialidad judicial pasan a ser una cuestión cultural más que institucional.

La configuración completa de la cosa juzgada con sus elementos internos y externos, pero, sin descartar los problemas identificados, nos servirán para detectar investigaciones o juicios fraudulentos. En otras palabras, la infección dolosa en su colocación por parte de jueces y fiscales nos harán presumir de su fraudulencia. Antes de observar la aplicación de los estándares normativos en los crímenes de *ius cogens*, exploremos primero los errores procesales que puede posicionar la cosa juzgada, y las falencias del sistema de impugnaciones ordinario y constitucional para remediarlo.

Capítulo III

Los resultados injustos en la cosa juzgada y las (in) suficiencias del sistema judicial de impugnaciones frente a las absoluciones fraudulentas

1. Los resultados injustos de la cosa juzgada

Los procesos judiciales en estados de cosa juzgada pueden presentar dos resultados finales. Por un lado, que el sistema judicial de forma debida o justa, esto es, respetando el debido proceso, con una correcta colocación de los elementos internos y externos de la cosa juzgada, decida absolver a un inocente o a su vez condenar al responsable. En este supuesto, no se evidencia la participación dolosa de jueces, fiscales y auxiliares de justicia en instaurar investigaciones o procesos judiciales fraudulentos para condenar o para absolver. En este caso, el resultado es justo.

No obstante, si invertimos las premisas, es decir, si jueces y fiscales utilizan dolosamente la edificación del proceso penal, pueden arrojar resultados injustos cubiertos con la garantía de cosa juzgada, como la condena a un inocente o la absolución de un culpable. Este hipotético caso es una realidad palpable en los crímenes *ius cogens* sucedidos en Ecuador, que serán objeto de análisis en el siguiente capítulo.

El culpable material absuelto mediante fraude en la investigación y proceso, frente a nuevas investigaciones que pretendan deshilar los entramados de impunidad, alegará la garantía del *non bis in idem*, a pesar de la fraudulenta colocación de los elementos internos de identidad del sujeto activo, objeto y causa de persecución, así como los elementos externos de independencia e imparcialidad judicial, analizados en el capítulo anterior. Para subsanar este caso en concreto, es decir, las absoluciones fraudulentas, el sistema de impugnaciones ordinario y constitucional es insuficiente, tal como veremos. En cambio, para remediar la condena de un inocente condenado, de cualquier forma (mediante fraude o error judicial), el sistema de impugnaciones en sus dos vertientes se torna eficiente y en gran medida suficiente.

Antes de analizar el comportamiento del sistema de impugnaciones en casos de condenas erróneas o absoluciones fraudulentas, visualicemos primero dónde se originan dichos resultados considerados como injustos. A nuestro criterio, se pueden dar por la forma como está estructurado el proceso y por el método de interpretación probatoria que rige en nuestro sistema continental de «condenar más allá de toda duda razonable».

1.1 Por la estructura del proceso

Para identificar una decisión injusta con estado de cosa juzgada es necesario analizar la estructura del proceso desde su diseño exterior, bajo una óptica de política legislativa. Con este antecedente, el proceso puede desentrañar un resultado injusto como el llamado *falso hallazgo inculpatório* o persona inocente condenada. En este mismo sentido, según lo venimos sosteniendo, las resoluciones que son parte de nuestra principal preocupación son las del *falso hallazgo exculpatório* o absolución fraudulenta. Estas decisiones injustas de condena o de inocencia pueden ser válidas o inválidas, revocables o no.

Para el objeto de nuestro estudio, nos interesa extraer las absoluciones fraudulentas consideradas inválidas y que no son revocables por falencias, propio del sistema de impugnaciones ordinario y constitucional, como lo veremos en el apartado 2 del presente capítulo.

El resultado injusto que llama la atención, producto de la estructura del proceso, es la condena a un inocente material. Es decir, la persona sentenciada en realidad no cometió el delito, sin embargo, fue declarado culpable. Este acontecimiento se puede generar por una errónea interpretación probatoria del estándar de «condenar más allá de toda duda razonable», vigente en nuestras latitudes por acciones dolosas de jueces y de fiscales en el proceso. Sobre la resolución injusta del inocente condenado hay un consenso generalizado, según la *fórmula de Blackstone*: es mejor que diez personas culpables escapen, a que una inocente sufra.

Otro resultado injusto es la absolución de una persona culpable, lo que llamamos: la absolución fraudulenta, fruto de la acción u omisión dolosa de jueces y de fiscales en el proceso con la finalidad de encubrir la verdadera participación del responsable en el ilícito. Con este escenario desfavorable para la verdad de los procesos penales, de las víctimas y de la justicia en su conjunto, se podría dudar de la certeza del diseño del sistema. Para desentrañar el origen de los resultados injustos, acudamos a la disciplina de la epistemología jurídica que busca la verdad de los procesos penales. Uno de sus principales exponentes es el filósofo Larry Laudan, interesado por el conocimiento de los hechos en el derecho, para quien los resultados injustos o errores judiciales se pueden generar por la forma como está estructurado el proceso y por la forma de interpretación probatoria.

La tesis del autor estadounidense gira en torno a la verdad de los procesos penales, a su criterio, para evitar los resultados injustos se debería distribuir los errores judiciales entre las partes. Por ejemplo, mientras más exigente sea un estándar de prueba en el proceso penal, habrá menos inocentes condenados, pero existirán más culpables absueltos. Y a la inversa, si se rebaja

la exigencia probatoria, menos culpables resultarán absueltos, pero más inocentes serán condenados. Resulta que es decisión de cada sociedad establecer el estándar de prueba en un nivel u otro de exigencia en función de la distribución de errores que estime soportable³⁷⁸.

Según Larry Laudan, los resultados injustos de condena o de absolución, de naturaleza fraudulenta o no, en su búsqueda desinteresada por la verdad, se pueden presentar por la estructura del proceso, en definitiva, por decisiones de política legislativa no epistémicos como: «el uso eficiente de recursos, la protección de derechos de los acusados y otros bienes sociales como, por ejemplo, la santidad del matrimonio (no se puede obligar a que los consortes testifiquen uno en contra del otro), o la preservación de buenas relaciones con otras naciones (por eso los funcionarios del servicio diplomático de otros países generalmente no pueden ser condenados, sin importar la contundencia de las pruebas que obren en su contra)»³⁷⁹. A esta gran variedad de políticas legislativas, debemos agregar la condición de los aforamientos, situación que observamos en el Cap. II, apdo. 2.2.3.2. a) como un reto y a la vez problema de la independencia judicial interna.

El autor identifica ciertas barreras o decisiones de política legislativa que inciden en el resultado final de inocencia o de culpabilidad, a la que se suma el estándar de interpretación probatoria de «condenar más allá de toda duda razonable» acogido en nuestras latitudes, que precisamente veremos en el siguiente apartado. Mientras tanto, Laudan sugiere desprendernos de dichas barreras jurídicas, por lo cual, nos invita a hablar menos de derechos, derecho, tradiciones, doctrinas jurídicas y de derecho constitucional.

La idea propuesta resulta llamativa, al desprenderse de ciertos derechos de protección del acusado se afectaría la edificación y función de las garantías en el proceso penal; esto es, la sujeción de vínculos y límites, al juez y al fiscal, en la exploración de la verdad procesal. La tesis de Laudan, desde otro ángulo de observación, resulta antagónica con la edificación del proceso penal garantista promovido desde la ilustración hasta los aportes contemporáneos. Por ejemplo, Luigi Ferrajoli es claro al establecer: «si la verdad se entiende en un sentido objetivo corresponde a una utopía que es tan importante perseguir, como ilusorio y peligroso creer posible alcanzar»³⁸⁰.

Por lo pronto, al proceso penal garantista le interesa la verdad de la hipótesis acusatoria, es decir, la delimitada por el órgano acusador. En cambio, la idea de Laudan, que podría

³⁷⁸ Jordi Ferrer Beltrán, prefacio a *Verdad, error y proceso penal, Un ensayo sobre epistemología jurídica*, de Larry Laudan (Madrid: Marcial Pons, 2013), 19.

³⁷⁹ Larry Laudan, *Verdad, error y proceso penal, Un ensayo sobre epistemología jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 22.

³⁸⁰ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 92.

denominarse objetiva, promueve una verdad material sobre la formal, sin observar la edificación y límites del proceso penal garantista³⁸¹. A criterio del autor estadounidense, las garantías son barreras de política legislativa no epistémicas, pues no buscan la verdad de los procesos penales; al contrario, desde su diseño exterior, generan resultados injustos de inocencia y de culpabilidad. Su propuesta se debe a que aprecia el fenómeno jurídico desde afuera, no como un abogado que opera desde adentro, y, en su búsqueda desinteresada de la verdad, observa las falencias del proceso penal garantista. Las resoluciones de especial preocupación son las absolutorias a favor del culpable material, pues el sistema de impugnaciones las considera como no revocables por la vía ordinaria y constitucional, como veremos.

Por ello, resulta vital conocer, explicar y extraer dichos resultados injustos de absolución o de condena en un sentido fraudulento. Como hemos dicho, promovemos incluir dentro del sistema de impugnaciones ordinario la causal de revisión de las absoluciones fraudulentas, a ser identificado mediante los estándares normativos desarrollados en el Cap. II, apdo. 2. En este sentido, las resoluciones injustas, a criterio de Laudan, que contienen errores en la decisión final, a las que consideramos fraudulentas, son: 1) *falso hallazgo inculpatório* y *falso hallazgo exculpatório*; 2) resolución de culpabilidad válida e inválida; 3) decisiones que son revocables e irrevocables³⁸².

Analicemos cada una de las decisiones injustas y sus consecuencias, mirando con especial atención las resoluciones de absolución y de condena en un sentido fraudulento que por su naturaleza son inválidas y el sistema las posiciona como no revocables, especialmente a las absoluciones fraudulentas. De esta forma, intentamos aproximarnos a la verdad de las resoluciones judiciales desde el plano objetivo y acusatorio. Luego, analizaremos el estándar de interpretación probatoria de «condenar más allá de la duda razonable», que en gran medida permite posicionar resoluciones fraudulentas mediante la dolosa o mala interpretación de dicho estándar.

³⁸¹ Véase el apartado 1.2.2 de este capítulo.

³⁸² Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 33–40.

1.1.1 El falso hallazgo inculpatario y exculpatario: la condena al inocente y la absolución al culpable

Según la estructura del sistema procesal, es un acierto la condena a un culpable material, y, por otra parte, también cumple los anhelos de justicia la absolución de cargos al inocente material. Pero, en esta misma línea, si invertimos las premisas, es una falencia del sistema la condena a un inocente al que llamamos *falso hallazgo inculpatario* y, en el mismo sentido, también es una falla del sistema la absolución del culpable material denominado *falso hallazgo exculpatario*.

En la defensa de los procesos penales la presunción de inocencia se alega con frecuencia para trasladar la carga probatoria al órgano persecutor penal; pero, dicha garantía formal no garantiza un resultado material. Basta como ejemplo un caso en China que perdió legitimidad cuando la mujer que supuestamente había sido asesinada y descuartizada en la década de los 80, reapareció. Desafortunadamente el presunto autor, Teng Xingshan, ya había sido juzgado, condenado y ejecutado³⁸³. Como vemos, en los procesos penales se pueden seguir las reglas del debido proceso para condenar o absolver, pero aquello no garantiza un resultado justo. El caso comentado de Teng precisamente sería lo que se conoce como un *falso hallazgo inculpatario* o la condena a un inocente.

En la práctica, la administración de justicia pierde energías discutiendo si el fallo se apega al debido proceso o no; situación que es importante, sin embargo, la discusión debe ir más allá, es decir, si la denominada verdad procesal se apega o no a la verdad material. El filósofo estadounidense hace hincapié en las absoluciones fraudulentas y se interroga: «¿Qué hemos de decir de la persona culpable que ha sido arrestada, que se le han imputado cargos relativos a algún delito que sí cometió y que, pese a ello, la acusación decidió retirar los cargos o el juez desestimarlos? Estos casos son instancias de error con la misma certeza con lo que es una absolución falsa»³⁸⁴.

Como vemos, el sistema es capaz de emanar una absolución falsa con la participación de jueces y fiscales³⁸⁵, pero, la estructura o edificación del proceso no brinda el remedio procesal para subsanar dicha resolución fraudulenta en el último escalón de impugnación; ya sea, en la vía ordinaria a través del recurso de revisión, o en la esfera constitucional con la

³⁸³ «Fue asesinado por asesinato y la mujer apareció viva», *INFOBAE*, 16 de junio de 2005, acceso el 27 de mayo de 2019, <https://www.infobae.com/2005/06/16/190512-fue-ejecutado-asesinato-y-la-mujer-aparecio-viva/>.

³⁸⁴ Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 35.

³⁸⁵ Véase el Cap. IV, apdo. 2.

acción extraordinaria de protección. No obstante, no sucede lo mismo con la condena falsa a un inocente, pues el sistema de impugnaciones en las dos vías es suficiente para revisar dicha resolución.

El epistemólogo Laudan plantea una serie de afirmaciones que son reales en el ejercicio práctico, por ejemplo: «si una persona inocente -que enfrenta pruebas poderosas en su contra decide aceptar un trato con la acusación - declarándose, por tanto, culpable- ello constituye un error en el sistema, al igual que lo que es una condena falsa, aun cuando el caso respectivo no sea escuchado en el marco de un juicio y un jurado no haya pronunciado el veredicto que corresponde»³⁸⁶.

En nuestra opinión, y como trataremos de demostrar más adelante, ningún político o sujeto de poder privilegiado con aforamientos decidirá realizar un trato con la acusación por su participación en los crímenes y, del mismo modo, es improbable que entregue información para aclarar los ilícitos que se le imputan. La principal razón de lo descrito se debe al manejo político de la justicia a través de los órganos de administración del poder judicial, que tanto en Ecuador y en España, conectan con las altas esferas de decisión del vértice jurisdiccional y de la Fiscalía³⁸⁷.

La otra cara de la moneda, es decir, la suerte que corre la *delincuencia de subsistencia* es distinta, sin que dicha patología sea casual, sino ideada y materializada precisamente desde el poder³⁸⁸. Esta clase social, por su condición de vulnerabilidad, con frecuencia decide acordar penas sin proporción con la acusación en el llamado «juicio especial abreviado»³⁸⁹, donde existe una negociación abierta entre el fiscal y el acusado en delitos que no superen los diez años de privación de libertad. La llamada “negociación” entrega una suerte de “beneficio” en la rebaja de la pena que no podrá ser menor a un tercio. Por ejemplo, si una persona comete un delito de robo simple -con fuerza en las cosas y sin violencia en las personas- tendría una pena de sesenta meses, en estos casos, el sistema permite negociar la pena hasta veinte meses de privación de libertad³⁹⁰.

Este proceso especial se dirige a la criminalidad más vulnerable como son los toxicómanos, migrantes, desempleados, etc., donde las políticas sociales son escasas, siendo común por lo tanto el *falso hallazgo inculpatório* o personas inocentes en prisión. La población desprotegida en los procesos penales prefiere alcanzar un trato con el fiscal para cumplir el

³⁸⁶ Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 35.

³⁸⁷ Véase el Cap. II, apdo. 2.2.3.2.

³⁸⁸ Véase el Cap. I, apdo. 2.

³⁸⁹ COIP, art. 635.

³⁹⁰ COIP., art. 636.

tercio de la pena que la completa, aunque sean inocentes³⁹¹. Desde la perspectiva del proceso penal garantista, dicho consenso de penas negociadas es inaceptable y peligroso para las garantías del debido proceso. En su momento advertía Ferrajoli sobre las corrientes «consensualistas y discursivas», que nacían en contextos de disciplinas muy diferentes, como la filosofía de las ciencias naturales (Kuhn) o la filosofía moral o política (Habermas); dichas posturas querrían adoptarse al proceso penal con el fin de justificar las aberrantes negociaciones sobre la pena³⁹².

Como se ha relatado, para el caso ecuatoriano dicha advertencia la consideramos una realidad y, sobre todo, se ha convertido en una especie de hallar culpables a inocentes, que en juicio ordinario y con las garantías del debido proceso serían declarados inocentes.

Desde otro ángulo, y si miramos desde el diseño exterior del proceso, es decir, desde la política legislativa, en el supuesto de penas “negociadas” no ingresa la verdadera criminalidad del poder, sobre quienes recaen sendas responsabilidades en los delitos de narcotráfico a gran escala, los propios de corrupción, los de delincuencia económica y los crímenes de *ius cogens*. Conductas en las cuales el Estado tiene una reacción ineficiente en la investigación y juzgamiento, y no es precisamente por falencias del sistema, sino por el diseño del proceso que permite a los sujetos de poder vestirse de aforamientos.

Con dicho privilegio procesal la investigación se ubica en el vértice jurisdiccional, siendo juzgados por los tribunales supremos, previa acusación de la máxima autoridad de la Fiscalía General del Estado. Dichos órganos de la función judicial, que en teoría son autónomos e independientes, en la práctica son manejados desde la opacidad por los Consejos de administración, quienes tienen una dependencia política, como vimos en su momento en el Cap. II apdo. 2.2.3.

Este es, precisamente, el punto neurálgico de las absoluciones fraudulentas, que desde el diseño exterior identificamos como cuestiones ideadas desde el poder. En este contexto, la calidad de dichas resoluciones son inválidas por no buscar la verdad material ni procesal, las cuales, en algunos casos, son posibles de revocar o revisar por medio del sistema de impugnaciones ordinario y constitucional. Sin embargo, el último escalón de la justicia no rinde las garantías suficientes de independencia e imparcialidad judicial, sumado a la barrera del recurso de revisión que no permite estudiar una absolución fraudulenta; mientras tanto, la

³⁹¹ Desde otra vertiente se discute la constitucionalidad del procedimiento especial abreviado regulado en el COIP en los artículos 635 y 636. Según varios aportes académicos, dicho proceso vulnera la presunción de inocencia y el debido proceso, pues el tiempo de diez días para preparar la defensa son insuficientes. En este sentido, véase Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos*, 23.

³⁹² Ferrajoli, *Derechos y garantías La ley del más débil*, 27.

acción extraordinaria de protección se torna ineficiente por causales interpretativas y normativas que analizaremos.

1.1.2 La resolución de culpabilidad válida e inválida

Con lo visto hasta ahora, podemos extraer dos resultados injustos de las resoluciones. El primero, es la presencia del *falso hallazgo inculpatório*, esto es, cuando se condena a una persona inocente. Y el segundo es el llamado *falso hallazgo exculpatório*, es decir, la absolución fraudulenta al culpable material. Dichas resoluciones pueden ser válidas o inválidas. Para desentrañar su naturaleza es necesario analizarlas desde el estándar de valoración probatoria de condenar «más allá de toda duda razonable» que rige en nuestras latitudes.

En este sentido, las resoluciones son válidas cuando producto de la correcta valoración probatoria se concluye que el acusado es culpable de participar en el delito o inocente del mismo. Siendo así, las resoluciones válidas pueden ser de inocencia y de culpabilidad. En cambio, las resoluciones inválidas, son aquellas donde se aportan pruebas para condenar a un culpable material y el sistema lo absuelve por la intervención dolosa de jueces y de fiscales en el proceso, es decir, la resolución de inocencia es fraudulenta. Esto significaría que también hay decisiones inválidas cuando se lleva a juicio a un inocente material y se le condena.

Con lo dicho, la resolución válida e inválida se atribuye al sujeto que juzga, según Laudan, puede ser un jurado en el sistema *common law*, o jueces pluripersonales en el sistema continental. Cuando el filósofo estadounidense estudia las resoluciones inválidas establece dos causas reales atribuidas al juzgador: a) el juzgador de los hechos puede otorgar a alguno de los elementos de juicio mayor o menor peso del que genuinamente les correspondería; o b) puede malinterpretar el grado o severidad del estándar de prueba aplicable, el veredicto o resolución es inferencialmente deficiente³⁹³.

En la primera causa, el autor refiere aspectos del fuero interno del juzgador, entregar mayor o menor peso a los elementos de juicio va a depender de la naturaleza, casuística y objetividad del mismo. En el segundo caso, interpretar o dar sentido a cada elemento probatorio se encuentra condicionado por los nexos de causalidad entre la materialidad de la infracción y la responsabilidad atribuida. En este sentido, para que el juez se convenza de la existencia de los nexos de causalidad, la acusación debe persuadir que el acusado es responsable «más allá

³⁹³ Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 35.

de toda duda razonable»³⁹⁴. La duda favorece al reo, por tanto, el juez dictará una resolución de absolución de los cargos atribuidos; este caso sería un veredicto válido.

Dicho esto, la resolución válida e inválida tiene conexión con el estándar de valoración probatoria «de condenar más allá de toda duda razonable». En este caso, el hecho fáctico presentado por el fiscal y valorado por el juez, por la aplicación del estándar que rige en nuestras latitudes, puede desencadenar en resultados o decisiones verdaderas, pero también falsas. En otras palabras, en el primer caso, el hecho introducido con los medios de prueba puede presentar un resultado verdadero, es decir, que la persona responsable es condenada o que el inocente es absuelto. Esta sería una resolución válida y verdadera.

En el segundo caso sucede lo contrario, esto es, que la prueba presentada para el culpable material al pasar el estándar de valoración probatoria concluya con su inocencia, siendo el caso de una resolución válida pero falsa. Es una resolución válida por que la prueba fue valorada en el estándar de «condenar más allá de toda duda razonable». Sin embargo, la resolución es falsa por no asemejarse a la realidad. Lo deseable sería que al pasar el filtro de valoración probatoria el resultado sea válida y verdadera.

Par el filósofo Ludan, por ejemplo, la resolución válida con un resultado falso sería: «aquel que concluye la culpabilidad probatoria de “Jones”, incluso cuando es verdad que “Jones” es inocente material. Siguiendo la misma lógica, un veredicto de no culpabilidad (una absolución) puede ser válido, aunque en el caso de “Jones” sea culpable material»³⁹⁵. Para el profesor estadounidense, la causa de error en la resolución de condena o absolución se atribuye al estándar de libre valoración probatoria, que, a su criterio, es subjetivo o personalismo del juzgador; esta sería una fuente de error de las resoluciones inválidas y falsas. Su postulado nos sirve desde otro ángulo para justificar que las absoluciones fraudulentas, por su naturaleza, son decisiones falsas, pues se aspira un resultado verdadero luego del análisis probatorio, esto se generaría en el corazón del proceso, es decir, por una dolosa o mal interpretación del estándar de «libre valoración probatoria»³⁹⁶.

Por ejemplo, en el caso que analizaremos «González y otros», la justicia ecuatoriana en un primer momento determinó una resolución de inocencia para los perpetradores del asesinato de las víctimas al interior de la farmacia Fybeca. No obstante, luego de varias décadas de

³⁹⁴ COIP, art. 5.3.

³⁹⁵ Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 37. La validez no es consecuencia de la resolución, pero sí del método de interpretación que pudiera terminar con un resultado injusto, como un culpable absuelto, o un inocente condenado.

³⁹⁶ Véase el apdo. 1.2.1 de este capítulo.

impunidad, la Corte Nacional de Justicia dijo que dicho proceso fue fraudulento y, por tanto, la absolución también lo fue, es decir, la valoración probatoria benefició a los perpetradores³⁹⁷.

El escenario descrito sirve para observar que desde el diseño exterior el proceso presenta resoluciones que son válidas e inválidas, de inocencia y de culpabilidad. La doctrina con la finalidad de disminuir o minimizar dichos errores, ofrece una valoración probatoria objetiva o rígida de valoración, que nace precisamente de la crítica al estándar de «condenar más allá de toda duda razonable» acogida en nuestras latitudes.

Lo deseable es que las resoluciones válidas sean verdaderas y las inválidas sean falsas. Pero, el problema radica en que las resoluciones falsas o fraudulentas, especialmente las de inocencia, no permiten ser remediadas por el sistema de impugnaciones ordinario y constitucional. No sucede lo mismo con la condena a un inocente, donde dicho sistema en las dos vías es suficiente, como estudiaremos. Con este escenario tendríamos resoluciones que son revocables y no revocables. Lo que nos llama la atención es que se torna irrevocable la resolución de inocencia o del *falso hallazgo exculpatorio*, que al final se posiciona con estado de cosa juzgada fraudulenta.

1.1.3 Las decisiones revocables e irrevocables

Acabamos de ver que las resoluciones condenatorias o absolutorias pueden ser válidas e inválidas, con resultados verdaderos y falsos. Estas resoluciones por su naturaleza pueden ser revocables o irrevocables. Las primeras no aguardan problema alguno, puesto que cada sistema establece su estructura, procedimiento y formas para derribar las condenas erróneas. Particularmente el sistema de impugnaciones ecuatoriano regula los mecanismos ordinarios y constitucionales, que en cierta medida cumplen con su función de liberar a la persona inocente condenada. La Constitución del país latinoamericano garantiza el derecho a «recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos»³⁹⁸. Así también lo establece la CADH, donde promueve que los Estados regulen los mecanismos jurídicos internos para revisar las condenas consideradas injustas³⁹⁹.

Para efectos de la hipótesis planteada nos interesan las decisiones consideradas como irrevocables, por su naturaleza propia de inamovibles, que colocan en debate la legitimidad del

³⁹⁷ Véase el Cap. IV, apdo. 3.

³⁹⁸ Constitución del Ecuador, art 77. 7. m)

³⁹⁹ CADH, art, 8. 2 h). «Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas».

poder judicial cuando surgen resoluciones con el *falso hallazgo exculpatório*, es decir, la intención inequívoca de absolver al culpable material y colocar los procesos con estado de cosa juzgada fraudulenta. Para Larry Laudan, las decisiones irrevocables constituyen una fuente de error más problemáticas que las revocables, por la obvia razón de que no hay un mecanismo para su detección y corrección; al contrario de lo que sucede con las decisiones revocables, que, en caso de ser erróneas pueden ser descubiertas y rectificadas⁴⁰⁰.

Conviene subrayar que el sistema judicial no está libre de cometer errores en la resolución de absolución o de condena; el problema radica cuando las decisiones son fruto de manipulaciones judiciales en un sentido doloso, para condenar a un inocente o absolver a un culpable. Tanto los errores y fraudes procesales necesitan ser subsanados por los remedios ordinarios y constitucionales, de esta manera, el poder judicial adquiere legitimación cuando sus resultados son justos o los esperados. Además, la sociedad y los intervinientes en el conflicto ratificarán la confianza en el sistema de justicia, y se inhibirá la venganza privada proveniente de resoluciones judiciales injustas, intentando frenar la arbitrariedad judicial que pesa sobre la materia⁴⁰¹.

El problema está cuando los resultados injustos, en este caso la absolución fraudulenta, adquieren la naturaleza de irrevocables, no susceptibles a ser revisados por el sistema de impugnaciones en la vía ordinaria y constitucional. Sin embargo, cuando la decisión no tiene la calidad de cosa juzgada definitiva, los recursos de apelación, nulidad y casación cumplen su función. Esto es factible cuando las garantías orgánicas de independencia e imparcialidad judicial no están infectadas. Al contrario, en un escenario de impunidad del poder, como analizaremos en el capítulo final, tanto jueces y fiscales encargados de velar por el debido proceso, posicionaron deliberadamente los procesos en estado de cosa juzgada.

⁴⁰⁰ Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 40.

⁴⁰¹ Por ejemplo, Víctor Ibarra B. «La condena de la venganza privada tras la justicia punitiva. Contraste y continuidad entre *La Orestíada* de Esquilo y el derecho hegeliano», *Ideas y Valores* 65 (162) (2016): 293, <https://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v65n162.46041>. El autor plantea que «la justicia punitiva y el aparato del derecho no erradican, sino que expropián para sí el ejercicio de la venganza de la justicia retributiva, que en lo sucesivo responderá a los dictámenes del tribunal». Según la idea del autor, hay un traspaso de poder de origen privado al público. Es decir, ahora impera una venganza estatal, bajo la concepción retributiva de la justicia por intermedio de la pena, cuando en realidad se debería caminar hacia un fin restaurativo. Un ejemplo sobre este cambio de paradigma restaurativo es la aplicación de la Justicia de transición, donde el dilema de la sanción es necesario, pero no es el único camino por seguir, aquí lo sustancial es la satisfacción de la víctima con las diferentes formas de reparación y que los victimarios asuman su responsabilidad. Actualmente no hay un consenso sobre la sanción en el enfoque restaurativo, aquello dependerá del contexto económico, social y político de cada conflicto. En la esfera colombiana se aplica la Jurisdicción Especial Para la Paz, en cambio en el Ecuador se instauró la Comisión de la Verdad en el año 2008, con la finalidad de alcanzar la tan ansiada reconciliación nacional.

Desde una mirada exterior del proceso, el sistema de impugnaciones consiente el cierre de los procesos en estados de cosa juzgada fraudulenta, donde el respeto a la seguridad jurídica y el prestigio de la administración de justicia son sus principales argumentos para no revisar los procesos en ese estado⁴⁰². No obstante, el punto final de los procesos debe ser realizado de forma debida y justa; si el corazón del proceso está infectado con acciones dolosas de jueces y de fiscales, no se debería aceptar el resultado injusto, esto es una absolución fraudulenta. Basta que la decisión pase por el estándar de libre valoración probatoria de «condenar más allá de la duda razonable» para adquirir la apariencia de ser válida y, por tanto, no revocable.

En ese orden de ideas, el sistema procesal promueve revisar las resoluciones con valor de cosa juzgada cuando se ha condenado a un inocente, pero en cambio, no ocurre lo mismo si la resolución es absoluta, incluso cuando se descubra que aquella es producto de una manipulación del proceso. Situación que lo veremos a detalle en el apartado 2 de este capítulo, cuando analicemos los recursos que ofrece el sistema de impugnaciones ordinario y constitucional.

Mientras tanto, veamos otra fuente de los resultados injustos: el estándar de libre valoración probatoria de «condenar más allá de la duda razonable». El problema neurálgico radica cuando dicho estándar, al ser de libre valoración, es interpretado en un sentido doloso o fraudulento, tanto para condenar a inocentes como para absolver a los presuntos responsables.

1.2 Por el estándar de valoración de prueba

El proceso penal como sabemos tiene varios fines, por ahora nos interesa intentar llegar a la verdad. Para ello, es necesario reconstruir los hechos e insertarlos en el proceso judicial. La prueba bien actuada confirma el suceso materia del litigio, pero antes pasa por una serie de filtros hasta llegar al conocimiento del juzgador, quien entrega cierto valor a cada elemento probatorio. Con este análisis de carácter intelectual se decide la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, pero justamente en esta operación cognitiva se puede acertar o posicionar resultados injustos en el fallo, como la presencia de inocentes que son condenados y de culpables absueltos.

Precisamente, el estándar utilizado para absolver o condenar en los sistemas continentales es el llamado de libre valoración probatoria de «condenar más allá de toda duda razonable». Si realizamos una mirada exterior a la naturaleza de dicho estándar, observaremos

⁴⁰² Véase el apartado 5 de este capítulo

que en cierta medida es subjetivo, pues tanto la absolución y condena dependerá de una valoración intrínseca del juzgador. Pero en este estudio no se descarta la garantía de motivación o explicación del fallo, que en el fondo busca inhibir la arbitrariedad judicial como un verdadero ejercicio del saber sobre el poder.

No obstante, una jurisdicción abstraída de las garantías orgánicas de independencia e imparcialidad judicial, malinterpretará la génesis de dicho estándar o lo utilizará dolosamente, con el fin de condenar a un inocente o absolver a un culpable, como ocurrió en el caso ecuatoriano⁴⁰³.

En este sentido, veamos los principales fundamentos del estándar de libre valoración probatoria, como aquella facultad entregada al juzgador de valorar la prueba en libertad, de acuerdo a su sano juicio y bajo las reglas del debido proceso. La apertura o libertad de este estándar es, a nuestro criterio, una fuente de los resultados injustos de absolución o de condena, permitiendo al interprete en escenarios de impunidad del poder, malinterpretar o valorar dolosamente los elementos de prueba. No obstante, la garantía de motivación o explicación del fallo, sirve de filtro para detectar si la resolución se apega a los recaudos procesales, por tanto, verifica si la condena o absolución está justificada, o si por el contrario es fraudulenta.

Como respuesta a los resultados injustos de condena y de absolución, la doctrina posiciona un estándar de valoración de prueba llamado *objetivo*, que intenta reducir, según sus exponentes, la arbitrariedad y discrecionalidad del «estándar de libre valoración probatoria».

1.2.1 La libre valoración probatoria: la condena más allá de la duda razonable

La legislación ecuatoriana y española acoge el estándar de libre valoración probatoria de condenar más allá de toda duda razonable. La LECrim⁴⁰⁴, en su art. 741, determina que el tribunal sentenciará «apreciando según su conciencia [...]». De la misma forma el COIP, indica que «la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad de la persona procesada, más allá de toda duda razonable»⁴⁰⁵. Es decir, en las dos esferas, la valoración de la prueba debe pasar por un filtro de convencimiento interno del juzgador, si el acusado es inocente o culpable de los hechos atribuidos.

⁴⁰³ Véase el Cap. IV, apdo. 2.

⁴⁰⁴ Ley 41/2015, 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOE núm. 239 de 6 de octubre de 2015, España).

⁴⁰⁵ COIP, art. 5.3.

El estándar de libre valoración probatoria de «condenar más allá de toda duda razonable», está acompañado de la garantía de motivación o explicación del fallo. Para arribar a la certeza de culpabilidad o de inocencia del acusado, el juzgador en calidad de intérprete, debe realizar un análisis de los elementos presentados por la acusación, pero dicha valoración es interna, personalísimo con su fuero interno. Entonces, se podría decir que en este caso el filtro es el convencimiento subjetivo. Por tanto, si de las pruebas presentadas el juzgador tiene una “duda razonable” debe aplicar la garantía *in dubio pro reo*, que se traduce en la absolución de los cargos presentados por la acusación.

La garantía de motivación o explicación del fallo es crucial. Gracias a ella, el juzgador debe exteriorizar cómo cada elemento probatorio determinó la resolución de absolución o de condena. Al final, la declaratoria de culpabilidad requiere un alto grado de convicción judicial⁴⁰⁶.

Repasando un poco su génesis, este estándar se aplicó a finales del siglo XVIII en casos de alta traición en Irlanda en 1798, pero antes fue observado en algunos juicios en Massachusetts⁴⁰⁷. Con anterioridad a esta fecha no existía un estándar de valoración probatoria, al contrario, el acusado debía probar y convencer al jurado de su inocencia, así lo recoge Raúl Carnevali: «en aquella época la máxima no era que un imputado se consideraba inocente mientras no se probará, más allá de toda duda razonable, que había cometido el delito, sino que él, debía estar en condiciones de convencer al jurado por la calidad y características de su refutación a la evidencia del persecutor»⁴⁰⁸.

En lo posterior, los jueces instruían a los jurados para que resuelvan las causas con lo siguiente: «”Si apreciando las evidencias presentadas, mantiene alguna duda razonable [...] él (imputado) tiene derecho a su absolución”, “Si usted tiene alguna duda, usted debe absolverlo”, “Si usted tiene dudas sobre el caso, por supuesto que debe absolver al prisionero”, “Si hay una duda razonable, en ese caso esa duda debe ser decidida a favor del prisionero”, “Si usted ve cualquier duda razonable, usted debe absolverlo”»⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ El COIP, en el art. 603.3, recoge el contenido de la acusación fiscal: 1. La individualización concreta de la persona o personas acusadas y su grado de participación en la infracción; 2. La relación clara y sucinta de los hechos atribuidos; 3. Los elementos en los que se funda la acusación; 4. La expresión de los preceptos legales aplicables al hecho que se acusa.

⁴⁰⁷ María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 154.

⁴⁰⁸ Raúl Carnevali Rodríguez e Ignacio Castillo Val, «El Estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente», *Ius et Praxis* 17, N.º 2 (2011): 81, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200005>.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

El derecho anglosajón fue evolucionando y fortaleciendo las características adversariales con la creciente participación del defensor, la imparcialidad del juez, el desarrollo de las técnicas de litigación y la necesidad de establecer un límite a la persecución penal; generando así el campo fértil para el desarrollo del estándar de la duda razonable⁴¹⁰. En Inglaterra el estándar de condenar «más allá de toda duda razonable» fue reemplazado por un estándar denominado «libre convicción», que, a nuestro criterio, en el fondo resultan ser iguales, pues para llegar al convencimiento o convicción debe pasar el umbral de la duda.

La decisión de los jurados carece de motivación, a diferencia de las resoluciones del derecho continental que obligan al juez a explicar los motivos fundantes de la absolución o de la condena. Esta garantía de carácter justificativa es de doble vía según el resultado del proceso. Por un lado, la contienda finaliza con la aplicación de *in dubio pro reo*, o incluso, el juez no aplicará dicha garantía cuando las pruebas no alcancen a generar duda alguna. En cambio, es el inicio de la condena, si la acusación con los medios de prueba convence al juez de la culpabilidad del acusado «más allá de toda duda razonable».

La Corte Suprema de Colombia en una sentencia por un presunto delito de violación, pasa del viejo paradigma de la probabilidad, la duda, y la certeza -como estados de la mente del juez frente a la verdad- al de epistemología jurídica moderna basado en estándares de prueba verificables y más controlables como la inferencia razonable, la probabilidad de la verdad y el conocimiento más allá de duda razonable. En la práctica es el entendimiento de dos limitaciones: a) el proceso penal como reconstrucción de una verdad probable y no de una certeza, y b) que la presunción de inocencia es un requisito de contenido normativo y no un mero estado psicológico del juez⁴¹¹.

En la misma sentencia, la Corte colombiana indica que «la constitucionalidad y legalidad de toda decisión de fondo no depende, en últimas, de motivar un estado psicológico o subjetivo por parte del juez, sino de la necesidad de exteriorizar unos argumentos susceptibles de contraste o, lo que es lo mismo, que pudiera ser criticado de manera razonable y consciente [...] de ninguna manera expone el proceso psicológico a partir del cual adoptó una determinada consecuencia jurídica»⁴¹².

Lo dicho por la alta Corte colombiana nos introduce a un elemento esencial del estándar de libre valoración probatoria: la garantía de motivación. Mediante la cual, el juzgador

⁴¹⁰ *Ibíd.*, 82.

⁴¹¹ Ramiro Alonso Marín Vásquez, «El estándar de prueba de conocimiento más allá de duda Razonable. Análisis y Evaluación de la sentencia de casación 36.357 (26-10-2011) de la Corte Suprema de Justicia de Colombia», *Revista Derecho Penal y Criminología* 35, n.º 99 (2014): 114, <https://doi.org/10.18601/01210483.v35n99.05>

⁴¹² *Ibíd.*, 121.

exterioriza el valor entregado a cada elemento probatorio presentado por la acusación y defensa. Por lo tanto, gracias al principio de valoración conjunta de la prueba, el intérprete relaciona la prueba con los hechos objeto de la controversia. A través de este ejercicio de carácter intelectual, y no psicológico, asume una verdad probable de la materialidad de la infracción y de la responsabilidad del acusado. Dos nexos de causalidad necesarios que deben cumplirse dentro del proceso penal garantista.

La valoración de la prueba debe reunir los requisitos de credibilidad, científicidad (pruebas periciales), firmeza y corroboración con otras, que, en su conjunto, minimizan la discrecionalidad y el margen de error en la condena o absolución. La resolución final será ratificada o revocada por los remedios adjetivos y constitucionales existentes. Siendo la motivación judicial un eje transversal del estándar de «libre valoración probatoria», que, como vimos en el segundo capítulo, inhibe la arbitrariedad judicial⁴¹³.

En este sentido, Ferrajoli califica el juicio penal como la práctica del «saber-poder», es decir, un proceso de adquisición de conocimiento, cuyo resultado es un ejercicio de poder sobre la persona objeto del proceso penal; dicha fórmula, que es la clave de bóveda del proceso penal garantista, se debe leer bajo el prisma de la presunción de inocencia⁴¹⁴. En esta línea, Perfecto Andrés Ibáñez, anota que existe una regla de oro para la decisión final sobre los hechos: el principio de presunción de inocencia. En virtud, si a la vista del desarrollo del proceso el juez encuentra una situación de incertidumbre, es cuando menos puede permitirse dudar: es la absolución lo que se impone⁴¹⁵.

El profesor español cuestiona la íntima convicción como filtro personalismo para arribar a la condena. A su criterio, el análisis de las pruebas y la adopción de una sentencia deben ser principalmente racionales. Por lo tanto, se impone la motivación de las decisiones judiciales en materia de los hechos acorde con la posición garantista del proceso penal, pues resulta ser un instrumento esencial para hacer que la sentencia sea una decisión racional y justa, y no un puro ejercicio de poder, sino una expresión de saber⁴¹⁶.

El juzgador realiza un ejercicio de valoración sobre los elementos probatorios presentados por la acusación, y determina si en su conjunto clarifican una “duda razonable” para no condenar. En cambio, cuando se ha destruido el estado de inocencia, significa que la

⁴¹³ Véase el Cap. II, apdo. 4.2.4.

⁴¹⁴ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 45.

⁴¹⁵ Perfecto Andrés Ibáñez, «Garantismo y proceso penal» en *Garantismo y Derecho Penal*. Coord. por Juan Oberto Sotomayor Acosta (Bogotá: Editorial Temis, 2006), 150.

⁴¹⁶ *Ibid*, 153.

actividad probatoria es suficiente más allá de toda duda razonable desarrollada en un juicio oral, y con las debidas garantías de defensa del acusado.

El estándar de «condenar más allá de la duda razonable», no es el único filtro identificado para arribar a la condena de la persona responsable. Existen otros filtros previos, que en realidad son garantías procesales, como la motivación o explicación del fallo, y la nutrida lista de los derechos de defensa que le asisten. También se debe añadir las dos garantías orgánicas de la jurisdicción: la independencia e imparcialidad judicial, que, en su conjunto, pretenden inhibir la discrecionalidad o arbitrariedad judicial, como diría el jurista italiano, en un verdadero ejercicio del saber sobre el poder.

De manera que, según el proceso penal garantista, existen espacios fisiológicos de discrecionalidad; según Ferrajoli, uno de ellos es en la valoración de la prueba, donde el juzgador tiene el poder de verificación fáctica, que corresponde a los espacios de la ponderación de los indicios y de los elementos probatorios⁴¹⁷. En este espacio, identificado por el profesor italiano, y, en su momento por el epistemólogo Larry Laudan, llegan a posicionar resultados injustos, como es la condena a un inocente y la absolución de un culpable.

a. La dolosa o mala interpretación del estándar de libre valoración probatoria como fuente de las absoluciones fraudulentas

Ahora bien, es cierto que dicho estándar de libre valoración probatoria puede llegar a posicionar resultados injustos de absolución o de condena, no obstante, debemos realizar una distinción transversal. Por un lado, se puede realizar un ejercicio erróneo en la valoración de la prueba, el juzgador puede fallar al entregar mayor o menor peso del que realmente debía a algún elemento probatorio, pero sin el ánimo de colocar una resolución con el estado de fraudulenta. Siendo así como lo relatamos, los remedios ordinarios y constitucionales serán suficientes para enmendar dicho error.

Por otro lado, se puede malinterpretar dolosamente el estándar de libre valoración probatoria, con conciencia y voluntad para condenar, conociendo que la persona es inocente o absolviendo a un culpable. En el proceso de análisis interno, el intérprete puede entregar una valoración diferente a los elementos probatorios para dar sentido a una absolución fraudulenta.

⁴¹⁷ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 117. Los otros dos espacios de discrecionalidad judicial son: el poder de calificación jurídica, que corresponde a los espacios de la interpretación de la ley, ligados a la semántica del lenguaje legal; el poder equitativo de connotación de los hechos comprobados, que corresponde a los espacios de la comprensión y ponderación de los rasgos particulares e irrepetibles de cada hecho, aun cuando sean todos igualmente subsumibles en la misma figura típica.

Y en una jurisdicción abstraída de las garantías orgánicas, como son la independencia o imparcialidad del juez y del fiscal, será aprovechada para malinterpretar los recaudos procesales a favor de los responsables.

La patología descrita se observa en el caso ecuatoriano y será objeto de nuestro estudio en el capítulo final, cuando apliquemos los supuestos que identifican las investigaciones o juicios fraudulentos. Los estándares edificados en dicho capítulo, intentan visibilizar cómo jueces y fiscales no colocaron de forma correcta los elementos internos y externos de la cosa juzgada. Para ello, requerían posicionar dolosamente los elementos de prueba a su conveniencia para desembocar en una falsa absolución. El escenario relatado se logra gracias al manejo libre de la investigación, del proceso, y, sobre todo, por la libertad en la valoración probatoria, pues en la legislación ecuatoriana basta una sola duda razonable a favor del reo para absolver.

No obstante, según el modelo de juez defendido en este trabajo, los resultados injustos que surgen de la libre valoración probatoria pueden detectarse gracias a la garantía de motivación, que precisamente coadyuva a verificar dichos fraudes del sistema. Si miramos desde otro ángulo, la garantía de motivación sirve para inhibir la arbitrariedad judicial en un ejercicio del saber sobre el poder. Para Perfecto Andrés Ibáñez: «la motivación de la sentencia en materia de hechos tiene que ser la justificación de la de una inducción. Y esta para ser desarrollada con eficacia, requiere de conciencia de la clase de actividad que se realiza y, además, insistiré, tensión autocrítica y honestidad intelectual en el juez»⁴¹⁸.

En ese orden de ideas, no descartamos el uso del estándar de «libre valoración probatoria», al contrario, promovemos su aplicación como piedra angular del proceso penal garantista; sin embargo, es indispensable observar desde el diseño exterior, que las absoluciones fraudulentas se posicionan por la dolosa o mala interpretación de un juez, abstraído de sus garantías de independencia e imparcialidad judicial.

Ahora bien, la doctrina frente a las condenas erróneas o absoluciones fraudulentas, intenta posicionar un estándar denominado *objetivo* o de valoración tasada, que, a su criterio, inhibe la amplia discrecionalidad judicial como fuente de los resultados injustos descritos. Esta concepción parte de la idea de que la interpretación probatoria *subjetiva* no se encamina a conocer la verdad, por ser un estándar de carácter discrecional donde imperan varios filtros o derechos que favorecerían al acusado. Es decir, su naturaleza *subjetiva* beneficia la colocación de las llamadas absoluciones fraudulentas.

⁴¹⁸ Andrés Ibáñez, «Garantismo y proceso penal», 155.

Como respuesta, surge una interpretación probatoria *objetiva*, que busca distribuir los errores entre las partes y no únicamente a favor del acusado⁴¹⁹. Por esto, se proponen estándares desde las diferentes perspectivas, que, en algunos casos, encierran al juzgador en fórmulas que impiden exteriorizar cargas emotivas⁴²⁰. Otros pretenden construir un sistema de interpretación con un alto nivel de contrastación, refutando otras hipótesis plausibles con la inocencia, que engloben certeza y alta probabilidad⁴²¹. Sin embargo, la propuesta *objetiva*, desconoce la esencia del proceso penal garantista como sistema de frenos al poder arbitrario, a las que Ferrajoli las denomina: «fuentes de legitimidad de la función jurisdiccional penal».

El jurista italiano es claro al decir: «todas las garantías del imputado pueden ser interpretadas como garantías, cuando no de la verdad de la motivación de la absolución, seguramente de la verdad de la hipótesis acusatoria, que es la única que interesa como condición de la condena»⁴²². Desde otra vertiente, también se abre un debate interesante, si es que nos adherimos por un momento, como lo hace el profesor Nicolas Guzmán, a la hipótesis de concebir a las garantías como una barrera para alcanzar la verdad acerca de lo ocurrido, es decir, como límites a la verdad procesal que resultan inherentes, al que llama “método jurídico de comprobación”⁴²³.

Se infiere que el proceso penal garantista que rige en nuestras latitudes, si es que tomamos las hipótesis aquí planteadas, no garantizan el conocimiento de la verdad material. Las garantías procesales, como la presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo*, no son garantías de verdad, sino garantías de verdad de la hipótesis acusatoria.

⁴¹⁹ Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 127-129

⁴²⁰ *Ibid.*, En este sentido, Laudan promueve las siguientes fórmulas para arribar a una interpretación probatoria objetiva: a) Si existen pruebas inculpatorias fiables cuya presencia sería muy difícil de explicar si el acusado fuera inocente, sumado a la ausencia de las pruebas exculpatorias que serían muy difíciles de explicar si el acusado fuera culpable, entonces condene; de lo contrario absuelva. b) Si la teoría del caso presentada por la acusación es plausible y usted no puede concebir alguna historia plausible en la que el acusado resulte inocente, entonces condene; de lo contrario absuelva. c) Determine si los hechos establecidos por la acusación descartan cualquier hipótesis razonable en la que pueda pensar que el acusado resultaría ser inocente. Si la teoría de la acusación descarta las hipótesis alternativas referidas, condene. De lo contrario, absuelva. Desde otra vertiente, véase a Marina Gascón Abellán, «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005): 135, <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.10>.

⁴²¹ Michele Taruffo, «Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”», de Larry Laudan», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005): 115-126. <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.09>. Véase también a Mónica María Bustamante Rua, «La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano», *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín* 9 (17) (2010): 77, ISSN: 1692-2530. Y a Jordi Ferrer, *La valoración racional de la prueba* (Barcelona: Marcial Pons, 2007), 16.

⁴²² Luigi Ferrajoli, prólogo a *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, de Nicolás Guzmán (Buenos Aires: Editores del puerto, 2006), 11-18.

⁴²³ Nicolás Guzmán, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica* (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2018).

1.3 Breve recapitulación

Examinaremos brevemente lo visto hasta ahora: primero, planteamos que los resultados injustos de la cosa juzgada son una absolución fraudulenta y una condena errónea. Para detectar el motivo de dichas resoluciones, realizamos una mirada exterior del proceso, concluyendo que las falencias del sistema se presentan por la forma como está estructurado el proceso, puesto que, produce falsos hallazgos inculpatorios y exculpatorios o absoluciones fraudulentas, que pueden ser válidas, inválidas, revocables e irrevocables. Acordamos que nos interesa extraer para nuestro estudio las decisiones inválidas y las no revocables.

Llegados a este punto, continuamos nuestro análisis en otra causa de las decisiones injustas, y vimos que se pueden presentar por el método de interpretación probatoria denominado: «libre valoración probatoria de condenar más allá de la duda razonable»; exploramos sus verdaderos fundamentos, y notamos que la garantía de motivación coadyuva a verificar si en las resoluciones judiciales “el poder está sobre el saber”. Determinamos que las absoluciones fraudulentas son producto de una mala o dolosa interpretación, en los casos concretos de las legislaciones de Ecuador y España. Además, según el modelo de juez que defendemos en nuestro estudio, el estándar de «libre valoración» es acogido para verificar, a través de la garantía de motivación, si nos encontramos frente a la cosa juzgada fraudulenta o no.

Para presentar una mirada completa de esta problemática, mencionamos un estándar alternativo denominado *objetivo* o de valoración tasada, que intenta construir un modelo de juez apegado a fórmulas contradictorias, inhibiendo la subjetividad del juez. También, rescatamos otras propuestas que podrían considerarse como híbridas, las cuales buscan un alto nivel de contrastación, abandono de creencias y un riguroso control intersubjetivo de la decisión.

Una vez extraídas las resoluciones de inocencia y culpabilidad, agregamos que las primeras pueden terminar en la condena de un inocente, y las segundas en la absolución de un culpable material, consideradas estas últimas como inválidas y no revocables. Precisamente el sistema de impugnaciones tal y como está edificado, permite subsanar las dos clases de resoluciones. Como resultado, encontramos que el problema de fondo radica en que el sistema a través de los recursos ordinarios y constitucionales no está preparado para remediar las absoluciones fraudulentas con estados definitivos, en complejas estructuras de criminalidad del poder, según lo vimos en el Capítulo I. En este escenario, tanto jueces como fiscales y otros

actores del poder judicial, están abstraídos de las garantías de independencia e imparcialidad, estado que impide colocar el punto final a los conflictos sociales de forma debida o justa.

2. La (in)suficiencia del sistema de impugnaciones frente a las absoluciones fraudulentas

Los resultados injustos en la cosa juzgada, originados por la estructura del proceso o por la interpretación probatoria, pueden ser subsanados por los remedios procesales de naturaleza ordinaria como: la apelación, nulidad, casación y revisión; en tanto que la vía constitucional tenemos la acción extraordinaria de protección en Ecuador, y el amparo constitucional en España. Los mecanismos de impugnación descritos parecen suficientes para revertir un fallo absolutorio o condenatorio.

Pero, en realidad, dicha edificación del sistema no alcanza frente a complejas estructuras de criminalidad del poder (analizados en el Capítulo I y ampliados en el caso ecuatoriano al final de esta investigación), es decir, es insuficiente frente a la colocación de la llamada cosa juzgada fraudulenta⁴²⁴. El último escalón de los recursos en la justicia ordinaria en Ecuador y en España, no regula la posibilidad de revisar sentencias absolutorias consideradas como fraudulentas, sobre todo cuando es flagrante el ánimo de jueces y fiscales en colocar dicha resolución a favor de los responsables de los grandes crímenes.

En este contexto, analizaremos las vías ordinarias y constitucionales existentes en Ecuador y España, prestaremos especial atención al recurso de revisión en las dos latitudes, donde hay un vacío normativo para subsanar sentencias y autos fraudulentos. En este sentido, veremos los constantes requerimientos del TEDH y más expresamente de la Corte IDH para edificar la causal de revisión de absoluciones fraudulentas. Abordaremos el problema de la justicia constitucional ecuatoriana, que presenta falencias normativas e interpretativas en complejas estructuras de criminalidad del poder, que frenarían la revisión de las resoluciones fraudulentas. Al final, detectamos una tensión que se genera entre la seguridad jurídica y la decisión justa, al permitir de forma exclusiva la revisión de condenas de inocentes y no de absoluciones fraudulentas.

Antes de iniciar, maticemos un poco más lo que se verá a lo largo de este apartado. Nos interesa visibilizar que el proceso de revisión permite al inocente condenado solicitar la revisión de su sentencia por otro tribunal, en base a las causales normadas en la legislación ecuatoriana o española. Pero aquí radica el problema: el sistema no permite revisar las

⁴²⁴ Véase el Cap. IV, apdo. 2.

absoluciones fraudulentas con estados de cosa juzgada definitivo, es decir, cuando un culpable material es declarado inocente. No obstante, no es cualquier absolución la que nos interesa. Como se ha dicho en esta tesis, nos importan aquellas que no han colocado de una forma debida o justa los elementos internos y externos de la cosa juzgada, en complejas estructuras de criminalidad del poder. Por tanto, descartamos someter a revisión las sentencias de los delitos menores o de subsistencia⁴²⁵.

En este sentido, consideramos que existe un vacío normativo en las dos legislaciones, puesto que, los Tribunales Internacionales al controlar las obligaciones objetivas de los Estados, han solicitado revisar o reabrir los procesos desarrollados sin las garantías orgánicas y procesales, que inciden en las condenas y absoluciones. La sentencia del TEDH en el caso «Barberá, Messegué y Jabardo contra España», podría ser, según la doctrina, la que incidió notablemente en la inclusión de la causal para revisar la sentencia del inocente condenado. En este estado, deja un camino pendiente por construir en torno a las decisiones del culpable absuelto.

En la otra orilla, la Corte IDH ha solicitado en varias de sus sentencias a los Estados, eliminar las barreras jurídicas internas, para que las víctimas accedan a la justicia que fue nublada por la impunidad de los grandes crímenes. Frente a este requerimiento, e incluso en casos de revisión de condenas injustas, las jurisdicciones internas, como es el caso de Chile, Argentina y Ecuador, se han pronunciado ambigualmente, pero de forma mayoritaria impera la posición de desconocer la juridicidad de los mandatos internacionales cuando se trata de revisar las sentencias en estados de cosa juzgada definitiva. Como contraste, tomamos el ejemplo de Colombia, que incluyó dentro de su legislación la posibilidad de revisar sentencias con estados de cosa juzgada fraudulenta en casos de crímenes de *ius cogens*, el cual es un avance importante, pero no suficiente, como veremos.

Mientras tanto, en la justicia constitucional ecuatoriana hallamos barreras en la acción extraordinaria de protección que podría revisar los fallos absolutorios, que pueden ser: 1) Por el método de interpretación constitucional literal y teleológico que usa la Corte Constitucional

⁴²⁵ Así descartamos las absoluciones o sentencias de inocencia, que sean obtenidas de forma debida o justa pese a la culpabilidad material o no del acusado. En este contexto, la absolución se puede dar, por ejemplo, cuando exista error en la acusación o del juez al momento de limitar los hechos, en la calificación jurídica del delito a responder, o por la errónea valoración de la prueba. La inocencia también se puede lograr por la habilidad o persuasión de la defensa en un juicio, cuando éste logre convencer de la inocencia de su defendido siendo culpable. Estas circunstancias reales no son objeto de nuestro estudio, pues en dichos supuestos no contienen la real intención de dejar en la impunidad un delito, cualesquiera que este sea. Pero de no ser así, nos interesan las investigaciones o juicios donde existe una actuación dolosa de jueces y de fiscales, que tienen la real intención de colocar los procesos en estados de cosa juzgada fraudulenta en beneficio de los responsables, y en perjuicio de las víctimas y de la sociedad.

del Ecuador en las acciones extraordinarias de protección, se encuentra ante la real prohibición de ampliar el contenido de la revisión de las absoluciones fraudulentas; 2) Una barrera de admisión, es que la Corte como requisito debe observar si la sentencia que emitirá tiene *relevancia y trascendencia nacional*, dejando a discreción del juez la elección de la sentencia de acuerdo con factores externos, y no a la protección de los derechos subjetivos; 3) Hay una obscura regulación normativa. La procedencia de la acción no es clara si cabe contra la sentencia, o sobre el juzgamiento, que son dos pasajes procesales diferentes, como veremos; 4) La última barrera identificada se da por aspectos temporales, es decir, la acción constitucional se torna extemporánea en complejas estructuras de criminalidad del poder, por ejemplo, los crímenes de *ius cogens* sucedidos en Ecuador tardaron varias décadas en desmembrar el sistema de impunidad del poder.

Retornando a la esfera ordinaria, con la posibilidad exclusiva de revisar sentencias condenatorias, y no las absolutorias con contenido fraudulento, se verá afectado el principio de igualdad procesal; pues no tiene igual trato las absoluciones, que principalmente afectan a las víctimas en el acceso a la justicia. En este punto medular, revisaremos los principales aportes doctrinarios, que por cierto se encuentran polarizados. De un lado, indican que dar paso a la revisión de sentencias absolutorias definitivas afectaría la legitimidad del sistema judicial, y, al contrario, otro sector refiere que revisar una sentencia injusta entregaría confianza al sistema. Posición última a la cual nos adherimos.

En esta discusión, identificamos una tensión que se genera entre los principios de la decisión justa y la seguridad jurídica, en torno a la revisión de condenas erróneas y absoluciones fraudulentas. Para revisar una condena errónea o fraudulenta, el sistema se inclina a favor de la justicia sobre la seguridad jurídica, por tanto, prefiere liberar al inocente condenado. En cambio, cuando se trata de revisar una absolución fraudulenta, el sistema entrega mayor valor al principio de seguridad jurídica sobre la justicia, descartando así la revisión por este supuesto.

Sobre la revisión de las absoluciones fraudulentas hay una salida de carácter axiológica, que permite al juzgador, a través del método de ponderación, entregar mayor peso al principio de justicia sobre el de seguridad jurídica y así zanjar dicha controversia. Precisamente, dicha salida se plasmó en el caso «González y otros», el cual también encontró apoyo en el llamado control de convencionalidad de la sentencia⁴²⁶, que sirvió a la Corte Nacional de Justicia para condenar a los responsables de los crímenes que en un principio fueron absueltos.

⁴²⁶ Véase el Cap. IV. apdo. 3.

Al contrario de lo expuesto, nuestra salida a la revisión de absoluciones fraudulentas de la criminalidad del poder es de naturaleza normativa; es decir, promovemos incluir la causal de revisión de sentencias con estados de cosa juzgada fraudulenta al ser detectadas por los estándares normativos, expuestos en el segundo capítulo⁴²⁷ y aplicados como ejemplo en el caso ecuatoriano⁴²⁸.

Prosiguiendo en nuestro análisis, pasaremos a revisar los medios de impugnación existentes, con el objetivo de demostrar la suficiencia del sistema para remediar el error judicial en la condena de una persona inocente, pero, de forma principal, la ineficacia para revisar las absoluciones fraudulentas en la vía ordinaria y constitucional. Al final, veremos las eventuales salidas para resolver la cosa juzgada fraudulenta, una de carácter axiológica y la otra normativa, esta última a la que nos adherimos.

2.1 Un intento de impugnación en los recursos ordinarios: el derecho a recurrir el fallo

Son varias las declaraciones, tratados internacionales y normas constitucionales que recogen de forma unánime el derecho a recurrir del fallo. Si navegamos por la CADH, en su artículo 8, h., denominado «garantías judiciales», regula el derecho a un debido proceso, incluyendo el derecho a «recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior». También en el ámbito europeo, la Convención para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), declara el derecho a un «recurso efectivo ante una instancia nacional»⁴²⁹. De igual forma, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en su artículo 8, reconoce el derecho a «un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes [...]»⁴³⁰. Finalmente, la Constitución del Ecuador, en igual sentido, recoge los enunciados expuestos y garantiza «recurrir al fallo o resolución en todos los procedimientos en los que decida sobre sus derechos»⁴³¹.

Existe consenso al considerar el derecho a recurrir el fallo, como una garantía inherente al debido proceso. Ferrajoli, dice que dicha garantía de carácter procesal es relativa a la formación del juicio, es decir, a la convicción propia del órgano judicial⁴³². La convicción a la

⁴²⁷ Véase el Cap. II. apdo. 2.

⁴²⁸ Véase el Cap. IV. apdo. 2.

⁴²⁹ *Convención para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales*, Roma, 4 de noviembre de 1950, disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

⁴³⁰ *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948. Asamblea General, resolución 217 A (III), disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III)).

⁴³¹ Constitución del Ecuador, art. 8.

⁴³² Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 539-540.

que refiere el profesor italiano, incluye la posibilidad de acudir a otros jueces, igual de independientes e imparciales, para revisar nuevamente la condena o la absolución.

De esta forma, se desarrolla todo un sistema de impugnaciones en la legislación ecuatoriana y española, siendo en las dos esferas, la apelación, la casación, la nulidad, y la revisión. Con la inclusión de los Tribunales o Cortes Constitucionales, se adhirió una nueva forma de controlar las decisiones de los órganos jurisdiccionales que puedan afectar los derechos subjetivos, me refiero a la acción de amparo en España, y a la acción extraordinaria de protección en Ecuador.

Sobre los mecanismos ordinarios y constitucionales, veremos la suficiencia del sistema para corregir las condenas erróneas, pero, principalmente, la ineficiencia del sistema para revisar las absoluciones fraudulentas. Es importante hacer mención que los medios de impugnación ordinarios en un primer plano parecen ser eficientes, pero, como se advirtió desde un principio, en casos de corrupción judicial están abstraídas las garantías orgánicas de independencia e imparcialidad judicial, de jueces y de fiscales, que posicionan las causas en estados de cosa juzgada fraudulenta. Por tanto, no caben los remedios procesales para enmendar la resolución injusta⁴³³.

2.1.1 La apelación: un resultado híbrido para el inocente condenado y para el culpable absuelto

El primer filtro de control de las sentencias en la vía ordinaria es la apelación, conocido como el *recurso vertical de alzada*, cuya tarea es revisar las resoluciones de condena y de absolución. Remontándonos brevemente a sus inicios, Laudan ilustra que cuando se aprobó el *Bill of Rights*, el mecanismo de apelación judicial (tal como lo conocemos ahora) no había sido diseñado, por lo que no había apelaciones, ni de condenas ni de absoluciones. Los errores o resultados injustos que el sistema podría generar, eran corregibles principalmente mediante el otorgamiento de indultos u otros recursos extrajudiciales⁴³⁴.

Con la evolución del derecho continental, se apuesta a recurrir a otros jueces independientes e imparciales con facultades para modificar el fallo de primer nivel, sea para absolver a la persona inocente que ha sido condenada, o para condenar al culpable absuelto. En

⁴³³ Como no caben los remedios procesales para revisar las absoluciones fraudulentas, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en el caso «González y otros», utilizó tácitamente el método de ponderación judicial, apoyado en el llamado Control de Convencionalidad, para declarar la nulidad, y establecer responsabilidades de personas que se absolvieron en el primer juicio. Sobre lo expuesto véase el Cap. IV. apdo. 3 y 3.1.

⁴³⁴ Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 270.

esta fase de impugnación puede recurrir el Fiscal, la víctima, y el condenado⁴³⁵. Las causales de interposición están taxativamente descritas en la LECrim, a diferencia del COIP⁴³⁶, otorga un amplio poder de decisión al tribunal de alzada, que debe resolver en base a la fundamentación del recurso del solicitante, es decir, el recurrente tiene libertad para fundamentar la apelación por las causas que considere⁴³⁷. El tribunal que conozca la impugnación tiene la real prohibición de empeorar la condición del condenado cuando este sea el recurrente, a este principio se le conoce como la *reformatio in peius*⁴³⁸.

Esta institución, en un primer momento, es suficiente para remediar las condenas de una persona inocente condenada, y también para las resoluciones del culpable absuelto. Un requisito o condición indispensable es que los jueces y fiscales que conozcan el recurso de apelación no estén abstraídos de sus garantías orgánicas. Si recogemos las causas de procedencia regladas en la legislación española, nos percataremos de su real eficiencia. Sin embargo, no mencionamos las causas reguladas en el COIP, pues el recurrente libremente puede alegar las razones que considere al momento de apelar el fallo. Por ello, es importante extraer las causas reales normadas en la LECrim en el artículo 846, c):

- a). Que en el procedimiento o en la sentencia se ha incurrido en quebrantamiento de las normas y garantías procesales, que causare indefensión, si se hubiere efectuado la oportuna reclamación de subsanación [...];
- b) Que la sentencia ha incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena, o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil;
- c) Que se hubiese solicitado la disolución del jurado por inexistencia de prueba de cargo, y tal petición se hubiere desestimado indebidamente;
- d) Que se hubiese acordado la disolución del jurado y no procediese hacerlo;
- e) Que se hubiese vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque,

⁴³⁵ El COIP en el art 654, determina que la apelación puede interponer «los sujetos procesales» que, según el mismo cuerpo legal, en el art 439, son «1. La persona procesada. 2. La víctima. 3. La Fiscalía. 4. La Defensa». En igual sentido La LECrim en el art. 846. b) entrega la facultad de apelar al «Ministerio Fiscal, al condenado y las demás partes».

⁴³⁶ El COIP en el art. 653, indica las resoluciones en las que cabe el recurso de apelación: «1. De la resolución que declara la prescripción del ejercicio de la acción o la pena. 2. Del auto de nulidad. 3. Del auto de sobreseimiento, si existió acusación oficial. 4. De las sentencias. 5. De la resolución que condena o niegue la prisión preventiva siempre que esta decisión haya sido dictada en la formulación de cargos o durante la instrucción fiscal».

⁴³⁷ De igual manera el COIP, en el art 654, regula el trámite de los recursos, determinando en el núm. 3, de forma general que el recurrente debe «fundamentar el recurso y exponer sus pretensiones».

⁴³⁸ COIP, art. 4.7 «Prohibición de empeorar la situación del procesado: al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente».

atendida la prueba practicada en el juicio, carece de toda base razonable la condena impuesta.

En las investigaciones y procesos judiciales, pueden surgir diferentes causas de apelación como las descritas. En el caso español, son atribuibles en gran medida: al sujeto que juzga; en el seguimiento al debido proceso; al método de interpretación probatoria; la calificación jurídica y la pena. En el caso ecuatoriano, se alegan también con frecuencia las causas establecidas, pero el COIP entrega libertad a los recurrentes a que formulen las razones que evidencien una condena errónea o una absolución, sea o no fraudulenta.

Si los recursos se plantean dentro de los diez días que formula la LECrim⁴³⁹ y tres según el COIP⁴⁴⁰, pueden parecer suficientes para derribar las resoluciones mencionadas, incluso las absoluciones en sentido fraudulento. Pero el recurso de apelación es insuficiente cuando el acusador no interpone en el plazo establecido, esto sucede cuando se abstraen las garantías de independencia e imparcialidad judicial. Y aun haciéndolo en el tiempo señalado, puede tratarse de una apariencia para sustanciar el recurso, pues en impresionantes tramas de corrupción judicial, como veremos en el caso ecuatoriano, tanto la fiscalía y los tribunales de alzada estaban abstraídos por el poder político de las principales garantías de la jurisdicción, en este escenario, por tanto, no es posible rever el fallo injusto⁴⁴¹.

2.1.2 La nulidad: la verificación del saber sobre el poder

La nulidad es un mecanismo procesal utilizado para retrotraer los actos procesales al estado anterior de la violación de las garantías de formación del juicio, de recolección y valoración de las pruebas, de defensa y convicción del órgano judicial. Precisamente, la clave de bóveda del proceso penal garantista contiene las dimensiones del saber y poder, pues se requiere que las decisiones sean un verdadero ejercicio del conocimiento sobre la arbitrariedad, y no al contrario.

Para alcanzar la verdad y, como única verdad, nos referimos a la contada por la Fiscalía en el marco de un juicio, donde se debe tratar con dignidad a los justiciables, absteniéndose de utilizar las viejas prácticas del modelo inquisitivo; como los malos tratos, torturas,

⁴³⁹ Ibid., 846. b).

⁴⁴⁰ El COIP en el art. 654. 1, establece: «se interpondrá ante la o el juzgador o tribunal dentro de los tres días de notificado el auto o sentencia».

⁴⁴¹ Véase el Cap. IV, apdo. 1.3 y 2.

incomunicaciones, y otros tratos inhumanos y degradantes de la personalidad. Aunque en realidad, dichos métodos forman parte de los actuales modelos autoritarios. Sin embargo, ya en el marco del proceso penal garantista, además de las prohibiciones esbozadas, se deben respetar las garantías procesales: las orgánicas de independencia e imparcialidad judicial; desde el inicio de la investigación, en el juzgamiento y, por último, en la ejecución de la pena. Es decir, no debe existir un espacio de duda y, en especial para el justiciable, que tanto jueces y fiscales no ostenten de las referidas garantías.

A pesar de todo, existe distancia entre los antiguos métodos degradantes de la personalidad utilizados en el proceso y en la pena, en comparación con las actuales formas de vulneración de las garantías orgánicas y procesales. No obstante, hay un punto en común entre las viejas prácticas y las actuales: los datos o resultados obtenidos para posicionar una condena errónea o una absolución fraudulenta, tendrán un similar puerto de llegada, y será la nulidad de lo actuado. Además, debemos rescatar un elemento transversal, que tanto jueces y fiscales de guardianes de derechos y del debido proceso, se convertirán en futuros investigados por vulnerar el debido proceso. En este sentido, Perfecto Andrés Ibáñez, comenta que la prohibición de métodos inhumanos es una exigencia plasmada en todas las cartas internacionales y en las constituciones, implicando una renuncia al uso de ciertos medios. En definitiva, una proscripción que convierte en delincuentes a quienes la ignoran y en nulos a los actos realizados sin tenerla en cuenta⁴⁴².

En el caso ecuatoriano se analizará las actuaciones de jueces, fiscales y otros auxiliares de la justicia que no respetaron la integridad física y psicológica de los investigados, ni las bases fundantes de la jurisdicción como son: la independencia e imparcialidad judicial. De esta forma se beneficiaron de sentencias absolutorias en sentido fraudulento, es decir, no se llegaron a configurar los elementos internos y exigidos por la cosa juzgada de forma debida o justa⁴⁴³.

Con dicho cuadro procesal, el incidente de nulidad recogido en las legislaciones de España y de Ecuador son insuficientes para detectar las llamadas absoluciones fraudulentas. La LECrim, en su artículo 792, 2 y 3, nos dice:

No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia.

⁴⁴² Andrés Ibáñez, «Garantismo y proceso penal», 147.

⁴⁴³ Véase el Cap. II, apdo. 2.3.

Cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de forma esencial del procedimiento, el tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta [...].

Por otra parte, el COIP, en su artículo 652, 10., es específico al establecer que:

Si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque. Habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso.

Para los efectos de este numeral, serán causas que vician el procedimiento:

- a) La falta de competencia de la o el juzgador, cuando no pueda subsanarse con la inhibición.
- b) Cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos en este Código.
- c) Cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa.

En las dos esferas, la nulidad es procedente al momento de resolver alguno de los recursos objeto de análisis. En el caso ecuatoriano puede declararse de oficio o a petición de parte. La causa principal para nuestro interés es el llamado «quebrantamiento de forma esencial en el procedimiento»; dicha cuestión procesal se debe interpretar en armonía con el artículo 850 de la LECrim, que recoge los supuestos para interponer el recurso de casación, situación que, por analogía, también es aplicable para declarar la nulidad por el tribunal de alzada⁴⁴⁴. Entonces, se podría decir que la causa de nulidad por quebrantamiento de forma, es equiparable a la vulneración de las garantías orgánicas y procesales⁴⁴⁵, a las que se incluyen también las causas a), b) y c) que vician el procedimiento, según el COIP.

⁴⁴⁴ Véase el apartado 2.3.1 de este capítulo.

⁴⁴⁵ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 539-540. Identifica las garantías orgánicas a la formación de juicio, a la colocación institucional respecto a los demás poderes del Estado y a los otros sujetos del proceso: independencia, imparcialidad, responsabilidad, separación entre juez y acusación, juez natural, obligatoriedad de la acción penal. Llama garantías procesales a las garantías relativas a la formación del juicio, es decir, recolección de las pruebas, el desarrollo de la defensa y a la convicción del órgano judicial: como la formulación de una acusación exactamente determinada, la carga de la prueba, el principio de contradicción, las formas de los interrogatorios, y demás actos de instrucción, publicidad, oralidad, derechos de la defensa, motivación de los fallos judiciales. Para reforzar lo expuesto véase la STS 596/2016, de la Sala Penal, del 17 de febrero de 2016, que declara la nulidad por «quebrantamiento de forma», es decir, por la vulneración de las garantías orgánicas y procesales relatadas.

En conclusión, para la operatividad de este recurso, al igual que el recurso de apelación, se requiere que jueces y fiscales no estén sustraídas de sus garantías orgánicas de independencia e imparcialidad judicial, como venimos insistiendo. Es decir, sin los resguardos de la jurisdicción y sin la correcta interposición del recurso en los plazos establecidos, posicionan el proceso y concretamente la sentencia en estado de cosa juzgada y, bajo las consideraciones expuestas, sería fraudulenta.

Con este cuadro procesal, al fiscal y a la víctima le quedarán pendiente en la vía ordinaria el recurso de casación para intentar nulificar o revisar la absolución fraudulenta. Pero dicho recurso también tiene una serie de barreras, como pasamos a analizar.

2.1.3 La casación: la última corrección de errores para la acusación

Si el recurso de apelación no surte efecto para los sujetos procesales que buscan derribar una condena errónea o una absolución fraudulenta, indistintamente están facultados para plantear el recurso extraordinario de casación, ante jueces de la Audiencia Nacional en el caso de España y la Corte Nacional de Justicia en Ecuador. En el caso español, la procedencia del recurso tiene regulación en la LECrim, en el art. 847, por los siguientes motivos: «a) por infracción a la ley y por quebrantamiento de forma, y b) por infracción a la ley del motivo previsto en el número 1 del artículo 849 [...]»⁴⁴⁶. En el caso ecuatoriano, el COIP, en el art. 656, determina la procedencia del recurso de casación: «cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente».

Antes de comentar las razones por las cuales se torna insuficiente este recurso para remediar principalmente las absoluciones fraudulentas, esbozemos en primer lugar cuál es su verdadera naturaleza. Para Claus Roxin y Bernd Schünemann, la casación busca una protección real del Derecho como unidad jurídica y la realización de la justicia para el caso individual⁴⁴⁷.

Para la procesalista Teresa Armenta, la casación sirve «para asegurar la prevalencia de una única interpretación de la legalidad penal -procesal y sustantiva- en todo el Estado»⁴⁴⁸,

⁴⁴⁶ La LECrim, en el art. 849, establece que lo que se deberá entender por el término «infringida la Ley». De igual manera el art. 850, define las principales causas del «quebrantamiento de forma». Y finalmente el art. 851, enumera las omisiones y errores de hecho y de derecho que contienen las sentencias consideradas injustas.

⁴⁴⁷ Claus Roxin y Bernd Schünemann, *Derecho Procesal Penal*. Trad. Mario Moretti y Darío Rolón (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2019), 663-664.

⁴⁴⁸ Teresa Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (Madrid: Marcial Pons, 2018), 340. En este mismo sentido, Carlos Prat Westerlindh, *Manual Práctico del Recurso de Casación Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch,

cuya finalidad y objetivo «es la defensa del Derecho objetivo (el denominado *ius constitutionis*), eclipsa o tiene preferencia sobre la justicia del caso concreto, esto es, sobre la salvaguardia de los derechos subjetivos de los justiciables (el llamado *ius litigatoris*)»⁴⁴⁹. Si la casación busca restablecer el derecho objetivo, en defensa de los derechos de los justiciables, es entonces pertinente que recordemos que las resoluciones inválidas son ocasionadas, según Larry Laudan, por entregar mayor o menor peso a los elementos de prueba, o por la errónea interpretación probatoria, que desencadena precisamente resultados injustos, como una absolución fraudulenta o una condena errónea⁴⁵⁰.

Es verdad que el recurso de casación no es susceptible para revisar los hechos del caso en concreto, ni de una nueva valoración de la prueba⁴⁵¹. Sin embargo, sí resulta procedente cuando el estándar normativo de valoración probatoria haya sido mal interpretado o utilizado dolosamente a favor del condenado. Por ejemplo, el COIP, art. 5. 3, determina la «duda a favor del reo», y lo referido es una cuestión normativa, este criterio fue acogido por la Corte Constitucional colombiana cuando dijo: «la presunción de inocencia es un requisito de contenido normativo [...]». Por tanto, el recurso procede por «infracción o violación a la ley, por una indebida aplicación o una errónea interpretación»⁴⁵².

En una jurisdicción independiente e imparcial, el recurso de casación por las causas regladas sería un remedio procesal idóneo para corregir las absoluciones fraudulentas y condenas erróneas, consideradas según nuestra hipótesis como «decisiones inválidas»⁴⁵³. Pero en un vértice jurisdiccional donde se coloca el punto final de las controversias sociales, manejado por el CGPJ en España y por el CJ en Ecuador, no es posible. Lo dicho toma fuerza cuando en las altas Cortes de justicia se ventilan las causas de los sujetos de poder privilegiados de aforamientos, y con dicha condición, más la abstracción del vértice de las garantías de independencia e imparcialidad, no se puede garantizar que el recurso de casación tenga buen puerto para los intereses de la acusación y de las víctimas⁴⁵⁴.

En un hipotético caso favorable, es decir, donde haya una correcta colocación de las garantías del juez y del fiscal, y descartando por un momento las causas de procedencia, lo

2015), 17. Indica que el recurso de casación pretende una interpretación uniforme del Derecho. Al disponer de un único órgano judicial que pueda declarar la nulidad de las resoluciones dictadas por los Tribunales situados en el territorio nacional, se pretende que no existan decisiones judiciales contradictorias.

⁴⁴⁹ Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 340.

⁴⁵⁰ Larry Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 35.

⁴⁵¹ COIP, art. 656.

⁴⁵² Marín Vásquez, «*El estándar de prueba de conocimiento*», 94-114. Véase también el apartado 1.2.1 de este capítulo.

⁴⁵³ Véase el apartado 1.1.2 de este capítulo.

⁴⁵⁴ Véase el Cap. II, apdo. 2.2.3.2.

esencial es plantear el recurso en el plazo de cinco días, reguladas tanto en el caso ecuatoriano⁴⁵⁵ y español⁴⁵⁶. Su inobservancia obviamente llevará a la ejecución de la sentencia, y en el caso de una absolución fraudulenta se alegrará la garantía *non bis in idem*, como ha sucedido con regularidad en Ecuador, particularmente en el «Caso Azuay», la captura internacional, tortura, y muerte de «Arturo Jarrín», y en su momento en el «caso González y otros: más que una masacre en el caso Fybeca»⁴⁵⁷.

En este estado, el órgano persecutor y las víctimas como sujetos procesales tendrán una barrera en la vía ordinaria para derribar una absolución fraudulenta, pues el recurso de revisión regula de forma exclusiva la procedencia en condenas con errores judiciales. No obstante, la justicia constitucional se podría constituir en una salida real para revisar la cosa juzgada fraudulenta, cuando se violen las garantías orgánicas y procesales en el marco de una investigación, juicio o proceso; pero como examinaremos, dicha esfera también está rodeada de problemas interpretativos y normativos para enfrentar las absoluciones fraudulentas.

2.1.4. La revisión del fallo: un mecanismo eficiente para el inocente condenado, e inexistente para las absoluciones fraudulentas

La revisión es una herramienta procesal de carácter excepcional, que permite rescindir o anular sentencias firmes o en estado de cosa juzgada. En la jurisdicción ordinaria es la última vía para recurrir las sentencias condenatorias, pues su finalidad es restablecer la justicia material sobre la seguridad jurídica, liberando a la persona condenada de manera injusta.

Precisamente en este espacio, identificamos una tensión generada entre los principios de justicia y seguridad jurídica. Cuando se trata de liberar a un inocente condenado, la seguridad del ordenamiento jurídico cede sobre la verdad que fue nublada en la investigación o juzgamiento. No obstante, la seguridad jurídica se mantiene sobre la justicia material cuando se trata de revisar las sentencias absolutorias, sean o no fraudulentas; pues el sistema de España y Ecuador en sus legislaciones no regula la revisión de sentencias para esta clase de resoluciones. Hemos querido indagar los argumentos por lo que no procede la revisión de sentencias absolutorias de cualquier naturaleza, siendo la credibilidad del sistema y la seguridad jurídica las principales razones.

⁴⁵⁵ El COIP, art. 657. 1. Dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la notificación de la sentencia.

⁴⁵⁶ LECrim, art. 856: «La petición expresada en el precedente artículo se formulará mediante escrito autorizado por abogado y procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia o auto contra que se intente entablar el recurso».

⁴⁵⁷ Véase el Capítulo IV, apdo. 1.3.

Si tomamos como válido dichos argumentos sería transmitir la imagen de una «justicia incapaz»⁴⁵⁸ frente a la impunidad de los crímenes del poder. En este escenario, proponemos lo contrario, es decir, investigar, procesar y condenar a los responsables de forma debida y justa, que se beneficiaron de absoluciones fraudulentas, que reivindica las bases fundadoras del Estado de derecho, la legitimidad democrática y el poder judicial en su conjunto. Incluso como examinaremos, las causas para revisar las sentencias condenatorias también servirían para revisar las sentencias absolutorias en un sentido fraudulento. Además, impulsamos una causal de revisión propia para anular una absolución fraudulenta, en base a los estándares normativos edificados en el Cap. II, apdo. 2.3 y aplicados de manera práctica en el siguiente capítulo⁴⁵⁹.

a. Fundamentos de la revisión

Examinemos cuáles son los verdaderos fundamentos de la revisión. Según Roxin y Schünemann: «la revisión del procedimiento sirve para salvar los errores de la justicia frente a sentencias firmes»⁴⁶⁰. Para los Magistrados Andrés Martínez Arrieta y Miguel Encinar del Pozo: «el recurso de revisión se apoya de que nuevos hechos o hechos existentes al tiempo del enjuiciamiento, pero desconocidos por el tribunal en ese momento, pongan de manifiesto el error de la decisión judicial, y, por lo tanto, sean determinantes de una injusticia»⁴⁶¹.

Es decir, la revisión busca eliminar el error judicial de sentencias condenatorias firmes, por hechos desconocidos por el tribunal, sean anteriores o posteriores al fallo. De este modo, al anular la sentencia condenatoria, la justicia se aproximaría en cierta medida a la tan anhelada verdad material. Sin perder de vista que al sistema garantista le interesa la verdad de la hipótesis acusatoria, en consecuencia, cuando no se ha logrado dicho fin, el juez debe remediar la situación anulando la sentencia basada en una declaración fáctica no verdadera y dictando otra que sí lo esté, pues según Ferrajoli: «las sentencias penales son los únicos actos normativos cuya validez depende de su verdad»⁴⁶².

En mayor medida a la doctrina le interesa la libertad de la persona condenada injustamente por error judicial, pero no asume el mismo papel en los casos de absoluciones sean o no fraudulentas. Esta consideración es trascendental, pues el sistema de impugnaciones

⁴⁵⁸ Roxin y Bern Schünemann, *Derecho Procesal Penal*, 694.

⁴⁵⁹ La configuración completa de la cosa juzgada con sus elementos que identifican los juicios fraudulentos lo vimos en el Cap. II, apdo. 2.3, y la aplicación práctica la veremos en el Cap. IV, apdo. 2.

⁴⁶⁰ Roxin y Bern Schünemann, *Derecho Procesal Penal*, 691.

⁴⁶¹ Andrés Martínez Arrieta y Miguel Ángel Encinar del Pozo, *El Recurso de Casación y de Revisión Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 509.

⁴⁶² Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 605.

por medio del recurso de apelación, el incidente de nulidad y casación, se consideraría suficiente para detectar una absolución fraudulenta. Pero debemos mirar más allá, si es que la revisión ataca las condenas erróneas es porque asumen que los remedios procesales descritos no fueron eficientes, entonces, la misma consideración se debería tener para las resoluciones fraudulentas.

Del análisis realizado, el profesor Vicente Ballesteros también se hace la misma afirmación, pues si requiere llegar a una verdad objetiva no se debería hacer distinciones entre condenas y absoluciones. A su criterio: «el objetivo y fundamento del proceso penal es la fijación de la verdad objetiva, a la vez que hacer todo lo posible por descubrir y eliminar las falsedades que no permitan llegar a la averiguación de mencionada verdad objetiva»⁴⁶³. Incluso un clásico como Roxin, nos ilustra que la revisión penal «tiene lugar a favor y contra del condenado», es decir, también cabe la revisión de la sentencia del condenado, ya que pudo beneficiarse de una condena leve como consecuencia de delitos como: «a) debido a una falsificación relevante para la decisión; b) debido a una falsa manifestación de un testigo o de un perito y, c) debido a un delito del juez (prevaricato y soborno)»⁴⁶⁴.

De los tres elementos relatados por el profesor alemán, nos hacen deducir que incluso una sentencia condenatoria puede resultar fraudulenta, es decir, el condenado se benefició de una condena leve de la que realmente le corresponde, gracias a la configuración dolosa de las garantías procesales y orgánicas de independencia e imparcialidad del juzgador⁴⁶⁵.

Otra cuestión que merece ser comentada es la posibilidad de solicitar la revisión por una *confesión creíble* del absuelto. Ya habíamos dicho que tomar como único elemento la “autoincriminación” para la revisión de la absolución, contradice las bases fundantes del proceso penal garantista que rige en nuestras latitudes⁴⁶⁶. Incluso, se ha llegado a discutir si también la confesión de un hecho especialmente más grave que el condenado fundamenta la revisión, por ejemplo: un incendio doloso en lugar de un imprudente.

Ahora bien, la *confesión del absuelto o del condenado* como responsable del delito, puede aproximar en gran medida a la anhelada verdad material, sin embargo, una declaración en soledad no cabe en la génesis del proceso penal garantista. Dicho de otra manera, para valorar la confesión como elemento que sustente la responsabilidad, se deben acopiar otros

⁴⁶³ Ballesteros, *El proceso de Revisión Penal*, 25.

⁴⁶⁴ Roxin y Bernd Schünemann, *Derecho Procesal Penal*, 692.

⁴⁶⁵ Sobre la inobservancia de las garantías procesales véase el Cap. IV, apdo. 2.4.

⁴⁶⁶ COIP, art. 509. Además, véase el Cap. II, apdo. 1. 1.4.

elementos de cargo. Tampoco se debe perder de vista que la obtención y carga de la prueba recae en exclusiva en el ente acusador y no en la defensa del acusado⁴⁶⁷.

Es necesario recalcar que no cabe la revisión de sentencias absolutorias bajo ningún supuesto. Tampoco nosotros buscamos que el recurso de revisión sea difuso y que sus causas sean generales, al contrario, impulsamos que sea posible la revisión de absoluciones por los supuestos tasados, añadiendo una causal más: cuando se configure la llamada cosa juzgada fraudulenta por incorrecta colocación de los elementos internos y externos ya estudiados.

b. Legitimación activa, plazo y prescripción

Antes de mirar las causales de revisión, recordemos que en España y Ecuador procede de forma exclusiva en contra de sentencias condenatorias. La LECrim, en los arts. 954 y 955, entrega la legitimación activa al penado, a sus familiares y el Ministerio Fiscal⁴⁶⁸. Para descartar cualquier posibilidad de procedencia del recurso a favor de sentencias absolutorias el Tribunal Constitucional de España (TCE) el 10 de octubre de 2005 señaló: «la acción es de naturaleza extraordinaria y excepcional, para rescindir sentencias condenatorias firmes e injustas»⁴⁶⁹. Con la expresión de sentencias «injustas» se podría extender a las sentencias absolutorias fraudulentas las cuales ostentan dicha calidad, pero por el momento el espíritu del TCE es revisar exclusivamente las sentencias del inocente condenado.

Mientras tanto, el COIP, entrega la legitimación activa a la persona condenada, a cualquier persona o al mismo juzgador si aparece la persona que se creía muerta, si ha fallecido el condenado podrá hacerlo su cónyuge, su pareja en unión de hecho, sus hijos, parientes o herederos⁴⁷⁰.

En las dos esferas no existe plazo para plantear el recurso de revisión, en realidad el COIP, en el art 658, dice que el «recurso podrá proponerse en cualquier tiempo ante la Corte Nacional de Justicia»; en cambio la LECrim nada dice al respecto, ni siquiera es una barrera el cumplimiento de la pena íntegra, que el condenado haya fallecido, antes o después de

⁴⁶⁷ Hay que distinguir cuando la autoincriminación de un delito se efectúa en la fase de investigación o de juicio, en dichos momentos el acusador debe acompañar otros elementos probatorios que confirmen que el acusado es culpable como lo afirma.

⁴⁶⁸ LECrim, art 955: «Cuando este haya fallecido, puede interponer, su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes, con objeto de rehabilitar la memoria del difunto y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable».

⁴⁶⁹ Tribunal Constitucional de España, sentencia 240/2005, de 10 de octubre (BOE núm. 273, de 15 de noviembre de 2005).

⁴⁷⁰ COIP, art. 659.

cumplirla⁴⁷¹. La única cuestión que se debe tener en cuenta es el plazo de quince días que otorga la ley para sustanciar el recurso una vez autorizado mediante auto del Tribunal Supremo⁴⁷².

La naturaleza de la revisión es declarar la nulidad de la sentencia condenatoria. Para efectos de aplicación de la LECrim, art 958, se dispondrá instruir una nueva investigación, proceso y eventual juicio para hallar al verdadero culpable. En este sentido, la regulación del COIP es insuficiente, pero por la naturaleza del recurso la actividad judicial se verá dirigida a anular la sentencia injusta. Una vez declarada la nulidad de la sentencia injusta, existe una barrera detectada en las dos legislaciones para iniciar una nueva investigación, siendo la prescripción de la acción penal. Sin embargo, dicha barrera procesal no es aplicable en los ilícitos que por su naturaleza son imprescriptibles, tanto por la acción penal como de la pena, siendo precisamente los ilícitos perpetrados por la criminalidad del poder vistos en el Cap. I⁴⁷³.

c. Motivos de revisión

Ahora realicemos un contraste de los motivos de revisión reglados en España y Ecuador, para demostrar que las causales para revisar las sentencias condenatorias también servirían para revisar las sentencias absolutorias de naturaleza fraudulenta de la criminalidad del poder. Además, proponemos agregar el supuesto de revisión a las sentencias fraudulentas, cuando no estén colocados de forma debida y justa los elementos internos y externos de la cosa juzgada, edificados en el Cap. II, apdo. 2, y aplicados en el Cap. IV, apdo. 2.

La LECrim, en el artículo 954, señala las causales de revisión:

- 1) Se podrá solicitar la revisión de las sentencias firmes en los casos siguientes:
 - a) Cuando se haya valorado como prueba un documento o testimonio después declarados como falsos, la confesión del encausado arrancada por violencia o coacción o cualquier otro hecho punible ejecutado por un tercero [...];
 - b) Cuando haya recaído sentencia penal firme condenando por el delito de prevaricación a algunos de los magistrados o jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso en el que recayera la sentencia cuya revisión pretende, sin que la que el fallo hubiera sido distinto;

⁴⁷¹ LECrim, art, 955.

⁴⁷² Ibid., art 957.

⁴⁷³ Véase el Cap. I, apdo. 3.1 y 3.2. La Constitución del Ecuador, en el art. 80, determina que son imprescriptibles las infracciones de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas. Además, agrega en el art. 233, las acciones por peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito. Y, el art 396, agrega los daños ambientales.

- c) Cuando sobre el mismo hecho y encausado hayan recaído dos sentencias firmes;
 - d) Cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que de haber sido aportados hubiera determinado absolución o condena menos grave;
 - e) Cuando, resuelta una cuestión prejudicial por un tribunal penal, se dicte con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión que resulte contradictoria con la sentencia penal;
2. Será motivo de revisión de la sentencia firme de decomiso autónomo la contradicción entre los hechos declarados probados en la misma y los declarados probados en la sentencia firme penal que, en su caso, se dicte.
3. Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión.

En cambio, el COIP, en el artículo 858, se limita a regular las siguientes causales:

- 1) Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta.
- 2) Si existen, simultáneamente dos sentencias condenatorias sobre una misma infracción contra diversas personas sentenciadas que, por ser contradictorias, revelen que una de ellas está errada.
- 3) Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o informes periciales maliciosos o errados.

Una vez realizado el contraste de motivos de revisión en ambos países, se esbozarán a continuación algunos comentarios y conclusiones sobre estas normas:

a) Extraigamos de la LECrim, núm. 1. a), y del COIP, el núm. 3). En ambas esferas se promueve la revisión por valorar como prueba un documento, testimonio falso o informes periciales maliciosos y errados. En la legislación española se agrega la condición de que dichas pruebas deban declararse falsamente, y ello supone que deba tener un pronunciamiento judicial «en una sentencia firme y anterior a la revisión»⁴⁷⁴ finalizado en condena, o que se declare la

⁴⁷⁴ Martínez Arrieta y Miguel Ángel Encinar del Pozo, *El recurso de casación y de revisión penal*, 516.

ilicitud de la prueba. En Ecuador si analizamos el enunciado normativo citado, vemos que no se requiere la declaración previa de falsedad de los documentos o testigos. Para esta causa de revisión, lo principal sería que se pruebe de forma precisa la existencia de un hecho delictivo que incidió o tuvo peso en la condena de una persona inocente.

En este contexto, el juez también puede absolver a un culpable material con pruebas documentales y testimoniales falsas, configurando la cosa juzgada fraudulenta o el llamado *falso hallazgo exculpatorio*. Recordando a Laudan, aquello se puede dar por malinterpretar el estándar de valoración probatoria o entregar mayor o menor peso a los elementos de prueba; si vemos desde otro ángulo, lo descrito es posible desde una posición de poder de quien toma la decisión, es decir, con absoluta conciencia y voluntad, de jueces y de fiscales, de favorecer la absolución⁴⁷⁵.

b) La causa de revisión por la comisión de un delito de prevaricación no está regulada en la legislación ecuatoriana, más si en la LECrim, art 954.1. b). Esta causal es trascendental, pues el sistema recoge la intención de los magistrados o de los jueces intervinientes en el proceso de cometer una injusticia por dolo propio. Para Ballesteros, el juzgador en este caso tiene el más elevado poder del Estado: el control de imponer una condena a quien se sabe es inocente. Acota el profesor español: «no hay daño mayor a la justicia. Tampoco hay remedio más grande que la revisión penal»⁴⁷⁶.

Es acertada la afirmación recogida del profesor Ballesteros, sin embargo, también hay una injusticia cuando el sistema de impugnaciones no permite por esta misma causal la revisión sentencias absolutorias. Si recordamos lo visto en el segundo capítulo, es claro que, si el juez o el tribunal dolosamente condena o absuelve a un culpable, no goza de las garantías de independencia e imparcialidad judicial. Por esta causal tendrá salida el inocente condenado, pero no el fraudulentamente absuelto. Por ejemplo, en el caso «González y otros» para resolver dicha anomia, la Corte Nacional de Justicia edificó una regla con apoyo del llamado control de convencionalidad⁴⁷⁷.

Como veremos en el siguiente capítulo, la producción normativa a través de una sentencia en su momento fue justificable, gracias a ello se logró descifrar el sistema de impunidad, entregar verdad, justicia y reparación a las víctimas, y condena a los responsables. No obstante, en la actualidad se requiere una edificación normativa desde el legislativo, para

⁴⁷⁵ Véase el Cap. IV, apdo. 2.5.

⁴⁷⁶ Ballesteros, *El proceso de Revisión Penal*, 159

⁴⁷⁷ Véase el Cap. IV, apdo. 3.

revisar cientos de casos de la especie y extender la aplicación al bagaje de crímenes que componen la criminalidad del poder.

c) El COIP no regula la revisión por «prevaricato judicial», sin embargo, si tipifica el delito autónomo de «prevaricato de los jueces o árbitros [...] que fallen en contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes; procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas [...]»⁴⁷⁸. Bajo este supuesto, la norma penal sanciona a jueces o tribunales que incurrieron en condenas injustas o incluso en absoluciones fraudulentas, pero no edifica una causal autónoma de revisión por este supuesto.

Este tipo de condenas o absoluciones dolosas demuestran la existencia de resultados injustos en la cosa juzgada, como cuando a una persona inocente se le declara culpable, y a un culpable como inocente; este tipo de resoluciones por su naturaleza son inválidas, pero únicamente serán susceptibles de revisión por supuestos tasados en las condenas del inocente encontrado culpable, y no en las decisiones del culpable absuelto por insuficiencia del sistema de impugnaciones.

Si retomamos las palabras de Ballesteros decía: «gracias a la revisión no hay mayor daño a la justicia»; en el caso de la sentencia por prevaricato judicial regulado en la legislación española así parece ser. Mientras tanto, los jueces que incurrieron en el delito de prevaricato serán sancionados, y en gran medida la revisión sanará la condena injusta. Sin embargo, desde otro ángulo, habrá un silencio legal o falta de regulación normativa, cuando la intención dolosa del juez o tribunal se encaminó a absolver al culpable material conociendo de dicha condición.

d) Una causal de revisión novedosa, pero de ambigua interpretación y aplicación antes de la reforma del año 2015, es la recogida en la LECrim, art 954, núm. 1, d). Lo relevante como ilustran los Magistrados Martínez y Encinar, es que se traten «hechos no conocidos al momento de enjuiciar, y que no se hayan aportado en tal momento»⁴⁷⁹.

Según Ballesteros, sería un hecho nuevo: el que no ha sido tenido en cuenta por el juez o tribunal que condenó; el que no ha sido debatido en el plenario ni introducido en el proceso a través de la fase de instrucción, es decir, aquel que no ha podido ser conocido por las partes ni el juzgador; y, en todo caso, siempre es el que aparece con posterioridad a la sentencia firme de condena⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ COIP, art. 268. Sin embargo, los jueces que conozcan acciones constitucionales no cometen el delito de prevaricato, puesto que, por su naturaleza, están obligados a actuar-resolver en favor de los derechos y principios constitucionales, incluso más allá de cualquier regulación de orden legal. Así lo ha dicho la Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 141-18-SEP-CC, de 18 de abril de 2019.

⁴⁷⁹ Martínez Arrieta y Miguel Ángel Encinar del Pozo, *El recurso de casación y de revisión penal*, 539.

⁴⁸⁰ Ballesteros, *El proceso de revisión penal*, 173.

En cambio, los elementos de prueba son las distintas formas de probar los hechos, como la prueba documental, testimonial y pericial. Como ejemplos tenemos: una nueva prueba de ADN aportaría que el sentenciado es inocente; declaraciones de testigos; las nuevas tecnologías pueden aportar nuevas formas de valoración probatoria, coadyuvando en gran medida a la certeza de las sentencias, sean de inocencia o de culpabilidad.

El COIP en el art. 658 no incluye expresamente la causal descrita para revisar las sentencias, pero limita que «podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren error en el hecho de la sentencia impugnada». Lo cual es posible con el uso de los medios de prueba que recogen hechos no aportados, y también los no debatidos. En suma, la referida causal es trascendental para arribar a la anhelada justicia material, en este caso del inocente condenado. Pero en el caso del culpable absuelto se necesita una precisión. Si bien el Estado goza del monopolio de la acción penal, su trabajo debe apegarse a los hechos y medios de prueba aportados en la investigación y en el juicio, en este caso, si se comprueba que se ocultaron o deformaron fraudulentamente, esta causal debería extenderse para revisar las sentencias absolutorias.

e) La LECrim, art. 954, núm. 1 e), regula la revisión por resolución prejudicial no penal. Este supuesto relativamente nuevo ingresó en la reforma de la Ley 41/2015, de 5 de octubre. Si miramos con detenimiento la causal, no refiere que la sentencia inicialmente sea condenatoria; entonces, también procede la revisión de una sentencia absolutoria que resolviera erróneamente una cuestión prejudicial no penal. En tal caso, como ya existió enjuiciamiento se verá afectado el principio del *non bis in idem* procedimental, y, en cierta medida, podría contradecir la citada STC 240/2005, que estableció la procedencia del recurso de revisión únicamente «para rescindir sentencias condenatorias firmes e injustas».

Ahora bien, dicha causal no forma parte de la legislación penal ecuatoriana, pues el COIP, en el art. 414, dice: «si el ejercicio de la acción penal depende de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que exista auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial». A la clara prohibición legal, se suma el control judicial del proceso en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, en este caso, si el juzgador identifica una cuestión prejudicial declarará la invalidez del proceso⁴⁸¹.

En cambio, la LECrim en el art. 4, determina: «si la cuestión prejudicial fuese determinante de la culpabilidad o de la inocencia, el Tribunal de lo criminal suspenderá el

⁴⁸¹ COIP, art. 601.

procedimiento hasta resolución de aquella». En tal virtud, según nuestra lectura, pueden ser susceptibles de revisión por esta causal las sentencias condenatorias y absolutorias. Del otro lado, en Ecuador no se justificaría la inclusión de la revisión por cuestiones prejudiciales, pues hay una clara prohibición legal de iniciar un proceso penal, y en el eventual caso de iniciarse la herramienta del control judicial en la etapa intermedia parece ser eficiente.

Otra causal de revisión ingresada a raíz de la reforma de octubre del 2015 en España es la sentencia en firme de decomiso autónomo. Por su naturaleza esta sentencia no es absolutoria ni condenatoria, por ello no entraremos en detalle, pues es de nuestro interés hacer extensiva las causas de revisión a las sentencias absolutorias con características fraudulentas.

De las causales recogidas vemos que la legislación española tiene una riqueza regulativa para revisar las sentencias absolutorias, incluso añade el supuesto de revisión cuando exista pronunciamiento del TEDH. En contraste, el COIP no recoge esta causal de revisión por pedido de la Corte IDH, jurisdicción a la que se encuentra sometida. Pero aquello tiene un punto de inflexión gracias a los constantes requerimientos del organismo internacional a los Estados para que eliminen las barreras jurídicas internas, que permita resolver las condenas erróneas y las absoluciones fraudulentas. En tal virtud, identificamos un aprieto constante al que está sometido no sólo el poder legislativo de Ecuador, sino de varios países de la región que esperan por una rigurosa regulación de revisión de sentencias.

3. Los Tribunales Internacionales: un aprieto constante a las jurisdicciones internas en la revisión del fallo

Los Tribunales Internacionales tienen gran influencia en la legitimidad democrática de los Estados cuando revisan procesos judiciales con violaciones de garantías orgánicas y procesales; en sus sentencias incluso reconocen nuevos derechos, como el de la verdad, cuando interpretan de forma progresiva los tratados y convenciones internacionales. Así lo hizo en su momento el TEDH y la Corte IDH. Pero los Estados entran en un aprieto constante, principalmente en la esfera interamericana, cuando el organismo internacional insta a eliminar las barreras jurídicas internas, y se refiere precisamente a las absoluciones o la llamada cosa juzgada fraudulenta, que permitan a las víctimas acceder a la verdad, justicia y reparación en casos de crímenes de *ius cogens*, como veremos. Sin embargo, lo que en realidad se ha visto en la esfera latinoamericana son cumplimientos ambiguos, incluso cuando la Corte IDH ha

solicitado a los estados revisar las condenas injustas donde se alega con frecuencia la falta de juridicidad de los mandatos internacionales.

3.1 La revisión incompleta de las resoluciones judiciales en el TEDH: la protección al inocente condenado y la desregulación del culpable absuelto

Los fallos del TEDH han generado hechos jurídicos nuevos que han incidido en las legislaciones internas del espacio europeo. En España, la LECrim, en el art. 954 núm. 3, incluyó la causal de revisión cuando exista sentencia del TEDH declarando la violación a los derechos de la CEDH. La introducción de esta causal en la legislación española se debe a varios requerimientos realizados por este Tribunal⁴⁸² para revisar sentencias que violan las garantías orgánicas y procesales de los sentenciados, que a criterio del organismo internacional resultan injustas. La obligación de cumplir los mandatos internacionales en el caso de España, al parecer encontró su primera regulación en el CEDH, en el art 46.1: «las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios que sean partes».

El Tribunal de Estrasburgo en los casos contenciosos determina si existen violaciones de los Estados a las garantías básicas reguladas en el Convenio, que evidencien la inocencia del sentenciado, y la única forma de hacerlo es anulando la sentencia por causa reglada en la LECrim. En este caso, la legitimación activa para recurrir ante el órgano internacional es exclusiva del condenado, quien disiente de la resolución nacional: «en este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año después de que adquiriera firmeza la sentencia del referido Tribunal»⁴⁸³.

La revisión de la sentencia del condenado por petición del TEDH sin duda es positiva, sin embargo, notamos la falta de regulación en la LECrim de sentencias absolutorias con

⁴⁸² En un principio se excluyó la posibilidad de acudir al recurso de revisión para revisar las sentencias del TEDH, caso *Barberá, Messegué y Jabardo*. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en la autorización para interponer el recurso de revisión, del 29 de abril del 2004, considera que la vía para reconocer efectos a una sentencia del TEDH es mediante el recurso de revisión. La condena impuesta a España en el caso *Del Rio Prada*, de 21 de octubre de 2013, dio un lugar a un Acuerdo Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 12 de noviembre de 2013, que en lo principal insta al «Poder legislativo que regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH». Finalmente, antes de la entrada en vigor del art. 954.3, otro Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo penal de 21 de octubre de 2014, indica que «En tanto no exista en el ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los tribunales españoles, el recurso de revisión del art 954 LECrim, cumple este cometido».

⁴⁸³ LECrim, art 954.3.

violaciones flagrantes a las garantías orgánicas y procesales. En este caso, excluyen a las víctimas la posibilidad de revisión de las resoluciones internas cuando se hayan violado sus derechos en el enjuiciamiento, principalmente a conocer la verdad, a recurrir el fallo y a la igualdad procesal. Esto en virtud de que la CEDH entrega legitimación activa a las víctimas en la esfera internacional, y no así en campo nacional⁴⁸⁴, pues como vimos en el apartado 2.1.4. b) de este capítulo, el recurso de revisión no opera sobre sentencias absolutorias.

Incluso el TEDH en el “Caso El-Masri contra Macedonia” del año 2012, establece el derecho a conocer la verdad por parte de las víctimas y de la sociedad, así lo manifestó: «el Tribunal desea abordar otro aspecto que tiene que ver con el carácter insuficiente de la investigación abierta, a saber, su impacto sobre *el derecho a la verdad* en relación con las circunstancias pertinentes de la causa. Al respecto, el Tribunal subraya la gran importancia del presente asunto no sólo para el recurrente y su familia sino también para las otras víctimas de crímenes similares y para la sociedad en general, que también tienen derecho a saber qué fue lo que pasó»⁴⁸⁵.

Ahora bien, el Convenio no desarrolla el derecho a la verdad⁴⁸⁶, pero el tribunal internacional interpreta este derecho de forma progresiva para brindar mayor protección en el marco axiológico del Estado de derecho y de la democracia, de acuerdo con los acontecimientos históricos de la humanidad. Es decir, la norma internacional en manos del tribunal cobra vida frente a las necesidades sociales. Esto fue bien entendido de forma parcial por el legislador español, cuando incorporó la revisión de condenas por mandatos del TEDH, pero todavía no produce las reglas en el proceso penal para enfrentar las absoluciones fraudulentas, que permitan a las víctimas acceder a una investigación suficiente en caso de violaciones al debido proceso, y, por tanto, en la resolución final.

⁴⁸⁴ CEDH, art 35 «El Tribunal podrá conocer una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctimas de una violación por una de las altas partes contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las altas partes contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

⁴⁸⁵ Un estudio completo puede verse en Juan Manuel López Ulla, «El “Derecho a la Verdad” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N° 69 (2013):127-164. <https://hdl.handle.net/10171/36689>.

⁴⁸⁶ López Ulloa, resalta un encendido debate en el seno del TEDH sobre el reconocimiento del derecho a la verdad en el marco de la CEDH, pues en un voto parcialmente disidente a otra Sentencia posterior (*Janowiec y otros c. Rusia*, de 21 de octubre de 2013), los firmantes reivindican de nuevo la entidad de este derecho, especialmente en las violaciones flagrantes a los derechos humanos.

3.2 La solicitud de revisiones de la Corte IDH a los tribunales internos: una edificación pendiente

La Corte IDH ha interpretado el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad de forma progresiva en casos de condenas erróneas y absoluciones fraudulentas. Este gran paso del Tribunal Internacional, al revisar sentencias sin la observancia de las garantías orgánicas y procesales, se torna insuficiente cuando los Estados no desarrollan mecanismos judiciales idóneos que materialicen lo resuelto, o cuando desconocen la jurisdicción de la Corte IDH. Para ilustrar lo dicho, veremos lo resuelto por los Estados de Chile y Argentina, quienes fueron sancionados por el organismo internacional por sentencias condenatorias erróneas; en estas jurisdicciones no se entregaron salidas jurídicas uniformes, lo cual evidencia, además de la ambigüedad, la falta de obligatoriedad de las resoluciones internacionales a nivel interno.

La Corte IDH en diversas ocasiones declaró la responsabilidad internacional de los Estados frente a las absoluciones fraudulentas en investigaciones y juzgamientos de crímenes de lesa humanidad, instando a los Estados a eliminar las barreras jurídicas internas, y edificar mecanismos jurídicos que permitan alcanzar la verdad, justicia y reparación de las víctimas⁴⁸⁷. Como respuesta, el Estado de Colombia edificó un mecanismo procesal denominado por la doctrina como *control judicial previo*, que es sustanciado por otro tribunal interno del que absolvió al culpable material. En este caso, se rescata la intención de incorporar al ordenamiento jurídico interno la causal propia de revisión de absoluciones fraudulentas en violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, sin embargo, dicha causal de revisión debe extenderse a la gran variedad de crímenes del poder, pues por su naturaleza son impunes.

El caso ecuatoriano es particular, puesto que la Fiscalía ecuatoriana como titular de la acción penal, alega con frecuencia y con razón la obligatoriedad internacional de investigar y juzgar los crímenes de *ius cogens*, pues el recurso interno de revisión no alcanza para rescindir las absoluciones fraudulentas; de ahí la necesidad de incorporar las sentencias y pronunciamientos internacionales a las investigaciones y procesos en curso. Sin embargo, como se verá en el Cap. IV, apdo. 3.1, acopiar los mandatos internacionales a la jurisdicción

⁴⁸⁷ La Corte IDH en los casos: Carpio Nicolle Vs Guatemala, sentencia de 22 de noviembre de 2004; Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006; La Cantuta Vs. Perú, sentencia del 29 de noviembre de 2006; Escher y Otros Vs Brasil, sentencia del 06 de julio del 2009; Nadege y Otros Vs República Dominicana, sentencia del 24 de octubre del 2012; Masacres del Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador. En su conjunto, el tribunal internacional evidenció un patrón de impunidad generalizado en las investigaciones realizadas a los perpetradores de violaciones a derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, en las cuales la inobservancia de garantías orgánicas y procesales dieron como resultado la ausencia de riesgo a ser juzgados.

interna sin un soporte y producción normativa nacional, suelen tener salidas ambiguas y peligrosas para las aspiraciones de las víctimas y la seguridad jurídica de los investigados.

3.2.1 Un dilema en la revisión del Caso Norín Catrimán y otros (Mapuche) Vs. Chile

En Chile ocho dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche fueron sentenciados en el año 2001 por el delito de terrorismo. La Corte IDH, resolvió que el Estado chileno en la investigación y juzgamiento violó varios derechos, entre ellos:

1. El principio de legalidad y derecho a la presunción de inocencia, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno.
2. La igualdad ante la ley y las garantías judiciales.
3. Derecho a la libertad personal y a la presunción de inocencia.
4. Libertad de pensamiento y expresión, derechos políticos y derechos a la integridad personal y a la protección de la familia⁴⁸⁸.

En la sentencia del organismo supranacional como reparación integral por el daño causado, dispuso que el Estado chileno debe «adoptar todas las medidas judiciales, administrativas o de cualquier otra índole necesarias para dejar sin efecto en todos sus extremos las sentencias penales condenatorias emitidas»⁴⁸⁹, además, debe: «i) dejar sin efecto la declaración de las ocho víctimas de este caso como autores de delitos de carácter terrorista; (...) iii) disponer la libertad personal de las víctimas que aún se encuentren sujetas a libertad condicional»⁴⁹⁰.

Frente al requerimiento internacional de dejar sin efecto las sentencias condenatorias internas, se presentó una barrera de origen normativo. En este caso, el Código Procesal Penal de Chile, no prevé como causal de revisión cuando exista un pronunciamiento o solicitud de la Corte IDH, que resuelva la violación de los derechos de los condenados en las investigaciones o procesos judiciales internos⁴⁹¹. Con el fin de cumplir lo resuelto por el organismo internacional, también se dudó de su competencia, es decir, de la facultad de solicitar a los Estados partes la revisión de sentencias definitivas.

Es verdad que la Corte IDH no está facultada por la CADH para solicitar a los Estados la revisión de sentencias de forma expresa, pero en este caso, donde estaba en peligro el derecho

⁴⁸⁸ Corte IDH, Sentencia “Caso Norín Catrimán y Otros Vs, Chile”, de 29 de mayo de 2014, 51-123.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, párrafo 422.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ Ley 19.696, 29 de septiembre, Código Procesal Penal de Chile (Ministerio de Justicia, 12 de octubre de 2000).

a la libertad por una sentencia interna injusta, la Corte IDH, si puede disponer que «se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados»⁴⁹².

El pleno de la Corte Suprema de Chile para resolver la anomia de su ordenamiento jurídico que constituye una barrera para revisar una condena errónea, dijo: «que las sentencias condenatorias abordadas por el fallo de la Corte IDH han perdido todo efecto [...] han perdido la totalidad de los efectos que son los propios»⁴⁹³. No obstante, contradictoriamente, la Corte chilena indica que los fallos no pierden la calidad de cosa juzgada, así lo expresa: «no importa la invalidación de los referidos fallos, atento a los efectos procesales que en el orden nacional se asigna a la nulidad de las resoluciones judiciales, manteniendo la validez de tales sentencias en cuanto a la cosa juzgada, como es la imposibilidad de rever el conflicto que dio origen a los procesos que se revisan»⁴⁹⁴.

En este caso, los jueces de la alta magistratura chilena colocan a la cosa juzgada como barrera para cumplir la sentencia internacional, inobservando de esta manera el derecho internacional general y el derecho internacional convencional, que refiere: «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado»⁴⁹⁵.

El caso resuelto por Chile tiene dos visiones contradictorias. La primera es que existe una comprensión y aplicación de la jurisdicción nacional del llamado control de convencionalidad, cuando en la resolución la Corte Suprema dice que la sentencia objeto de la controversia ha «perdido los efectos propios de la sentencia»⁴⁹⁶. La segunda, y de forma contradictoria, establecen la inmutabilidad de la cosa juzgada cuando alega la falta de mecanismos judiciales internos para revisarla. Lo cual representa una vulneración a los derechos del sentenciado, pues recién vimos en el apartado 3.1 de este capítulo, cómo España por controversias sostenidas con las decisiones del TEDH decidió impulsar una causal propia de revisión a las condenas erróneas.

Lo sucedido en la jurisdicción chilena avizora el puerto de llegada de las absoluciones fraudulentas, cuando la Corte IDH solicite al Estado revisarlas, pues ni siquiera ha sido capaz de revisar sentencias condenatorias erradas por no encontrar sustento jurídico en el Código de

⁴⁹² CADH, art. 63.

⁴⁹³ Humberto Nogueira y Gonzalo Aguilar, «Caso Norín Catrimán: nuevamente la Corte Suprema respetuosa del derecho internacional de los derechos humanos», *Diario Constitucional.cl*, 17 de junio de 2019, acceso el 1 de julio de 2019, <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/caso-norin-catriman-nuevamente-la-corte-suprema-respetuosa-del-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos/>.

⁴⁹⁴ *Ibid.*

⁴⁹⁵ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, Viena, 23 de mayo de 1969. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf, art. 27.

⁴⁹⁶ Sobre el «control de convencionalidad» véase el Cap. IV. apdo. 3.1

Procedimiento Penal, que tampoco regula la causal de revisión de sentencias absolutorias, sean o no de naturaleza fraudulenta.

3.2.2 El retroceso de Argentina en la revisión de sentencias: el problema de la juridicidad de las resoluciones internacionales

La Corte Suprema de la Nación de Argentina el 25 de septiembre del 2011 ratificó la condena en contra de los propietarios de la Revista Noticias⁴⁹⁷, ordenando un pago indemnizatorio a favor del presidente de esa época el Dr. Carlos Menem. Los tribunales internos consideraron que las publicaciones violaban la vida privada del entonces mandatario. Como respuesta, los representantes de los medios de comunicación recurrieron ante la Corte IDH. El organismo internacional consideró que la condena violaba el derecho a la libertad de expresión⁴⁹⁸, y como medida de restitución solicitó al Estado argentino dejar sin efecto la condena impuesta a los señores Fontevecchia y D'Amico, y todas las consecuencias que de ellas se deriven⁴⁹⁹.

Frente al fallo condenatorio la Corte Suprema Argentina sostuvo en una resolución de mayoría lo siguiente:

No puede ser obligada a acatar los fallos supranacionales de “dejar sin efecto” un pronunciamiento doméstico, dicho cuerpo interamericano no constituye una cuarta instancia que revise o anule decisiones judiciales estatales, dado que la jurisdicción es subsidiaria, coadyuvante y complementaria, dejar sin efecto un decisorio de la CSJN en calidad de *res judicata* es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible⁵⁰⁰.

El tratadista argentino Juan Carlos Hitters recoge el voto disidente de uno de los magistrados, quien refiere: «no puede dejar sin efecto la condena [...] Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro

⁴⁹⁷ CIDH, Informe de Fondo No. 82/10 de 13 de julio de 2010 caso 12.524. La revista Noticias publicó en 1995 dos noticias relacionadas con la existencia de un hijo no reconocido del expresidente señor Carlos Saúl Menem con una diputada. Sin embargo, en noviembre de 2006 se declaró judicialmente la paternidad del señor Menem.

⁴⁹⁸ La Corte IDH sostuvo en este caso, que no hubo injerencia arbitraria en la vida privada del presidente. Las publicaciones constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión, se trataba de 1) asunto de interés público, y 2) el presunto afectado no había contribuido a resguardar la noticia cuya difusión a posterior objetó.

⁴⁹⁹ Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011, párrafo 103

⁵⁰⁰ Resolución recogida por Juan Carlos Hitters «CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso Fontevecchia Vs. Argentina)», *Estudios Constitucionales* 15, N.º 2 (2017): 535, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000200533>.

del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino no se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte IDH»⁵⁰¹.

Con esta posición, la Corte Argentina desconoce la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH, separando el sistema unitario del derecho. Al desconocer la validez de los tratados internacionales, retrocede a la clásica teoría dualista del derecho internacional que entrega primicia al ordenamiento jurídico estatal. Sobre este problema, Hans Kelsen en la *Teoría Pura del Derecho*, expuso: «se trata de la doctrina que sostiene que para que el Derecho Internacional sea vinculante para el estado propio, y para que los demás Estados sean considerados como comunidades de derecho, tienen que ser reconocidos como derecho estatal propio»⁵⁰².

Sobre la teoría monista y dualista del Derecho, la profesora Cristina García Pascual distingue «al menos dos grandes tendencias; de un lado, la de aquellos que niegan categóricamente el carácter jurídico del llamado derecho internacional y de otro, la de aquellos que defienden su juridicidad con distintos grados y desde diversas fundamentaciones»⁵⁰³; al introducirse en los postulados del autor austriaco, deja claro las dos vertientes: «en este sentido, si la visión dualista llevaba a negar la naturaleza jurídica del sistema normativo del derecho internacional, la concepción monista basa en la primicia del derecho interno, niega de alguna manera la existencia autónoma de este derecho»⁵⁰⁴.

Como consecuencia, identifica una incardinación en el dualismo jurídico en dos sentidos: «(i) o bien el derecho internacional se considera superior jerárquicamente al derecho estatal y en este sentido la norma fundamental que da validez al derecho internacional dará también validez al derecho nacional; (ii) o, al contrario, se considera que el derecho nacional es un derecho superior, y, por tanto, será su validez la que pueda extenderse al terreno de derecho internacional»⁵⁰⁵. Bajo esta explicación, en el caso de la Corte Argentina estaríamos en el segundo supuesto ilustrado por la filósofa valenciana, en el que se considera el derecho interno superior al derecho internacional, pues la producción normativa interna justifica la validez o no de los mandatos internacionales.

Si realizamos un breve contraste, la Constitución ecuatoriana da un paso importante al reconocer que los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen mayor jerarquía

⁵⁰¹ *Ibid.*, 538.

⁵⁰² Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho: introducción a los problemas de la ciencia jurídica* (Madrid: Trotta, 2011), 136.

⁵⁰³ Cristina García Pascual, *Norma Mundi: la lucha por el derecho internacional* (Madrid: Trotta, 2015), 19.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, 80.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

sobre otras normas, así lo expresa: «la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público»⁵⁰⁶.

Si consideramos a la Constitución como norma fundamental, bajo ese estatus el Estado ecuatoriano da un paso adelante a la construcción jurídica internacional anhelada desde Kant a Kelsen⁵⁰⁷, hasta el profesor Jürgen Habermas quien «se muestra partidario de hacer de las relaciones internacionales relaciones jurídicas a la manera kelseniana, es decir, reforzar la comunidad internacional, de manera que pueda obligar a cualquier país a ajustar sus actividades al derecho bajo la amenaza, en caso de ilegalidad, de imposición de una sanción»⁵⁰⁸.

Ahora bien, retornando a las obligaciones internacionales de los Estados, en el caso interamericano la mayoría de países confirieron la jurisdicción contenciosa a la Corte IDH; el organismo ha sancionado a varios Estados por violaciones objetivas a la CADH. En el caso argentino, la Corte realizó dos supervisiones de la sentencia dictada, en la que destacó el incumplimiento de dejar sin efecto la condena, por ello, mantuvo abierto el proceso de supervisión y no cerró el caso⁵⁰⁹. La respuesta de la jurisdicción interna fue la no obligatoriedad de los mandatos internacionales. Precisamente, uno de los problemas transversales de las jurisdicciones internacionales es la capacidad coactiva de sus mandatos, la profesora Cristina García Pascual en el epílogo de su obra *Norma Mundi: la lucha por el derecho internacional* sugiere que: «al derecho internacional le faltaría desarrollar una coerción eficaz, reforzar órganos jurisdiccionales y abandonar el primitivismo manifiesto en el uso de la guerra como forma de sancionar las violaciones del Derecho. En el mismo sentido, también Jürgen Habermas mira al derecho internacional como un proceso de construcción, algo que está por terminar»⁵¹⁰.

Mientras tanto, los Estados de Chile y Argentina, no tienen la real intención de cumplir con la condena internacional de revisar o revocar las resoluciones internas. Además, ante el fallo de la Corte fundamentaron la existencia de la cosa juzgada como obstáculo de carácter

⁵⁰⁶ Constitución del Ecuador art. 424.

⁵⁰⁷ El puerto de llegada de la teoría pura kelseniana es relativizar la soberanía de los Estados, lo concibe como un escalón jurídico intermedio y defiende así la idea de que, tomando como punto de partida a la comunidad internacional universal, -integrantes de todos los Estados- a través de la sucesión continua de formaciones jurídicas que se van integrando unas en otras, se llegan a las comunidades jurídicas que vertebran el Estado. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 144.

⁵⁰⁸ García Pascual, *Norma Mundi*, 181.

⁵⁰⁹ Corte IDH, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, de 22 noviembre de 2016.

⁵¹⁰ García Pascual, *Norma Mundi*, 244.

legal, contraviniendo la prohibición de alegar disposiciones de derecho interno recogida en la Convención de Viena. En este sentido, al igual que el caso ecuatoriano, hace falta producir la norma para revisar las decisiones injustas de culpabilidad y de condena. Incluso de las resoluciones extraídas, los Estados mantienen la posición de invocar la superioridad del derecho interno, y, como consecuencia, se evidencia la falta de juridicidad de los mandatos internacionales.

No obstante, de forma contradictoria a lo analizado en el “Caso Fontevecchia y D’Amico”, la Corte IDH solicitó la revisión de una sentencia absolutoria en el “Caso Bueno Alves vs. Argentina”, y de una condena injusta en el “Caso Kimel vs. Argentina”. En los casos mencionados, los tribunales internos cumplieron lo exigido por el tribunal internacional, sin alegar la existencia de la cosa juzgada o la falta de mecanismos idóneos para revisar las sentencias⁵¹¹.

El caso Fontevecchia resuelto por la alta Corte argentina es particular. Pues atrás de la condena al medio de comunicación estaba un actor importante como es el presidente de la época. Así lo dice Juan Carlos Hitters: «de la forma en que la CSJN juzgó el caso, se advierte que queda plasmada una contradicción, habida cuenta de que el fallo nacional beneficia al expresidente Menem y lo hace acreedor a una indemnización; mientras que la Corte IDH dice todo lo contrario»⁵¹². Lo cual nos lleva a deducir porqué la jurisdicción argentina en los casos *Bueno Alves* y *Kimel*, no colocó barreras jurídicas internas para revisar las sentencias erróneas o absoluciones fraudulentas.

De esta manera, observamos barreras jurídicas y políticas al interior de los Estados que permitan revisar las condenas a inocentes y la absolución de culpables, lo cual condiciona lo resuelto por la Corte IDH. Sin embargo, desde otro ángulo, también se observan avances para cumplir lo resuelto por el organismo internacional como pasamos a examinar.

3.2.3 Un avance a la revisión de sentencias fraudulentas en Colombia

La evolución contenciosa de la Corte IDH ha generado cambios significativos en las legislaciones internas, incluso sus mandatos se han incorporado vía reforma legislativa, o mediante aplicación directa con el llamado control de convencionalidad en las sentencias. De

⁵¹¹ Hitters, «CONTROL DE CONVENCIONALIDAD». El autor citado comenta los casos en los que la Corte IDH ha mandado a “dejar sin efecto” fallos locales sin importar que sean condenas erróneas o absoluciones fraudulentas, entre los que se destacan: *Palmará Iribarne vs. Chile*; *Tristán Donoso vs. Panamá*; *Kimel vs. Argentina*; *Bueno Alves Vs Argentina*; *Herrero Ulloa vs. Costa Rica*, 542-547.

⁵¹² *Ibid.*, 567.

esta manera, los Estados intentan dar solución a los casos con estados de cosa juzgada fraudulenta declarados por el organismo internacional.

El caso colombiano es un ejemplo de incorporación legislativa mediante el llamado *control judicial previo*. Para su procedencia se debe contar con una sentencia de la Corte IDH que ordene revisar las sentencias con absoluciones fraudulentas, es decir, donde se evidencia la violación de las garantías orgánicas y procesales. Esta revisión lo realizan jueces distintos de la sentencia cuestionada por el organismo internacional, con el fin de garantizar el derecho a la imparcialidad judicial. Este caso es un avance importante, pero se limita a una clase de criminalidad, descartando por lo pronto, al nutrido grupo de ilícitos de la criminalidad del poder.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos influyó en la reforma del Código de Procedimiento Penal colombiano en el año 2004, fruto de las absoluciones fraudulentas generada por el sistema de justicia en la investigación y judicialización de crímenes de *ius cogens*. El texto de la modificación legislativa introducida en el art. 192.3 del cuerpo legal citado establece:

Cuando después del fallo absolutorio en procesos por violaciones de derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, se establezca mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia, un incumplimiento protuberante de las obligaciones del Estado de investigar seria e imparcialmente tales violaciones. En este caso no será necesario acreditar existencia de hecho nuevo o prueba no conocida al tiempo de los debates⁵¹³.

La Corte Constitucional colombiana ha realizado un control de constitucionalidad de procedencia de la revisión del fallo absolutorio, afirmando que:

Este requerimiento implica varias cosas: (i) que efectivamente el legislador confirió especial tratamiento a la criminalidad que entraña violación de derechos humanos y al derecho internacional humanitario, al punto que autorizó la ruptura de la cosa juzgada, aún frente a fallos absolutorios, optando por la excepcional inaplicación del principio *non bis in idem* en virtud de la gravedad de las conductas; (ii) a su vez comporta un reconocimiento de la dimensión supranacional de los derechos humanos en la medida que se trata de un asunto que concierne no sólo al Estado, si no a la

⁵¹³ Ley 906 de 2004, 1 de septiembre, Código de Procedimiento Penal Colombiano (Diario Oficial núm. 45.657 de 31 de agosto de 2004).

propia comunidad internacional; y (iii) ratifica la complementariedad de los mecanismos internacionales para la protección de los derechos humanos, respecto de los internos que los propios Estados deben implementar para su protección⁵¹⁴.

La alta Corte colombiana declaró la constitucionalidad de la reforma legislativa que incluía el recurso de revisión a sentencias absolutorias de crímenes de relevancia nacional e internacional. En el fallo ratifica tres hitos fundamentales: el primero, el tratamiento especial a una criminalidad grave como es la del poder; el segundo, el reconocimiento fuera del ámbito internacional de los derechos humanos; el tercero, la obligatoriedad de los mandatos internacionales en la jurisdicción interna.

Incluir la causal de revisión de la sentencia absolutoria es un avance importante para la lucha contra la impunidad, pero por el momento descarta la revisión de sentencias de crímenes igual de graves que atentan actualmente la edificación del propio Estado de derecho, como son la gran variedad de ilícitos de corrupción, los delitos de narcotráfico, los delitos financieros, entre otros de la especie. Dichos crímenes, al igual que los crímenes de *ius cogens*, en su investigación y juzgamiento pueden violar las garantías orgánicas y procesales para colocar las sentencias en estados de cosa juzgada.

Para la revisión de sentencias absolutorias en el caso de Colombia, es un requisito de procedibilidad que el organismo internacional de supervisión se pronuncie identificando la violación de las garantías orgánicas o procesales en un caso concreto. Pero aquí encontramos una barrera de procedencia de la revisión, pues la resolución internacional habilita a la jurisdicción interna a examinar el proceso, pero dicha observación no es condición de una decisión favorable, así lo ha dicho en un fallo la Corte Suprema de Justicia de Colombia:

De que esa instancia internacional haya establecido mediante una decisión que, en efecto, se violaron las garantías de seriedad e imparcialidad en la investigación, sino producto de que la Corte Suprema de Justicia, una vez habilitada la posibilidad de examinar el procedimiento, [...] encuentre que en verdad ello ocurrió así, pues, en caso contrario, dada la carencia de efecto vinculante de la dicha recomendación, a la Sala no le corresponde más que avalar el proceso seguido en nuestro país⁵¹⁵.

Como vemos, la Corte Suprema de Colombia condiciona la revisión de la absolución a un examen interno que verifique si en verdad existió violación de las garantías orgánicas y

⁵¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-979/05, 26 de septiembre del 2005.

⁵¹⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 1 noviembre de 2007. Proceso 26077.

procesales, desechando en el caso citado el pedido de revisión del organismo internacional, y en ese estado, puede ratificar la decisión de la jurisdicción interna. Este pronunciamiento evidencia nuevamente la vigencia de la teoría dualista del derecho, que considera el derecho nacional superior al internacional. Pese a la producción normativa doméstica que faculta la revisión del fallo absolutorio, se presentan este tipo de casos.

Entonces, indiferente de la edificación interna que permite revisar las sentencias fraudulentas por pedido del organismo internacional, este enunciado para la Corte colombiana no es obligatorio. En otras palabras, lo interpreta como un mecanismo habilitante de forma y no de fondo del asunto, que es la real posibilidad de revisar y declarar la nulidad del fallo absolutorio, y encauzar otra investigación, proceso y juicio, con las debidas garantías en contra de los responsables y a favor de los derechos violentados de las víctimas.

La tensión entre las jurisdicciones internas y la petición de la Corte IDH de revisión de sentencias condenatorias o absolutorias, tiene salidas ambiguas según los casos analizados. En este contexto, el caso ecuatoriano pasa a ser uno más de la especie. Como examinamos anteriormente, la legislación interna no cuenta con la herramienta procesal para revisar sentencias absolutorias. Para resolver dicha anomia, en los casos de crímenes de *ius cogens* la justicia del Ecuador ha usado la jurisprudencia interamericana para remover las barreras jurídicas internas, entregando la verdad de lo ocurrido a las víctimas y una verdadera rendición de cuentas a los responsables, con la observancia de las garantías orgánicas y procesales⁵¹⁶.

El problema de la falta del recurso de revisión para las sentencias absolutorias en sentido fraudulento, es la ambigüedad generada en los tribunales internos del Ecuador. Como veremos en el Cap. IV, apdo. 3.1, existen salidas contradictorias. Un segmento de la jurisdicción alega la obligatoriedad de los mandatos internacionales y, otro sector, no desconocen los mismos, pero por la vigencia del principio de legalidad penal exigen una incorporación normativa para revisar sentencias absolutorias fraudulentas. Teniendo como consecuencia salidas jurídicas ambiguas para los intereses de las víctimas, pero también para la seguridad jurídica de los responsables que tienen derecho al debido y justo proceso.

Culminado el análisis de los requerimientos de revisión de los tribunales internacionales a las legislaciones internas, ahora abordemos la jurisdicción constitucional en

⁵¹⁶ Precisamente analizaremos en el Cap. IV, apdo. 3 el caso «González y otros», donde los tribunales internos removieron los obstáculos jurídicos para entregar la verdad a las víctimas, a la sociedad y rendición de cuentas a los responsables. Este hecho jurídico se dio gracias a la interpretación de las sentencias de la Corte IDH, donde se detectaron flagrantes violaciones a las garantías orgánicas y procesales. Para revisar la nutrida lista de sentencias véase la nota 487.

Ecuador, donde se identifican problemas de regulación normativa e incluso de práctica en la interpretación constitucional, que, en cierta medida, frente a la gran criminalidad del poder, se torna insuficiente revisar los fallos absolutorios.

4. La jurisdicción constitucional ecuatoriana en la revisión de las absoluciones fraudulentas: las insuficiencias interpretativas y normativas

La forma tradicional de revisión de resoluciones con autoridad de cosa juzgada terminaba en las cortes nacionales vía recurso de casación o de revisión; ahora, con el surgimiento del control constitucional de los actos del poder público, los Tribunales o Cortes constitucionales toman un rol protagónico en la vigencia de los derechos en las jurisdicciones internas⁵¹⁷. Esta nueva revisión de sentencias es denominada como amparo constitucional en España⁵¹⁸, y acción extraordinaria de protección en Ecuador⁵¹⁹.

En la esfera ecuatoriana existen cuatro problemas identificados como barreras para resolver las absoluciones fraudulentas. El primer obstáculo, tiene relación con el método de interpretación constitucional utilizado por la Corte ecuatoriana. El segundo, restringe la procedencia de la acción a asuntos de relevancia y trascendencia nacional. El tercero, se da por una obscura regulación, pues el legislador no precisa si la acción procede sobre sentencias o sobre el juzgamiento. La cuarta, se origina por el tiempo de procedencia de la acción en complejas estructuras de criminalidad del poder.

Es decir, existe una barrera de naturaleza interpretativa y tres de tipo normativa, cuestiones que en su conjunto impiden cerrar en la esfera interna los conflictos sociales, dando paso a la responsabilidad objetiva del Estado a nivel internacional. En consecuencia, se genera un constante conflicto a los Estados con solicitudes de revisión del fallo⁵²⁰.

4.1 La acción extraordinaria de protección o amparo constitucional: una fórmula de cierre inconclusa en la jurisdicción interna

La incorporación de la revisión de sentencias marca una dialéctica funcional en la jurisdicción ordinaria y constitucional. La profesora Rosario Serra, al realizar un estudio

⁵¹⁷ Rosario Serra Cristóbal, *La guerra de las cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo* (Madrid: Tecnos, 1999).

⁵¹⁸ Constitución Española en los art. 53.2. 161.1.b) y 162.1.b).

⁵¹⁹ La Constitución del Ecuador, art. 94 y 437.

⁵²⁰ Véase el apartado 3 de este capítulo.

especializado sobre la funcionalidad de las Cortes, dice: «mientras los tribunales supremos o cortes supremas nacieron para cumplir la función específica de controlar la correcta aplicación de la ley a los casos concretos, además de controlar una correcta actuación de los jueces respecto de la ley, los tribunales constitucionales o cortes constitucionales surgieron para la tutela de los derechos fundamentales y del derecho objetivo en el curso constitucional»⁵²¹.

En Ecuador existió un acalorado debate político y académico por la supuesta interferencia de la justicia constitucional sobre la ordinaria, al ejercer la revisión de sentencias que vulneren derechos constitucionales como el debido proceso. Entre las tesis que se negaban a revisar las sentencias por parte de la justicia constitucional, el constitucionalista ecuatoriano Agustín Grijalva, recoge el siguiente argumento: «es una innovación innecesaria, afirman los críticos, porque son o deben ser los propios jueces los que resguardan en el trámite de las causas el debido proceso. Es peligrosa porque abre la posibilidad de que muchos abogados recurran a este amparo extraordinario para dilatar aún más los procesos judiciales, atacando incluso la cosa juzgada de las sentencias y, por tanto, la seguridad jurídica»⁵²².

En este mismo sentido, el académico Sebastián López, sintetiza: «la cosa juzgada, la seguridad jurídica y el principio de independencia judicial parece ser entonces el argumento más fuerte de este sector»⁵²³. En cambio, la tesis mayoritaria o constitucionalista «encuentra sustento en la necesaria vigencia de un control de las actuaciones judiciales dentro de un proceso, una fórmula de cierre dentro del ordenamiento jurídico que incluso evite responsabilidades internacionales posteriores al Estado transgresor de los derechos fundamentales y unifique la interpretación sobre el alcance y contenido de los derechos fundamentales»⁵²⁴.

Una vez superada la llamada *guerra de cortes o choque de trenes*, planteada por la profesora Rosario Serra, y la necesidad de incluir el control constitucional sobre las sentencias y resoluciones de la justicia ordinaria, como una fórmula de cierre interna que reivindique los derechos subjetivos y al mismo tiempo evite sanciones de la jurisdicción internacional, lo cierto es que el panorama interpretativo y normativo que rige en la acción extraordinaria de protección en Ecuador, se torna insuficiente para resolver las absoluciones fraudulentas.

⁵²¹ Serra Cristóbal, *La guerra de las cortes*, 30.

⁵²² Agustín Grijalva Jiménez, «Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional», en *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, coord. por Ramiro Ávila Santamaria, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 270.

⁵²³ Sebastián López, «La Acción Extraordinaria de Protección y las decisiones judiciales», en *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, ed. por Claudia Escobar García (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010), 699.

⁵²⁴ *Ibíd.*, 692.

Antes de observar las insuficiencias propuestas, acerquémonos primero al concepto de amparo y sus principales características, que por su naturaleza se asemeja a la acción extraordinaria de protección del país latinoamericano.

El tratadista Pablo Pérez Tremps entiende estrictamente que: «el recurso de amparo es un mecanismo de salvaguardia de derechos constitucionalmente garantizados, esto es, como un instrumento procesal de protección de situaciones subjetivas. Pero, también puede observarse el recurso de amparo como un mecanismo de interpretación de la Constitución, esto es, como algo que, trascendiendo de las situaciones subjetivas se proyecta más allá, alcanzando una dimensión objetiva»⁵²⁵. Como vemos, el amparo constituye un mecanismo de defensa de los derechos constitucionales, de forma subjetiva como derecho personal frente al arbitrio del Estado, y, de carácter objetivo como reivindicación de la funcionalidad del Estado constitucional.

La Constitución del Ecuador, en el art. 94, establece que la acción extraordinaria de protección procederá «contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal». Añade el art. 437.2 de la norma fundamental que la Corte constatará: «que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución».

Como vemos, esta acción constitucional procede contra decisiones definitivas o cuando en el juicio se violen garantías orgánicas y procesales. Para el profesor Javier Pérez Royo la referida acción constitucional sirve «cuando falla la garantía de protección de los derechos, para corregir los errores que pueda cometer el sistema de protección de derechos diseñado por el constituyente»⁵²⁶. En cierta medida y a primera vista, esta acción podría ser suficiente para revisar las absoluciones fraudulentas, no obstante, existe una problemática diversa que impide detectar y declarar la nulidad de procesos con violaciones flagrantes al debido proceso.

Los rasgos esenciales de esta acción constitucional guardan similitud en la legislación ecuatoriana y española, por ello, realizaré una agrupación generalizada que permitirá esgrimir las insuficiencias interpretativas y normativas. La acción extraordinaria de protección tiene el carácter de ser: a) extraordinaria; b) residual; c) de relevancia constitucional, d) temporal.

⁵²⁵ Pablo Pérez Tremps, *El recurso de Amparo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 33.

⁵²⁶ Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2001), 601.

a). Esta acción es de carácter extraordinaria. Según el criterio de la constitucionalista ecuatoriana Carmen Estrella, «no basta la mera insatisfacción con la resolución y la aspiración de que esta se revoque, como puede ocurrir al interponer recursos horizontales o verticales en la jurisdicción ordinaria, es necesario que se encuentre presente el supuesto concreto previsto en la norma constitucional [...]»⁵²⁷. Esto quiere decir, que debe existir una vulneración flagrante a las garantías orgánicas y procesales no remediadas en la jurisdicción ordinaria por los mecanismos de impugnación verticales y horizontales que fueron estudiados en el apartado 2.1 de este capítulo.

b). El accionante debe observar el carácter residual de esta acción. Según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador (LOGJCC), en su art. 61.3, dice que se debe demostrar «haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, salvo que sean ineficaces o inadecuados o que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia del titular del derecho constitucional vulnerado»⁵²⁸.

En este caso, para el control de legalidad el juzgador debe observar que se agotaron los recursos ordinarios de apelación y de casación, este último es de naturaleza extraordinaria cuya competencia es de la Corte Nacional de Justicia. En el caso de España, la acción de amparo también es de carácter residual y, según la académica Carmen Estrella, «en todos los supuestos sobre los que deba pronunciarse el Tribunal Constitucional, debe existir una sentencia previa de otro órgano jurisdiccional»⁵²⁹.

c). La LOGJCC, art. 62.2 establece: «Que el recurrente justifique argumentadamente, la relevancia constitucional del problema jurídico y de la pretensión». Con este requisito se excluyen alegaciones de mera legalidad que surjan en la investigación o en el proceso, como la apreciación de la prueba⁵³⁰, falta de aplicación o errónea aplicación de la ley⁵³¹, además, elimina del margen de apreciación temas de carácter subjetivo como consideraciones de lo injusto o equivocado de la sentencia⁵³².

Resolver un problema jurídico de relevancia constitucional tiene un trasfondo que conecta con las garantías orgánicas de independencia e imparcialidad judicial, y los resguardos básicos del debido proceso, siempre que las violaciones no se hayan subsanado. Por ejemplo,

⁵²⁷ Carmen Estrella C., «La acción extraordinaria de protección» (tesis maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010), 65, <http://hdl.handle.net/10644/1138>.

⁵²⁸ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de 21 de septiembre de 2009 (*Registro Oficial Suplemento* 52 del 22 de octubre de 2009), art 61.3.

⁵²⁹ Estrella C., «La acción extraordinaria de protección», 43.

⁵³⁰ LOGJCC, art 62.5.

⁵³¹ *Ibid*, art 62.4.

⁵³² *Ibid*. art. 62.3.

la Corte Constitucional del Ecuador puntualizó «que el incumplimiento de la garantía de ser juzgado por un juez competente adquiere relevancia constitucional, solamente que se evidencien graves vulneraciones al debido proceso, que no fueron corregidas oportunamente por la justicia ordinaria»⁵³³.

En un contexto unitario se considera la relevancia constitucional cuando el juez aplicó una norma inconstitucional, lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva o no protegió los derechos fundamentales implicados en el proceso⁵³⁴.

d). La última característica sobresaliente de la acción extraordinaria de protección es la temporalidad. Con ello, se entrega un plazo de veinte días para plantear la acción, pues se busca colocar el punto final a los procesos seguidos en la jurisdicción ordinaria que se pondrán a buen resguardo con la garantía de la cosa juzgada, siempre que la sentencia condenatoria o absolutoria sea colocada de forma debida o justa. La LOGJCC, art. 60, establece: «el término máximo para la interposición de la acción será de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional, para quienes fueron parte; y, para quienes debieron serlo, el término correrá desde que tuvieron conocimiento de la providencia». En el caso de España el tiempo para interponer esta acción será de treinta días desde la notificación judicial que viole derechos.

Las características descritas en realidad son presupuestos formales de la acción extraordinaria de protección, que en su conjunto activan la marcha de la jurisdicción constitucional. Ahora bien, según la hipótesis propuesta, intentaremos demostrar que en la justicia constitucional existen problemas interpretativos y normativos que influyen en la procedencia, verificación y nulidad de las absoluciones fraudulentas. Siendo, por tanto, las mencionadas barreras de procedencia, un problema latente para cerrar los conflictos sociales en la jurisdicción interna, dejando de tal modo abierta la responsabilidad objetiva del Estado a nivel internacional, como acabamos de ver en el apartado 3 de este capítulo.

4.1.1 Las causas de insuficiencia constitucional para revisar las sentencias con contenido fraudulento

Como se ha dicho, la acción extraordinaria de protección procede contra sentencias y autos en los que se haya violado por acción y omisión derechos reconocidos en la constitución,

⁵³³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 1598-13-EP/19, de 19 de diciembre de 2019.

⁵³⁴ *Ibíd.*, 43.

esto es, que se demuestre que dentro de una causa se han violado las garantías del debido proceso (garantías orgánicas y procesales). Para identificar los actos que lesionan el debido proceso en las sentencias o autos fraudulentos, presentamos cuatro barreras que dificultan el cauce de la justicia constitucional.

La primera es de carácter interpretativo, por la forma como la Corte Constitucional, en la acción objeto de nuestro estudio, utiliza los métodos literal y teleológico que por su naturaleza impiden extender el alcance de la ley procesal penal. La segunda barrera se debe a una selectividad de los fallos debido a una restricción normativa, pues la LOGJCC, obliga admitir el recurso constitucional para sentenciar «sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional». El tercer problema se debe a la obscura regulación normativa, pues en su ambigüedad indica que la acción procede en contra de «sentencia o auto definitivo» y, por otra parte, el recurrente debe demostrar que se haya «violado el debido proceso en el juzgamiento», siendo dos momentos procesales distintos, como veremos. El cuarto obstáculo lo encontramos en el tiempo que la norma otorga al accionante para interponer la acción, y, precisamente para descifrar las complejas estructuras de criminalidad del poder en Ecuador, se necesitaron varias décadas.

En resumen, el problema de interpretación es atribuible al juzgador mediante la línea jurisprudencial creada y que es modificable en el tiempo de acuerdo con el método de interpretación que escojan los jueces de la Corte Constitucional. En cambio, los obstáculos normativos identificados son de exclusiva responsabilidad en la técnica legislativa al momento de producir la norma. Las barreras enunciadas en su conjunto, afectan tanto al derecho subjetivo de los intervinientes como al derecho objetivo en la configuración correcta del Estado constitucional de derecho.

a. Un problema en el método de interpretación constitucional

Como se ha dicho desde un principio, no se debe confundir la acción extraordinaria de protección con otra instancia judicial, según Patricio Pazmiño exjuez de la Corte Constitucional:

De ahí que la primera variable de este sistema concreto está dada por la especialización del órgano para asuntos exclusivamente constitucionales, por lo que la Corte Constitucional no puede entrar a resolver cuestiones legales, sino debe direccionarse al análisis de la presunta violación de derechos constitucionales y de normas del debido proceso; por lo que se debe realizar

una diferenciación del papel asumido por la Corte Constitucional frente a la justicia Ordinaria⁵³⁵.

Bajo este criterio recogido, la Corte Constitucional ecuatoriana se enfrentará a un problema de índole constitucional, como es la tensión entre dos principios centrales, por un lado, la justicia como fin supremo del Estado según el art.1 de la carta fundamental⁵³⁶, y, por otra parte, la seguridad jurídica⁵³⁷. Esta controversia en la esfera constitucional puede ser resuelta con los métodos y reglas de interpretación constitucional recogidos en la LOGJCC, art. 3, entre varias soluciones entregadas por el legislador sobresale la ponderación⁵³⁸. Por la falta de regulación normativa del COIP para revisar las sentencias con contenido fraudulento, el intérprete entrega mayor valor al principio de justicia sobre la seguridad jurídica del ordenamiento⁵³⁹.

La salida esbozada puede ser viable para los casos concretos que conozca la Corte ecuatoriana en materia constitucional, pero frente al gran bagaje de crímenes que comete el poder, como vimos en el primer capítulo⁵⁴⁰, el problema descrito amerita una edificación normativa, como trataremos en el apartado 5 letra e) del este capítulo. Sin embargo, el máximo organismo ecuatoriano en las acciones extraordinarias de protección, según el exjuez Pazmiño⁵⁴¹, maneja de forma mayoritaria la regla de interpretación literal⁵⁴² y teleológica⁵⁴³ para resolver los conflictos propuestos.

Ahora bien, recordemos que el sistema garantista permite de forma exclusiva revisar las condenas erróneas, para ello, establece una cláusula de interpretación cerrada en materia penal, así lo establece de forma expresa el COIP: «los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma. Queda prohibida la

⁵³⁵ Patricio Pazmiño Freire, «La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista», *Umbral: Revista de Derecho Constitucional* 3 (2013): 30, ISSN: 1390-6615.

⁵³⁶ Constitución del Ecuador, art. 1. «El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia [...].

⁵³⁷ *Ibid*, art 82: «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.».

⁵³⁸ LOGJCC, art. 3.3: «Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».

⁵³⁹ Véase el apartado 5 del presente capítulo.

⁵⁴⁰ Véase el Cap. I, apdo. 3.

⁵⁴¹ Patricio Pazmiño indica que el organismo constitucional, en 9 de cada 10 sentencias, se decanta por el uso de los métodos literal y teleológico, para la argumentación y fundamentación de sus decisiones. «La acción extraordinaria de protección en Ecuador: cuestiones de legitimidad y eficacia» (tesis doctoral, Universitat de València, España, 2015), <http://hdl.handle.net/10550/45813>

⁵⁴² LOGJCC, art 3.7. Interpretación literal: «Cuando el sentido de la norma es claro, se entenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.»

⁵⁴³ Sobre la interpretación teleológica la LOGJCC, en su art. 3.6, establece que: las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permitan la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos»⁵⁴⁴.

Por la manera como la Corte ha venido creando la línea jurisprudencial en las acciones extraordinarias de protección usando los métodos de interpretación literal y teleológica, se encuentra ante la real prohibición de crear o ampliar los límites para declarar nulidades frente a las absoluciones fraudulentas. Si utilizara cualquiera de estos dos métodos de interpretación, se hallaría ante una flagrante contradicción con la regulación ideada por el legislativo en el COIP.

Lo dicho no descarta que la Corte Constitucional del Ecuador puede cambiar la línea jurisprudencial de acuerdo con los patrones fácticos de quienes lo decidan, aplicando la variedad de métodos y reglas de interpretación entregada por el legislador para la resolución de conflictos; este giro puede resultar suficiente para enfrentar las absoluciones fraudulentas. A esto le sumamos el cambio de paradigma en la estructura constitucional ecuatoriana, que en el año 2008 adoptó la corriente denominada *neoconstitucionalista*.

Acorte con lo anterior, bastaría que la Corte en un caso en concreto presente una tensión entre los principios de justicia y seguridad jurídica, y resuelva bajo el método de ponderación que sobrepone un valor sobre otro.

Pero como veremos en el apartado 5 letra e) de este capítulo, usar el método de ponderación para revisar las absoluciones fraudulentas en la jurisdicción ordinaria supone varios problemas. En el plano jurídico utilizar dicho método implica sacrificar el principio de legalidad penal por la amplia discrecionalidad del intérprete, que además invade el terreno del poder legislativo en lo que concierne a la producción normativa. Además, existe una gran influencia política del Consejo de la Judicatura en la conformación y permanencia de los jueces, situación que condiciona resolver con independencia⁵⁴⁵.

En consecuencia, no detallamos los otros métodos de interpretación constitucional que pudieran ser aplicables para resolver a favor de las absoluciones fraudulentas, toda vez que nuestra propuesta nace desde el constitucionalismo garantista o normativo, y según lo analizado en el apartado 5 de este de este capítulo, no concebimos la ponderación judicial como un método fiable de aplicación. De este modo, planteamos edificar estándares normativos para identificar los juicios fraudulentos desde el poder legislativo y no desde la vertiente judicial,

⁵⁴⁴ COIP, art. 13.2.

⁵⁴⁵ Véase el Cap. II, apdo. 2.2.3.1.

respetando la separación de poderes, la sujeción estricta a la ley y la función cognoscitiva del juez, como características sobresalientes del Estado constitucional de derecho.

b. Sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional

Otra barrera identificada, normada como presupuesto procesal de admisión para conocer la acción extraordinaria de protección, es que la Corte deberá «sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional»⁵⁴⁶. Esta regulación ambigua condiciona la garantía de recurrir el fallo a una valoración *sub judice*, donde pesaran factores externos, no normativos, es decir, a cuestiones del fuero interno del juzgador. Además, el problema se agrava por la permanencia de poderes ocultos y desregulados en la democracia constitucional ecuatoriana como el político, económico y mediático⁵⁴⁷, que pueden influir en la admisión o no del recurso según su conveniencia en la causa.

La regulación descrita condiciona la protección de los derechos subjetivos en litigio y la vigencia del derecho objetivo, restringiendo la admisibilidad a cuestiones extrajurídicas e incluso a un asunto de voluntariedad judicial. Esta problemática también es identificada por el exjuez constitucional Pazmiño, quien dice:

Que, si para que proceda la acción, es necesaria la afectación al interés nacional (relevancia y trascendencia), la acción extraordinaria de protección se convierte en un instrumento destinado primariamente a salvaguardar dicho interés (de la forma en que lo hacen, por ejemplo, los recursos “en interés de la ley”, o las revocaciones de actos administrativos por afectación del interés general u otras instituciones análogas) y, sólo subsidiariamente, a garantizar los derechos de los ciudadanos⁵⁴⁸.

Este requisito de admisión coloca en estado de peligro e hibernación a los derechos subjetivos, que buscan tutela en la esfera constitucional como cláusula de cierre de los conflictos sociales en la jurisdicción nacional. En el caso de las absoluciones fraudulentas generadas en la jurisdicción ordinaria por quebranto de las garantías orgánicas y procesales, bastará que en la esfera constitucional los poderes desregulados generen influencia en la decisión judicial para calificar o no determinado caso, con escasa o nula relevancia y trascendencia nacional, y, por tanto, inadmitir a trámite esta acción. Incluso el exjuez

⁵⁴⁶ LOGJCC, art 62.8.

⁵⁴⁷ Véase el Cap. I, apdo. 1.2 y 1.3.

⁵⁴⁸ Pazmiño Freire, «La acción extraordinaria de protección en Ecuador», 309.

Pazmiño, en las conclusiones de su tesis doctoral, propone una regulación más coherente en relación con la admisión de esta acción y se aclare las exigencias de gravedad y relevancia de trascendencia nacional, tanto por su delimitación como por sus consecuencias⁵⁴⁹.

c. Una oscura regulación: ¿la acción procede sobre la sentencia o sobre el juzgamiento?

La técnica legislativa debe regular de forma clara y precisa los enunciados normativos que vinculan a los gobernados y la exigibilidad de quienes gobiernan. Este aspecto guarda relación con el derecho a la seguridad jurídica que se «fundamenta en el respeto de la Constitución y la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes»⁵⁵⁰. La acción extraordinaria de protección tiene oscuros pasajes de procedencia, cuando en la constitución ecuatoriana establece que la acción «procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución»⁵⁵¹; en otro enunciado, dice que el recurrente debe demostrar que «en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución [...]»⁵⁵².

Esta regulación poco clara también es observada por el exjuez Pazmiño, cuando en las conclusiones de su trabajo de investigación propone una reforma a los arts. 94 y 437 de la constitución ecuatoriana, «en especial haciendo coincidir la enumeración de los actos contra los que procede y aclarando de forma inequívoca, si se trata de una acción contra resoluciones que violan derechos o contra procesos que violan derechos (sea o no en la resolución final)»⁵⁵³.

El panorama es confuso sobre la causa específica de procedencia de la acción, no puntualiza si procede: a) *contra sentencias* que violan derechos del recurrente, o b) cuando se violan garantías orgánicas y procesales en el *juzgamiento*; siendo dos pasajes procesales diferentes delimitados por el principio de preclusión.

En el primer caso, como sabemos, la sentencia es consecuencia del juzgamiento, que para su configuración como tal tiene que reunir varios requisitos concurrentes compactados en la parte motiva, expositiva y resolutive⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ *Ibíd*, 404

⁵⁵⁰ Constitución del Ecuador, art 82.

⁵⁵¹ Constitución del Ecuador., art 94.

⁵⁵² Constitución del Ecuador., art 437. 2.

⁵⁵³ Pazmiño Freire, «La acción extraordinaria de protección en Ecuador», 403.

⁵⁵⁴ El COIP, art. 622 detalla los once requisitos que debe contener la sentencia.

En el segundo caso, el juzgamiento antecede a la sentencia propiamente dicha. En el sistema adversarial acusatorio como el ecuatoriano hay cuatro fases bien definidas en el juicio: los alegatos de apertura; la presentación de pruebas; los alegatos de clausura, y la sentencia⁵⁵⁵. En cada una de ellas existe una serie de actos procesales marcados por el respeto de las garantías penales y procesales.

En este sentido, se evidencia una obscuridad en la norma constitucional, pues no es clara al especificar sobre cuál causa recae la acción extraordinaria de protección, si sobre la sentencia, o sobre el juzgamiento; además, no puntualiza si son de carácter concurrente o procede de forma independiente la una de la otra. Con este panorama, la acción extraordinaria de protección puede tener diferentes interpretaciones, con resultados ambiguos, y, por tanto, una violación flagrante a los derechos de las víctimas.

Como resultado, la imprecisión legislativa atenta contra el derecho a tener normas claras y precisas; la Corte Constitucional por la forma como desarrolla la práctica interpretativa con los métodos literales y teleológicos, puede favorecer una absolución fraudulenta posicionada en la jurisdicción ordinaria.

El problema en la técnica legislativa no es un asunto menor, pues su ambigüedad afecta a la sujeción y aplicación del juez a la ley. Según Ferrajoli, depende «mucho más de su formulación como regla del grado de taxatividad y de determinación del lenguaje legal; mientras la indeterminación normativa, y la consiguiente discrecionalidad judicial son siempre un factor de deslegitimación de la actividad del juez»⁵⁵⁶.

Cuando el legislador guarda claridad y rigurosidad en el formulación de la norma constitucional y legal, inhibe el activismo judicial, que entre los factores más graves de la discrecionalidad judicial, a decir del profesor italiano: «es la crisis del lenguaje legal, que ha llegado a ser ya una verdadera disfunción: por la imprecisión y la ambigüedad de las formulaciones normativas por su oscuridad y, a veces por su contradictoriedad, por la inflación legislativa que ha comprometido la capacidad reguladora del Derecho»⁵⁵⁷.

El profesor italiano es claro al decir que la imprecisión en el lenguaje legal afecta la funcionalidad del Estado de derecho: «debemos darnos cuenta que la oscuridad, la vaguedad y la indeterminación del lenguaje legal, aun cuando en alguna medida eliminables, no son

⁵⁵⁵ El COIP, regula la etapa de juicio desde el art. 609 al 621.

⁵⁵⁶ Luigi Ferrajoli, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», 50. Los jueces no pueden crear o ignorar normas, lo que implicaría una invasión en la esfera política de la legislación, sino solo censurar su invalidez cuando son contrarias a la Constitución: anulándolas si se trata de la jurisdicción constitucional, o promoviendo cuestiones de inconstitucionalidad si se trata de la jurisdicción ordinaria.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, 51.

simples defectos de la legislación. Son un vicio jurídico de ésta, porque violan los principios de la separación de poderes y de la sujeción de los jueces a la ley, y, por ello, comprometen el mantenimiento del edificio del Estado de derecho en su totalidad»⁵⁵⁸.

Como corolario propone retomar el programa ilustrado de Gaetano Filangieri y de Jeremy Bentham de una ciencia de la legislación integrándola con un programa de la ciencia de la constitución, como la llamó Gian Domenico Romagnosi⁵⁵⁹. En este sentido, Luis Prieto Sanchis, ha planteado una nueva ciencia de la legislación: una minimalista, que persigue una mejor producción normativa, con relativa independencia del contenido de las leyes y de los fines del legislador. Y la otra maximalista, que asume una función crítica no ya frente a la forma de las leyes, sino también frente a su contenido y a los fines que persigue⁵⁶⁰.

d. La falta de tiempo para recurrir en complejas estructuras de poder

El último problema estructural que influye en la revisión de las sentencias absolutorias con contenido fraudulento, es el tiempo que otorga la LOGJCC para plantear la acción, el art. 60 establece: «El término máximo para la interposición de la acción será de veinte días contados desde la notificación de la decisión judicial a la que se imputa la violación del derecho constitucional, para quienes fueron parte; y, para quienes debieron serlo, el término correrá desde que tuvieron conocimiento de la providencia».

La sala de Admisión de la Corte Constitucional se pronunció en el caso n.º 0101-10, del 7 de junio de 2010, donde marcó un precedente sobre la extemporaneidad de la acción extraordinaria de protección presentada fuera del término previsto, esto es, dentro de los veinte días⁵⁶¹. Con esta decisión la Corte afianza la seguridad jurídica al no dejar plazos abiertos para plantear la acción fuera del tiempo previsto. El tratadista José Antonio Rivera advierte: «se

⁵⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁵⁹ Explica Ferrajoli: «Pasada la época de las primeras constituciones, que se caracterizaban inevitablemente por un lenguaje declamatorio, nada impide el desarrollo de una técnica de formulación de las normas legislativas y constitucionales – de las reglas y de los principios, como así también de sus límites y de los límites a sus límites, a su vez enunciados explícitamente- en un lenguaje lo más simple, claro y preciso posible». *Ibíd.*, 52.

⁵⁶⁰ Luis Prieto Sanchis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 193.

⁵⁶¹ Corte Constitucional del Ecuador, Auto de inadmisión en el caso No. 0101-10-EP: «[...] La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, dispone en su Art. 60 que, el término máximo para la interposición de la acción extraordinaria será de veinte días. De la lectura de la demanda y revisión procesal se desprende lo siguiente: 1.- La accionante impugna el auto emitido el 4 de diciembre de 2009, por el Juez Tercero de lo Civil y Mercantil de Chimborazo, el mismo que se encuentra ejecutoriada por el ministerio de la ley. 2. La hoy demandante concurre ante esta Corte Constitucional y presenta su demanda de acción extraordinaria de protección el 27 de enero de 2010, como consta de la fe de presentación que corre a Fs. S3 Vta., es decir fuera del término previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, vigente desde el 22 de octubre de 2009 y aplicable por lo tanto al presente caso [...]».

entiende que la persona cuyos derechos fundamentales han sido lesionados (...) debe ejercitar su derecho de accionar la vía constitucional extraordinaria de manera inmediata y oportuna. (...) Si no ejercita su derecho de recurrir contra la sentencia judicial que lesiona sus derechos fundamentales, es legítimo presumir que voluntariamente admite y consciente el ilegal e indebido y renuncia a su derecho»⁵⁶².

Sin embargo, en complejas estructuras de criminalidad del poder, como los perpetrados contra la humanidad, los delitos de corrupción, los ilícitos de narcotráfico y los llamados crímenes económicos (vistos en el Cap. I, apdo. 3), tienen como punto en común la impunidad sostenida en el tiempo gracias a la influencia y abstracción de las garantías orgánicas de jueces y de fiscales, encargados de su investigación y juzgamiento, como hemos visto a lo largo de este trabajo.

Una muestra del sistema de impunidad en la justicia ecuatoriana, se verá en el siguiente capítulo; en un crimen del poder como son las violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, se instauraron investigaciones y juicios fraudulentos, colocando el punto final en las investigaciones hace varias décadas atrás. Incluso, dicha patología se ha sostenido y repetido en la frágil democracia ecuatoriana, perpetrando en la actualidad varios crímenes de la especie, conforme lo demostramos en los casos descritos en el apartado 1.3. del referido capítulo.

Detectar la influencia de los poderes políticos, económicos y mediáticos, llevaron varias décadas desde su comisión; tal es el caso que en el año 2010 la Comisión de la Verdad entregó un informe final a la fiscalía del Ecuador donde se evidencian más de un centenar de crímenes. Los procesos reposan en estado de cosa juzgada fraudulenta, calidad que impide precisamente plantear esta acción constitucional en el plazo de veinte días, pues las resoluciones, por su naturaleza, están firmes en la jurisdicción ordinaria desde hace varios años atrás.

Incluso, la LOGJCC que regula el procedimiento constitucional, entró en vigor en octubre del 2009, en su disposición transitoria quinta establece: «podrán plantearse las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución de la República». Dicha disposición insidió en un primer momento en las resoluciones anteriores al año 2008, siendo afectados los procesos fraudulentos por crímenes de lesa humanidad perpetrados en el

⁵⁶² José Antonio Rivera Santiváñez, «El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada. Una perspectiva del tema en Bolivia», *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional* 6 (2002): 462, ISSN 1138-4824.

periodo presidencial 1984-1988, y violaciones a los derechos humanos comprendidos en los periodos gubernamentales de 1988 hasta el 2008.

Sin embargo, siendo un caso excepcional, a raíz del Informe de la Comisión de la Verdad del 2010, la fiscalía del Ecuador abrió nuevas investigaciones en la justicia ordinaria sobre los procesos fraudulentos en crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos perpetrados antes que entrara en vigor la Constitución del 2008. La reapertura de las investigaciones se realizó con el fin de desmembrar el sistema de impunidad, y bajo este panorama, los veinte días regulados en la LOGJCC puede parecer suficiente en futuros casos que demande plantear la acción extraordinaria de protección. Pero en una jurisdicción como la ecuatoriana, con problemas en su independencia (como lo vimos en el Cap. II, apdo., 2.2.3), no es posible. Siendo en tal virtud el plazo de veinte días insuficiente en complejas estructuras de impunidad del poder judicial.

No debemos perder de vista la naturaleza extraordinaria y residual de la acción objeto de estudio, por tanto, se deben agotar los mecanismos de impugnación de la justicia ordinaria como son la apelación y casación⁵⁶³; salvo que sean ineficaces o inadecuados, como realmente lo son, pues el sistema de impugnaciones no da paso a la revisión de sentencias absolutorias sean fraudulentas o no.

Desde otro ángulo, estamos de acuerdo que los sistemas jurídicos en la esfera ordinaria y constitucional deben colocar tiempos perentorios para plantear los recursos y acciones, pues poner el punto final a las controversias sociales con resultados justos, verdaderos y duraderos, demuestra un equilibrio entre los principios de justicia y de seguridad jurídica. Pero será legítimo aceptar el resultado final si se colocó de forma debida y justa, es decir, con las reglas del debido proceso, como hemos venido insistiendo.

Entonces, debemos prestar especial atención a la realidad ecuatoriana en torno a la persistencia del poder oculto, que ejecuta una gran variedad de crímenes. Por ello, nuestra respuesta principal es desde la jurisdicción ordinaria, promoviendo la causal de revisión sin un límite de tiempo, a ser detectados con los supuestos normativos que identifican las resoluciones fraudulentas; de esta forma y en cierta medida, se logrará evadir los problemas actuales de la justicia constitucional, que, por cierto, también amerita una repuesta de carácter constitucional a la altura de las actuales amenazas que enfrenta la democracia ecuatoriana.

⁵⁶³ Véase los apartados 2.1.1, y 2.1.3 de este capítulo.

5. Entre la decisión justa y la seguridad jurídica

Cuando las jurisdicciones internas y los organismos internacionales, como el TEDH y la Corte IDH, promueven la revisión de sentencias condenatorias firmes se genera una tensión entre los principios de justicia y seguridad jurídica. Tanto las constituciones como los altos tribunales ecuatorianos y españoles, guardan consonancia con la supremacía de la justicia sobre la seguridad jurídica cuando se trata de liberar a un inocente que ha sido condenado. Es decir, se promueve de forma excepcional el triunfo de la verdad material sobre la seguridad del ordenamiento jurídico, con el fin de evitar el sufrimiento del inocente material.

El escenario propuesto no sucede en el caso de un responsable que ha sido absuelto, de hecho, el sistema blinda la sentencia absolutoria sea o no fraudulenta. Los argumentos a favor de esta postura giran alrededor de la repetición irracional del poder punitivo del Estado, para precautelar el buen nombre de la administración de justicia y el respeto a la seguridad jurídica. No obstante, defender la seguridad jurídica es viable cuando la sentencia absolutoria se haya resuelto de forma debida o justa, esto es, respetando las garantías orgánicas y procesales. De lo contrario, la seguridad debería ceder frente a absoluciones fraudulentas cuando no se hayan respetado dichas garantías. Desde otra vertiente, aceptar la sentencia absolutoria en ese estado, afecta las garantías del debido proceso, los derechos de las víctimas y el de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido.

Ahora bien, para allanar este camino entre la seguridad jurídica y la justicia en el caso de las sentencias absolutorias con contenido fraudulento, existen dos salidas: la primera, de carácter axiológico y, la segunda, de contenido normativo, que apoyamos en esta tesis.

La primera es acoger la corriente conocida como postpositivista, principialista o argumentativa, que entrega un papel central de ponderación a la jurisdicción. De esta forma, se otorgaría mayor valor o peso argumentativo al principio de justicia sobre la seguridad jurídica, para inclinar la balanza a favor de la revisión de los fallos absolutorios. En cierta medida, la resolución del caso «González y otros» se apoyó en dicho método y, además, en el llamado control de convencionalidad, como examinaremos⁵⁶⁴.

La otra vertiente, impulsada en esta tesis, es la producción normativa desde el poder legislativo. Esta propuesta se apoya en la extensión del recurso de revisión de sentencias absolutorias con contenido fraudulento, edificando una causal propia en base a la identificación del contenido interno y externo de la cosa juzgada (analizado en el Cap. II, apdo. 2 y 2.3). Esta

⁵⁶⁴ Véase el Cap. IV, apdo. 3 y 3.1.

salida normativa tiene cabida en el modelo de juez propuesto, sujeto al principio de legalidad en respeto a la independencia judicial y a la separación de funciones.

Ahora veamos las premisas expuestas sobre la aparente tensión entre los principios de justicia y seguridad jurídica, con las salidas planteadas en torno a la revisión de las absoluciones fraudulentas.

5.1 Un aparente equilibrio entre justicia y seguridad jurídica

En las Constituciones de Ecuador⁵⁶⁵ y España⁵⁶⁶ intenta tomar prevalencia el principio de justicia sobre la seguridad jurídica, aunque no de forma absoluta, pues la seguridad jurídica también es un principio de trascendencia constitucional en las dos esferas. En este sentido, el Tribunal Supremo Español recoge una idea de equilibrio de los dos principios y sus efectos entre la cosa juzgada y el proceso de revisión, cuando interpreta la LECrim, art. 954. 4: «resolver la pugna entre dos principios básicos del ordenamiento jurídico el de la eficacia de la cosa juzgada con efectos de seguridad jurídica que impide un nuevo enjuiciamiento del hecho ya resuelto por sentencia firme y el de justicia material que es uno de los valores superiores que ha de informar todo nuestro ordenamiento jurídico»⁵⁶⁷.

De igual forma, la Corte Constitucional del Ecuador realiza un análisis entre el equilibrio y eventual supremacía de la justicia sobre la seguridad, al momento de resolver una acción constitucional interpuesta por responsables de graves violaciones a derechos humanos, por la supuesta vulneración de la garantía de la cosa juzgada. En este caso, los argumentos de la Corte ecuatoriana se inclinaron de forma excepcional a favor de la justicia, indicando que la seguridad jurídica «no se agota en las meras formas, pues en muchos casos dichas formalidades y solemnidades podrían ser el mecanismo de perpetuación de una injusticia o una sinrazón jurídica»⁵⁶⁸.

La Corte ecuatoriana acotó que la seguridad jurídica es «uno de los resultados de la certeza que otorga el cumplimiento de la normatividad jurídica en el tiempo y a lo largo del proceso, siempre y cuando dichas normas sean justas y provoquen desenlaces justos, y cuya

⁵⁶⁵ Constitución del Ecuador, art. 1: «El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia».

⁵⁶⁶ Constitución de España, art.1.1 «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia».

⁵⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, del 28 de mayo de 1997.

⁵⁶⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 0585-09-EP, Sentencia 021-10-SEP-CC, de 11 de mayo de 2010, 9.

inobservancia sea la razón y esencia misma de una sentencia, pues lo contrario configuraría una situación jurídica injusta, írrita o fraudulenta»⁵⁶⁹.

En este caso, las Cortes constitucionales inclinan sus argumentos a favor de la tranquilidad del sistema de justicia, a la certeza de las normas y el proceso, pero con desenlaces justos; de lo contrario, la seguridad jurídica debería ceder a favor de la justicia cuando precisamente provoquen absoluciones con estados de cosa juzgada fraudulenta.

5.2 El descrédito y la tranquilidad del sistema de justicia

Como vimos en el apartado 2.1.4. c) de este capítulo, la revisión procede en contra de sentencias con condenas erróneas o injustas, es decir, sobre una persona inocente condenada; en este caso, la seguridad del sistema jurídico sede a favor de la justicia. De manera contraria, parte de la doctrina manifiesta que, si el ordenamiento jurídico permitiera la revisión de los fallos absolutorios, el sistema sufriría un descrédito. En este último caso, la seguridad jurídica tiene mayor peso sobre los principios de justicia. Los procesalistas Valentín Cortés y Víctor Moreno explican: «sí también cupiese la revisión de sentencias absolutorias estaría en juego fundamentalmente el prestigio de la propia Administración de Justicia, que propiciaría una inseguridad en sí misma injusta»⁵⁷⁰.

Los tratadistas citados interpretan el prestigio y la seguridad del sistema como barreras para la revisión de fallos absolutorios. Sin embargo, no se toma en cuenta que la absolución del culpable material debe realizarse de forma debida o justa; de lo contrario, el sistema sería cómplice de sus propias falencias. Con el mismo argumento, el descrédito de la administración de justicia será proporcional al colocar barreras jurídicas para el acceso a la justicia de las víctimas. A su vez el procesalista Ballesteros dice: «si la Justicia como valor superior es un fundamento de la revisión penal pudiera ser predicable en ambos sentidos, es decir, admitir tanto la revisión de sentencias firmes condenatorias como absolutorias en determinados supuestos tasados»⁵⁷¹.

Por ejemplo, el proceso penal alemán permite la revisión de absoluciones y de condenas con el fin de llegar a la verdad de los procesos, incluso, sobre la tranquilidad jurídica. En esta esfera, el profesor Ballesteros recoge el siguiente postulado: «*Wiederaufnahme eines durch*

⁵⁶⁹ *Ibíd.*

⁵⁷⁰ Valentín Cortés Domínguez y Víctor Moreno Catena, *Derecho Procesal Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 570.

⁵⁷¹ Ballesteros, *El proceso de revisión penal*, 38.

rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens», lo que significa: reapertura o reanudación de un proceso concluido por una sentencia con fuerza de ley; cediendo siempre la seguridad jurídica y la cosa juzgada frente al superior valor de la justicia, pues, si no se ha conseguido encontrar la verdad de lo realmente acaecido, el proceso se vuelve a abrir⁵⁷².

En el caso de Alemania la justicia es un valor supremo y está por encima de la seguridad, en otras palabras, no se valora la tranquilidad del sistema sino la verdad. Pero a este postulado le debemos observar con sumo cuidado; si bien en dicha esfera la revisión de las absoluciones se da por diferentes causales⁵⁷³, sin embargo, sobresale la siguiente causa de revisión «la confesión libre y voluntaria del absuelto en la participación del ilícito»⁵⁷⁴.

Si buscamos la anhelada verdad material, no significa que debamos ceder a las conquistas básicas del pensamiento ilustrado que fueron acogidas por la edificación garantista del proceso penal. En el caso de tomar como causa de revisión la auto inculpación del absuelto, en busca de la verdad, se torna peligrosa (como lo dijimos en el apartado 2.1.4 de este capítulo y en el Cap. II. apdo. 3.1). En primer lugar, porque da lugar a la vieja y recurrente práctica de la tortura para arrancar confesiones y auto delaciones. En segundo lugar, porque además de la confesión “voluntaria” de la persona absuelta, se requiere de la acusación fiscal el acopio de otras pruebas objetivas conducentes a la participación de quien confiesa⁵⁷⁵.

En esta misma línea, recordemos que el proceso penal garantista es un sistema de vínculos y límites del poder bajo la sujeción de la ley. Sin embargo ¿qué pasa cuando el poder se alinea a favor del acusado para propender su meditada absolución? Si bien las garantías se edificaron para contener los poderes desmedidos del Estado a favor de los desprotegidos, estas pierden su esencia protectora cuando la cosa juzgada no contiene los elementos internos (identidad, objeto y causa); así como para su obtención no se respetaron las garantías orgánicas ni procesales (la independencia e imparcialidad judicial). Bajo este escenario, la esencia protectora de la garantía desaparece, porque no existe una configuración completa como tal,

⁵⁷² Ibid, 40.

⁵⁷³ Ley procesal alemana, art 362. «Será admisible la revisión desfavorable al acusado de un proceso terminado por sentencia con efectos de cosa juzgada: 1. Cuando un documento presentado en la vista principal como auténtico en favor del mismo no fuera auténtico o fuera falso; 2. Cuando el testigo o el perito se hubieran hecho culpables, dolosa o imprudentemente, de una violación de la obligación de jurar, o de una declaración prestada sin juramento dolosamente falsa, en la prestación de un testimonio o dación del informe favorable del acusado; 3. Cuando un Juez o Escribano hubiera participado en la sentencia, habiéndose hecho culpables, en relación con la causa, de una violación punible de sus obligaciones del cargo...». Código de Procedimiento Penal (*Strafprozessordnung*) (*StPO*), 7 de abril (Gaceta de Leyes Federales I, 15 de abril de 1987, Alemania).

⁵⁷⁴ Ibid, art 362. 4. «Será admisible la revisión desfavorable al acusado de un proceso terminado en sentencia de cosa juzgada cuando, dentro o fuera del Tribunal, se presentase por el absuelto su confesión creíble del delito.»

⁵⁷⁵ COIP. art, 509.

entonces, también se diluye el principio de la supremacía de la seguridad jurídica sobre la verdad.

Cuando el sistema permite la revisión de las condenas injustas o erróneas, pero no de sobre las absoluciones fraudulentas, el ideal de justicia plasmado en las constituciones de España y Ecuador se cumpliría de forma parcial. La profesora Silvia Barona concuerda con los postulados expuestos: «podría llegar a plantearse la posibilidad de la revisión en contra del reo, si partimos del fundamento de la revisión misma, apoyado en la idea de justicia. Tan injusto es condenar a un inocente como absolver a un culpable. La justicia, a la que se dirige el instituto de la revisión penal, exige que se revise una sentencia también si se ha disuelto a un imputado injustamente»⁵⁷⁶.

5.3 La tensión entre justicia y seguridad jurídica

Existe una aparente tensión condicionada entre la justicia y la seguridad jurídica. A primera vista, la seguridad del sistema siede a favor de lo justo cuando se trata de resolver una condena errónea; pero no sucede lo mismo cuando se trata de revisar una absolución fraudulenta. En este caso, los sistemas jurídicos entregan una aparente autonomía formal y absoluta a la seguridad jurídica sobre otros valores extrajurídicos (la justicia, el orden social, la verdad, etc.).

Sin embargo, la seguridad jurídica debe desconocerse cuando es injusta; en este sentido, el filósofo alemán Gustav Radbruch, indica como ejemplo el sistema normativo de la Alemania nacionalista: «el carácter de derecho está ausente además en todas las leyes que trataban a los seres humanos como bestias y les negaban los derechos humanos»⁵⁷⁷. Sobre esta afirmación, el profesor Ricardo García Manrique comenta: «siendo así, resultaría que la seguridad jurídica lo sería siempre de un derecho *no absolutamente* injusto [...] sino, cuando menos, *parcialmente* justo [...] y, por tanto, podría sostenerse que la seguridad jurídica recibe su valor moral del que, en su caso, quepa atribuir a los derechos humanos, pues cualquier grado de realización de la seguridad jurídica supondría algún grado de garantía de los mismos»⁵⁷⁸.

El profesor García Manrique, cuando estudia la obra del filósofo alemán, encuentra una regla de desconocimiento para resolver los conflictos entre lo justo y lo seguro: «en el caso

⁵⁷⁶ Silvia Barona Vilar, «La revisión penal», *Justicia: revista de derecho procesal* 4, (1987): 865, ISSN 0211-7754.

⁵⁷⁷ Gustav Radbruch, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* (Buenos Aires: Olejnik, 2019), 37.

⁵⁷⁸ Ricardo García Manrique, *El valor de la Seguridad Jurídica* (Madrid: Iustel, 2012), 161.

de que los derechos humanos no sean respetados por el derecho positivo, el conflicto entre justicia y seguridad jurídica se resuelva en favor de la primera»⁵⁷⁹. Está claro que esta regla no resolvería los problemas jurídicos: «puesto que, en el caso al que se refiere la regla, el derecho positivo no sería en realidad derecho y, por tanto, el conflicto entre justicia y seguridad no sería un conflicto jurídico o un conflicto entre justicia y seguridad jurídica»⁵⁸⁰.

Ahora bien, esta idea de desconocer la seguridad del sistema cuando hay injusticia se trató en su momento en el caso *Massera*, el jurista ecuatoriano Ramiro Ávila recoge los siguientes argumentos:

En este mismo sentido la Corte de Apelaciones de Argentina resolvió las excepciones preliminares en el caso *Massera*, donde se enfrentó a un problema jurídico complicado. Se denunció que el señor Massera tenía responsabilidad en muertes, torturas, desapariciones y alteraciones de identidad de miles de personas, años después de haber ocurrido los hechos. Por un lado, el acusado esgrimía una regla: la prescripción de la acción penal y el principio *non bis in idem*, que tenía sustento constitucional en la seguridad jurídica. Por otro lado, las víctimas esgrimían otros principios: la tutela judicial efectiva de los derechos, que no tenía regla prevista en el ordenamiento jurídico argentino. Si el juez aplicaba el derecho invocado por el señor Massera el resultado era injusto; si el juez sostenía que no tenía regla para aplicar, el resultado también era injusto. En el caso, el juez invocó el derecho penal internacional, construyó una regla y determinó que la justicia del derecho positivo era tan injusta que tenía que aplicar otro derecho⁵⁸¹.

En este caso, la resolución judicial se inclinó a favor de los derechos de las víctimas a pesar de no tener reglas de apoyo en el derecho interno, y, bajo esta óptica, desconoció instituciones jurídicas que favorecían al acusado, como la prescripción y el principio *non bis in idem*, pues aplicarlas hubiera representado una flagrante injusticia. Esta idea que conecta precisamente con lo expuesto por la Corte Constitucional del Ecuador, en el numeral 5.1 de este apartado, cuando manifiesta que el respeto a la seguridad jurídica se fundamenta en la existencia de normas justas con desenlaces justos y cuya inobservancia sin razón genera la *cosa juzgada fraudulenta o irrita*.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, 162

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ Ramiro Ávila Santamaría, «Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2009): 775-793, ISSN 1510-4974.

5.4 Una salida axiológica

La salida axiológica planteada por Radbruch, Manrique y por la Corte argentina, pretende resolver la falta o contradicción de normas en los ordenamientos jurídicos vigentes. Esta cuestión coincide con el caso ecuatoriano, como se ha dicho, el sistema procesal no edifica la causa de revisión para nulificar las sentencias fraudulentas. Veremos a detalle en el siguiente capítulo, cómo la Corte Nacional de Justicia, en el caso «González y otros», aplicó un bagaje de principios, normas y sentencias internacionales, para desmembrar el sistema de impunidad vigente, lo cual en su momento fue positivo, sin embargo, contiene resultados ambiguos.

De igual manera, a pesar de los efectos positivos del precedente, el mismo no alcanza para resolver con uniformidad los cientos de casos de la especie que reposan en la fiscalía del Ecuador⁵⁸², por tanto, aguardan por una respuesta de origen normativo.

Tampoco se debe perder de vista que la salida entregada por la Corte ecuatoriana se torna en cierta medida difusa. Pues, tanto el llamado Control de Convencionalidad y el método de ponderación, generan resultados ambiguos por la amplia discrecionalidad que genera el intérprete al invadir la esfera legislativa y edificar una norma para resolver el caso en concreto.

Es decir, lo resuelto por la Corte ecuatoriana tiene asidero en una justicia de principios, con una latente conexión entre derecho y moral, donde los conflictos se resuelven bajo el método de ponderación judicial. En este caso, los principios de justicia y seguridad jurídica, entran en tensión como valores, que será resuelto mediante una carga argumentativa de la justicia sobre la seguridad del ordenamiento.

Manuel Atienza, siendo un referente en esta materia en el contexto iberoamericano, no asume «la constitución como normas vinculantes, sino más bien como principios morales, cuyo respeto, cuando entran en conflicto con otros queda librado a la discrecionalidad argumentativa del intérprete»⁵⁸³. Aclara el autor que la «ponderación debe jugar un papel residual a los jueces de rango inferior, simplemente porque estos últimos tienen que aceptar las ponderaciones efectuadas por el legislador o por los jueces superiores»⁵⁸⁴.

Este aspecto se debe matizar desde una perspectiva diferente en Latinoamérica y en especial en el contexto ecuatoriano. Como habíamos dicho, su democracia inefectiva o reciente producto de gobiernos autoritarios y tolerada impunidad, colocan al Poder Judicial con un rol

⁵⁸² Véase el Cap. IV, apdo. 1.3.

⁵⁸³ Atienza, «Dos versiones del Constitucionalismo». El profesor español defiende la ponderación bajo «tres esquemas básicos (esquema justificación interna) de la argumentación jurídica; los otros dos son: la subsunción y la adecuación (el razonamiento finalista)».

⁵⁸⁴ *Ibíd.*, 80.

protagónico como garantes de derechos sociales y un papel reivindicativo de los derechos olvidados de las víctimas, sumado las imprecisiones del poder legislativo al momento de formular enunciados normativos, esto hace que, en palabras de Ferrajoli, se «justifique el activismo tolerable»⁵⁸⁵ al momento de colmar lagunas.

Sin embargo, la justificación antes dicha, no debe tomarse como una regla general y, más aún, aplicable en la esfera penal, pues la ponderación judicial genera un amplio espacio de discrecionalidad judicial e invasión del poder legislativo. En consecuencia, podría constituirse en una salida viable para remediar las absoluciones fraudulentas, pero la práctica nos ha enseñado que esta salida es ambigua y contradictoria para los derechos de las víctimas y la seguridad jurídica que también reclaman los investigados.

Como ejemplo de lo dicho tenemos el «Caso Ivonne Cazar»⁵⁸⁶, donde los jueces que conocieron el caso, ante un requerimiento de Fiscalía, no autorizaron técnicas especiales de investigación por la barrera del *non bis in idem*. Es decir, apoyarse en el método de ponderación y en el llamado Control de Convencionalidad, como únicas fuentes para resolver la problemática expuesta, resultaría arriesgado, pues, al no existir una edificación normativa interna, los resultados son inciertos.

5.5 Una propuesta normativa

La idea esbozada a lo largo de esta tesis radica en promover, desde el legislativo, estándares normativos para identificar las absoluciones fraudulentas, insertadas en el último escalón del sistema de impugnaciones, como es el recurso de revisión. En tal virtud, nuestra propuesta comulga con el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, quien se contrapone al otro tipo de constitucionalismo de tinte axiológico, no positivista y/o principialista, por el rechazo a tres elementos caracterizadores: «a) la conexión entre derecho y moral; b) la contraposición entre principios y reglas, y la centralidad asignada a su distinción cualitativa; c) el rol de la ponderación en oposición a la subsunción, en la práctica jurisdiccional»⁵⁸⁷.

El constitucionalismo garantista o normativo no concibe la ponderación judicial como un método de aplicación del derecho, al contrario, este se caracteriza por «positivizar los

⁵⁸⁵ Cita de Atienza, «Dos versiones del Constitucionalismo», 84.

⁵⁸⁶ Véase el Cap. IV, apdo. 1.3.3, y 4.

⁵⁸⁷ Ferrajoli, «Constitucionalismo Garantista y constitucionalismo Principialista», 28.

principios a los que debe someterse la entera producción normativa»⁵⁸⁸. La presencia de antinomias debe ser anuladas mediante intervención judicial, y las lagunas colmadas por la intervención legislativa. Tampoco confía en el activismo interpretativo de los jueces sino en la legislación; así, las reglas y los principios producidos, son objeto de aplicación por intermedio de subsunción, siendo estas –principios y reglas- normas con una diferencia de carácter semántica, y no estructural⁵⁸⁹.

En cambio, el constitucionalismo principialista formulado por Ronald Dworkin y Robert Alexy, consideran a los principios como:

Normas constitucionales que formulan objetivos políticos y/o valores morales y/o derechos fundamentales, tiene la forma de principios y no de reglas. Y mientras las reglas se aplican a los casos previstos por ellas, los principios - caracterizados generalmente no solo por la mayor importancia, sino también por una mayor indeterminación y por un carácter más genérico- se respetan, se pesan y se comparan entre sí, tanto más si, como generalmente ocurre, entran en conflicto entre ellos⁵⁹⁰.

En la ponderación, los principios se conectan con la moral del interprete o juzgador para resolver el caso en concreto, es decir, no hay un soporte normativo, sino postulados axiológicos de tinte moral, político o de otra naturaleza, por su razón de ser son indeterminados. Esta idea de justicia es rechazada por el constitucionalismo garantista, por ser discrecional y con resultados ambiguos.

La propuesta normativa radica en la separación entre derecho y moral; para el profesor Ferrajoli: «la separación es un corolario del principio de legalidad, que, en garantía de la sujeción de los jueces solo a la ley, impide la derivación del Derecho válido del Derecho (que

⁵⁸⁸ Ibid., 44. La ponderación guarda un grado de discrecionalidad del intérprete, en tanto que la ponderación legislativa -permitida para su teoría- es fisiológica en la esfera de las decisiones políticas, para que no entre en conflicto, por acción o por omisión, con las normas constitucionales. La discrecionalidad judicial es más amplia todavía, según las teorías de los derechos desarrollados por Robert Alexy y por Manuel Atienza, dirigida a fundar la racionalidad del ejercicio discrecional del poder judicial. En la nota 417 se mencionó que la discrecionalidad en materia penal existe, y se encuentra permitida en tres espacios fisiológicos: en el poder de calificación jurídica, poder de verificación fáctica, y poder equitativo de connotación.

⁵⁸⁹ El profesor italiano, en este punto, hace una distinción entre principios directivos y regulativos: «los primeros como expectativas genéricas e indeterminadas, no de hechos sino de resultados, a diferencia de los principios regulativos, que expresan, en cambio, expectativas específicas y determinadas, a los que corresponden límites o vínculos, es decir, garantías consistentes en las correspondientes prohibiciones de lesión y obligación de prestación». Y al igual que las reglas no son susceptibles de ponderación judicial, sino de subsunción. Ibid., 38.

⁵⁹⁰ Como se cita en Ferrajoli, «Constitucionalismo Garantista y constitucionalismo Principialista», 34-35. Para Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos* (Madrid: Trotta, 2009), 20, «Los principios son normas derogables, o tal como se usa decir hoy derrotables, afirma, y la derrotabilidad es una propiedad esencial de las normas jurídicas en los Estados constitucionales; entendiéndose por derrotabilidad el hecho de que una norma puede resultar inaplicada y debe serlo si y sólo si manifiestan nuevas excepciones no previstas ex ante y justificadas a través de la ponderación».

ellos suponen) justo, y en garantía de la autonomía crítica del punto de vista moral externo al Derecho, la derivación del Derecho justo del Derecho válido, aun cuando conforme a la constitución»⁵⁹¹.

En ese orden de ideas, resolver la tensión entre la seguridad jurídica y la justicia en las absoluciones fraudulentas -con la salida axiológica, argumentativa o no positivista- atañe un riesgo. En primer lugar, por la amplia discrecionalidad del intérprete; con mayor énfasis en la esfera penal, donde se garantiza la libertad individual restringida bajo excepcionalidad normativa, rigiendo, con mayor severidad, el principio de legalidad penal. La segunda razón para excluir dicha salida jurídica, es por la interpretación de las normas; pues, en materia penal, se realiza de forma cerrada, siendo prohibida la analogía para crear o modificar una sanción. Ciertamente, como dice Luis Prieto Sanchís: «cuando la garantía de un derecho reclama una protección penal, es obvio que el juez no puede producir un nuevo tipo delictivo»⁵⁹². Con la misma premisa, tampoco se puede crear una norma procesal para revisar los fallos absolutorios sin intervención del poder legislativo⁵⁹³.

Para clarificar esta tensión entre la seguridad jurídica y la justicia en el caso de las absoluciones fraudulentas, proponemos incluir la revisión de dichas sentencias de manera excepcional. En este caso, el legislador producirá la norma para identificar procesos fraudulentos, cuando los elementos internos (identidad, objeto y causa) y los elementos externos (independencia e imparcialidad judicial) no estén colocados de forma debida o justa, o aparenten estarlos.

Con este marco normativo, el juzgador realizará un ejercicio de subsunción de procesos donde se sospeche la cosa juzgada fraudulenta. Por tanto, declarará como no juzgados dichos procesos, sin que opere la alegación de la garantía de *non bis in idem* en las nuevas investigaciones; pues, no hay garantía al estar infectado algún elemento, o parte de sus elementos, que lo configuran.

Esta propuesta también inhibe la amplia discrecionalidad en la interpretación judicial, que contiene resultados ambiguos al invadir el terreno del poder legislativo. De esta forma, se

⁵⁹¹ Ferrajoli, «Constitucionalismo Garantista y constitucionalismo Principialista», 27. La separación entre el derecho y la moral también vincula al plano legislativo, denominado como prescriptivo o axiológico: «la separación es un corolario del liberalismo político, que, en garantía de libertades fundamentales, impide la utilización del Derecho como instrumento de reforzamiento de la (o sea de una determinada) moral, en todo aquello que no produce daño a otros. En el primer significado equivale a un límite de poder de los jueces y a su arbitrio moral; en el segundo equivale a un límite al poder de los legisladores y a su injerencia en la vida moral de las personas».

⁵⁹² Prieto Sanchís, *El constitucionalismo de los derechos*, 80.

⁵⁹³ El legislador al momento de edificar la norma realiza una ponderación legislativa, siendo fisiológica en la esfera de las decisiones políticas.

busca combatir la impunidad en los crímenes *ius cogens* y en los diversos ilícitos que comete el poder, como lo habíamos dicho en el Cap. I., apdo. 3.

Hasta el momento hemos analizado: los resultados injustos de la cosa juzgada; la insuficiencia del sistema de impugnaciones en la vía ordinaria y constitucional; los pronunciamientos del TEDH y de la Corte IDH sobre las absoluciones fraudulentas; y, la tensión que genera la decisión justa y la seguridad jurídica con su eventual salida. Ahora, extraigamos de la gran variedad de crímenes que comete el poder, las violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad ocurridos en el contexto ecuatoriano, para demostrar la aplicación de los supuestos normativos que identifican las investigaciones y juicios fraudulentos, a los que también podrían extenderse a la gran variedad de crímenes mencionados al inicio de este trabajo.

Capítulo IV

Aplicación de la cosa juzgada fraudulenta en los crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos en Ecuador

I. Introducción

El sistema judicial ecuatoriano, abstraído de sus garantías orgánicas de independencia e imparcialidad judicial, instauró, en crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos, procesos con estados de cosa juzgada fraudulenta. Para descubrir el aparataje de impunidad, en el año 2010 la Comisión de la Verdad⁵⁹⁴ documentó dos periodos oscuros de la democracia ecuatoriana que son investigados en la actualidad por la fiscalía del Ecuador⁵⁹⁵. El primer periodo da cuenta del régimen presidencial 1984-1988, donde se cometieron crímenes contra la humanidad. El segundo periodo consistió en la investigación de los regímenes presidenciales que van desde 1988 hasta el año 2008, desprendiéndose diversas violaciones a los derechos humanos, como: detenciones ilegales, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas⁵⁹⁶.

Como se verá a lo largo de este capítulo, antes del año 1984 surgió la denominada doctrina de Seguridad Nacional operativizada por las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, organismos encargados de vigilar el orden establecido en lo económico, político y social. En consecuencia, idearon un plan para contener y eliminar al *enemigo interno*, quienes, a criterio de dicha doctrina, eran los opositores del régimen. La cara visible de la llamada “lucha en contra del enemigo” la ejecutó en gran medida la Policía Nacional con sus unidades clandestinas, como la Unidad de Investigaciones Especiales (UIES), ente señalado como el principal responsable de los crímenes de lesa humanidad en el periodo 1984-1988.

La UIES no solo se encargó de cuestiones operativas, también por su estructura y conexión directa con altos funcionarios de la política ecuatoriana, incursionó en el desenlace

⁵⁹⁴ La Comisión de la Verdad del Ecuador se creó en el gobierno de Rafael Correa, el 3 de mayo del 2007, mediante Decreto Ejecutivo 305. La principal función según el art. 1 de dicho decreto «[...] es la encargada de investigar y esclarecer e impedir la impunidad respecto de los hechos violentos y violatorios a los derechos humanos, ocurridos entre 1984-1988, y otros periodos».

⁵⁹⁵ La Constitución del Ecuador, en el art. 195, confiere a la Fiscalía la titularidad exclusiva de la acción penal pública. Para cumplir con su mandato en el año 2010, dicho órgano recibió el informe final de la Comisión de la Verdad que documenta parte de los crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos sucedidos en los periodos explicados. En la actualidad, dichos crímenes y otros de la especie que se han ido incorporando, son investigados por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía del Ecuador, de la cual soy miembro desde el año 2015. Los datos obtenidos para el desarrollo de este capítulo es producto de aquella labor.

⁵⁹⁶ No obstante, la Fiscalía del Ecuador investiga sucesos posteriores al año 2008, que también son recogidos para el desarrollo de este capítulo.

de las investigaciones judiciales que aparentaban aclarar los crímenes. A pesar de su formal eliminación en el año 2008, sus prácticas permearon y siguen vigentes en los cuerpos de seguridad de la frágil democracia ecuatoriana, como examinaremos.

La impunidad de los grandes crímenes no resulta ser eficaz sin la participación de actores que pertenecen al Poder Judicial. En el caso ecuatoriano, se evidencia una actuación dolosa de funcionarios que son auxiliares de las investigaciones, como, por ejemplo, de médicos encargados de realizar reconocimientos corporales, autopsias y prácticas de la especie. Su aporte resulta crucial a la hora de determinar la existencia de torturas, y las causas de la muerte, que ocuparon gran parte de los crímenes y violaciones en los periodos descritos.

Un aspecto transversal que pone a prueba la independencia e imparcialidad de jueces y de fiscales, es la delegación de la investigación a los propios cuerpos de seguridad señalados como responsables de los crímenes. Esta vieja práctica nace en el periodo gubernamental de 1984-1988 en los crímenes de lesa humanidad, pero, continuó en los siguientes regímenes presidenciales por las prácticas impunes de las estructuras de seguridad. Esto se evidencia con claridad, por ejemplo, en el caso de la desaparición de «Ivonne Cazar» en 1996; la ejecución de 8 personas en la farmacia Fybeca conocido en Ecuador como el caso «González y otros» en el 2003; la muerte de «Damián Peña», y la tortura a cerca de 300 internos del centro carcelario de «Turi» en 2016⁵⁹⁷.

De igual forma, el rol del fiscal se ve cuestionado en los dos periodos descritos, pues, al ser garantes del debido proceso y de la integridad de los detenidos, se convirtieron en participantes activos de la estructura organizada de impunidad. Un ejemplo de esto, fue su participación en los interrogatorios de las víctimas, que eran sometidas a intensas torturas; aquello notaremos en la muerte de Ricardo Merino y la tortura a la población civil en el «Caso Azuay»; también en la captura internacional y ejecución extrajudicial de «Arturo Jarrín», y en el caso «González y otros».

En este estado, el Poder Judicial del Ecuador no rinde las garantías suficientes para investigar y juzgar, de forma debida o justa, a los responsables de los crímenes de *ius cogens*. Este escenario también se hace extensible a la gran variedad de crímenes que comete la criminalidad del poder⁵⁹⁸. En tal virtud, como dijimos en el Cap. II apdo. 2.3, la garantía de la cosa juzgada con la correcta y completa configuración de sus elementos internos y externos, se

⁵⁹⁷ En los casos «Damián Peña» y «Turi» no se configuró de forma completa la cosa juzgada fraudulenta, sin embargo, existieron actos procesales que encaminaban la investigación a dicho puerto, pues se delegó la investigación a las Unidades internas de la Policía del Ecuador, y al ser una institución jerarquizada dicha delegación no garantiza la imparcialidad de quienes investigan.

⁵⁹⁸ Véase el Cap. I. apdo. 3.

convierte en un resguardo inquebrantable. Sin embargo, la participación dolosa de jueces, fiscales y otros actores esenciales en la investigación, posicionan la llamada cosa juzgada fraudulenta; la misma que es identificada mediante el análisis de las categorías normativas que veremos.

Para demostrar su aplicación extraeremos del periodo presidencial de 1984-1988, y del 2008 hasta el 2016, los casos «Azuay», «Arturo Jarrín», «Ivonne Cazar» y «González y otros»; en los dos primeros casos se cometieron crímenes de lesa humanidad, y, en los dos últimos, violaciones a los derechos humanos. Por su naturaleza, los crímenes contra la humanidad tienen las características transversales de generalidad y/o sistematicidad, no obstante, los patrones delictivos de jueces, fiscales y de los cuerpos de seguridad, tienen uniformidad en los dos periodos descritos. Por ello, la problemática amerita una rigurosa producción normativa de la causal de revisión de sentencias fraudulentas, en base a la identificación de sus elementos internos y externos, que apoyamos en este trabajo.

Es decir, en este capítulo analizaremos el sistema de impunidad y el papel de la justicia en la configuración de la cosa juzgada fraudulenta; que cuenta con una amplia participación de políticos, médicos, peritos, fiscales, jueces y de las fuerzas de seguridad ecuatoriana. Esta trama de ilegalidad e impunidad del poder no es posible sin el aporte transversal y vital del Poder Judicial en su conjunto.

El sistema de impunidad se descubrió en el año 2010 con el Informe de la Comisión de la Verdad y el aporte investigativo de la Fiscalía, sin embargo, recién en el año 2015, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en la sentencia del caso «González y otros», sorteó el obstáculo de la cosa juzgada fraudulenta de investigaciones y procesos judiciales, colocados a favor de los perpetradores sin las garantías orgánicas de la jurisdicción y los demás resguardos que guían el debido proceso.

En este escenario, la Corte ecuatoriana se enfrentó al vacío normativo para revisar las absoluciones fraudulentas, por consiguiente, para terminar con varios años de impunidad, realizó en la sentencia el llamado control de convencionalidad; dicho de otra manera, adaptó la amplia jurisprudencia de la Corte IDH y decidió a favor de la verdad y de la justicia para las víctimas, en vez de la seguridad jurídica que envuelven los autos definitivos o sentencias. Resolver de modo contrario, esto es, inclinarse por el resguardo y tranquilidad del sistema, hubiera significado una injusticia flagrante. De esta manera, el organismo de justicia decidió por una salida argumentativa, axiológica o principialista, que permitió, a su juicio, diluir la cosa juzgada fraudulenta que favorecía a los responsables.

La sentencia de la Corte ecuatoriana en el caso «González y otros» es importante para nuestro estudio, toda vez que identifica y termina con un sistema de impunidad sostenido durante décadas en la democracia ecuatoriana. A pesar de ser positiva para las víctimas y la lucha contra la impunidad, también consideramos que por el método utilizado puede resultar ambigua, discrecional e invasiva, con las funciones del poder legislativo para resolver los cientos de casos de la especie. Por ejemplo, el juez encargado de resolver la reapertura de la investigación sobre la desaparición forzada de «Ivonne Cazar», resolvió a favor del *non bis in idem*; cuando lo cierto es que los responsables se beneficiaron de la falta de imparcialidad judicial en la primera investigación, posicionando de esta forma un proceso fraudulento.

En consecuencia, existen dos criterios judiciales diferentes sobre la barrera de la cosa juzgada fraudulenta. Por una parte, hay jueces que aplican la normativa, jurisprudencia y principios internacionales para llenar el vacío normativo que permita revisar procesos fraudulentos. En cambio, otro sector de la justicia ecuatoriana, no adopta la primera corriente, por considerar contrario al principio de legalidad penal que rige en nuestras latitudes. Es decir, las dos resoluciones representan el dilema del dualismo jurídico de la superioridad del derecho internacional o nacional respectivamente.

Es importante mencionar nuestro apoyo a la resolución del caso «González y otros», sin embargo, el método utilizado es invasivo a las funciones del poder legislativo, además, es discrecional con resultados ambiguos. En este estado de incertidumbre, en Ecuador no se pueden resolver cientos de sentencias y autos fraudulentos fraguados en la década de los 80, que son sostenidos y repetidos bajo su estructura política y judicial impune en la frágil democracia ecuatoriana.

Por esta causa, promovemos una salida uniforme y concordante con los pilares fundantes del Estado constitucional de derecho. Esto es, la producción de la causal de revisión desde el Poder legislativo, que identifique mediante los estándares normativos la cosa juzgada fraudulenta. Con esta propuesta, buscamos respetar la separación de poderes; el principio de legalidad; y, la función cognoscitiva, no interpretativa, ni argumentativa, del juez en materia penal. Por tanto, la producción normativa es tarea exclusiva del legislativo, en cambio, el poder judicial tiene el papel de aplicar el derecho producido, bajo los límites concedidos.

1. El contexto ecuatoriano, las estructuras de poder y la descripción de casos

En el año 1979, tras 10 años de gobiernos dictatoriales, Ecuador retorna a la democracia bajo el régimen presidencialista; manteniendo hasta la actualidad su estructura de

representación, según la Constitución del 2008. La forma de gobierno asumida después de la dictadura, encarna un exceso de poder concentrado en el primer mandatario, lo que ha dado paso a profundas inestabilidades políticas, económicas y sociales, que se evidencian en distintos periodos presidenciales del país latinoamericano⁵⁹⁹.

Un régimen recordado en la democracia ecuatoriana es el que ejerció sus funciones en el periodo presidencial de 1984-1988, donde se idearon y ejecutaron crímenes de lesa humanidad. Según el Informe de la Comisión de la Verdad, en dicho periodo se registran el 65% de las víctimas del total de casos investigados hasta el año 2008. Este suceso fue posible como consecuencia del auge de la Doctrina de Seguridad Nacional que invadió a la región latinoamericana, cuyo fin era contener y eliminar a quienes se consideraban “enemigos internos del régimen”.

Ecuador en el año 1984 construyó cuerpos de seguridad con amplias facultades para detener, interrogar, y hasta tomar medidas de hecho, según la Ley de Seguridad Nacional que se mantuvo vigente hasta el año 2008. La lucha contra el *enemigo interno* articulaba a todas las instituciones de seguridad del Estado ecuatoriano, pero la UIES fue la encargada de realizar los operativos donde se perpetraban detenciones ilegales, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas.

Una parte del sistema de impunidad se entregó a la policía, cuyas tareas no solo se encaminaron a la parte operativa de la llamada lucha contra el *enemigo interno*⁶⁰⁰. Principalmente la UIES, una vez ejecutado el operativo, realizaban informes investigativos falsos con la finalidad de insertarlos en los procesos judiciales que aparentaban aclarar los sucesos. El modo de operar consistió en coaccionar a policías de otras unidades para que firmen en reemplazo de los verdaderos responsables; de esta forma, el anonimato se mantuvo por décadas. Los jueces y fiscales de aquella época no realizaron mayores esfuerzos para aclarar lo sucedido, colocando el punto final de las investigaciones en cientos de casos de la especie, como veremos.

La UIES evolucionó con su operatividad de forma menos clandestina en los siguientes periodos presidenciales, siendo desarticulada en el año 2008. Aunque sus prácticas violatorias fueron asumidas por otras estructuras de seguridad como el Grupo de Operaciones Especiales (GOE), y el Grupo de Apoyo Táctico (GAO), que cobraron notoriedad por la participación en las violaciones a los derechos humanos en los últimos años.

⁵⁹⁹ Véase el Cap. I. apdo. 1.3, a).

⁶⁰⁰ Según el Informe de la Comisión de la Verdad, entre 1984 y 2008 se registraron 17 casos de desapariciones forzadas. Esta cifra oficial no refleja la cifra negra de casos no denunciados o de posteriores desapariciones.

Para demostrar el sistema de impunidad y el papel de la justicia en la configuración de la cosa juzgada fraudulenta en Ecuador, extraeremos cerca de 110 de casos que reposan en la Fiscalía del Ecuador, demostrando patrones de impunidad⁶⁰¹. Para ello, analizaremos los casos «Azúay» y «Arturo Jarrín», correspondientes al periodo presidencial 1984-1988 donde se cometieron crímenes de lesa humanidad.

De los regímenes presidenciales de 1988 hasta el 2008 examinaremos los casos de «Ivonne Cazar» y «González y otros», donde se ejecutaron violaciones a los derechos humanos. Adicionalmente, comentaremos dos casos paradigmáticos sucedidos en la ciudad de Cuenca-Ecuador, en manos de la Policía Nacional. El primero, se trata de la ejecución extrajudicial del estudiante universitario «Damián Peña» y, el segundo, la tortura a cerca de 300 privados de la libertad en el centro carcelario de «Turi» en el año 2016. En estos dos últimos casos existió la intención de colocar el proceso investigativo en estado de cosa juzgada fraudulenta, en virtud de la delegación de investigación a los propios cuerpos de seguridad que figuran paradójicamente como perpetradores.

Para situarnos en los casos propuestos, primero veamos en síntesis el contexto socioeconómico y político del Ecuador en el régimen presidencial 1984-1988. De este gobierno se desprenden 305 víctimas distribuidas en 65 casos de lesa humanidad; que corresponden al 65% de las víctimas documentadas hasta el año 2008 por la Comisión de la Verdad, y que luego pasó a manos de la Fiscalía del Ecuador. Por ello, la importancia de conocer de primera mano el contexto ecuatoriano que dio paso a la perpetración de los crímenes comentados.

También, realizaremos una aproximación a los otros regímenes autoritarios, que van desde el año 1988 hasta el 2008; como se había dicho, los cuerpos de seguridad permanecen y persisten en la democracia ecuatoriana. Si miramos bajo el prisma de la naturaleza del poder, aquello es posible bajo el manejo oculto de los poderes políticos, económicos y mediáticos, irreductibles a la democracia⁶⁰². Los cuales tienen real incidencia o manejo del Poder Judicial, y, en tal condición, influyen en los procesos judiciales instaurados para aclarar los sucesos.

⁶⁰¹ Los casos serán tomados de la Fiscalía de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos del Ecuador.

⁶⁰² Véase el Cap. I. apdo. 1.2.

1.1 El contexto socioeconómico y político del Ecuador del régimen presidencial 1984-1988 y una aproximación a los siguientes gobiernos autoritarios

La historia política del Ecuador se encuentra marcada por profundas inestabilidades de orden social, político, y económico, que, como otros países latinoamericanos, también enfrentó dos dictaduras militares que culminaron en 1979. En ese año el país latinoamericano retorna a la democracia abrazando constituciones bajo el régimen presidencialista, donde destaca la figura del presidente de la República como primera autoridad. Para el politólogo ecuatoriano Francisco Sánchez, el presidencialismo se ha convertido en un lugar común de «quiebre de las democracias»⁶⁰³, propenso a inestabilidades políticas⁶⁰⁴.

En este contexto, el 10 de agosto de 1984 asume de forma democrática la presidencia de la república del Ecuador el Ing. León Febres-Cordero bajo una ideología política de derecha. En su mandato se alineó con los Estados Unidos de América bajo un discurso y un accionar anticomunista. El régimen de aquella época promovió e impulsó un modelo económico de corte neoliberal, centrando la explotación de productos primarios, en una reducción del rol del Estado y en favorecer e incrementar las ganancias de los grandes grupos empresariales, financieros y de los inversionistas extranjeros⁶⁰⁵.

Las medidas económicas se orientaron a liberar la economía, devaluando así la moneda; eliminó los subsidios de algunos productos de la canasta básica; entregó grandes extensiones de tierra y concesiones a empresas transnacionales para que exploten los recursos naturales. Algunos de estos territorios eran habitados por pueblos originarios de la Amazonia y Costa. Las empresas nacionales y extranjeras, deforestaron y contaminaron aguas y ríos; se apropiaron de tierras, arrinconando y hostigando a pueblos indígenas no contactados, durante labores de explotación petrolera. En este gobierno también se realizaron ajustes obedeciendo al Fondo

⁶⁰³ Francisco Sánchez López, *¿Democracia no lograda o democracia malograda? Un análisis del sistema político del Ecuador: 1979-2002* (Quito: FLACSO, 2008), 111.

⁶⁰⁴ Ibid. El autor ecuatoriano toma la idea de Juan J. Linz, *La quiebra de las democracias* (Madrid: Alianza, 1985), para justificar la relación entre la forma de gobierno *presidencialista* y la inestabilidad democrática. Respondiendo positivamente que es una forma de gobierno muy rígida, con un cargo fuertemente unipersonal y con ciertas elecciones de carácter plebiscitario. Marca una transversal diferencia con Estados Unidos, el cual, a pesar de ser un país presidencialista, ha tenido históricamente mucha estabilidad democrática, gracias a la fragmentación del campo político entre gobiernos federales y estatales, el papel del Tribunal Supremo, el Senado y el Sistema de Partidos.

⁶⁰⁵ Véase al investigador Lucas Pacheco Prado, «La Política Económica del Gobierno de Febres Cordero», *Ecuador Debate* 8 (1985): 11-30, <http://hdl.handle.net/10469/9932>.

Monetario Internacional y al Banco Mundial, que incluyeron el alza de combustibles y del transporte público, empobreciendo a grandes sectores de la población⁶⁰⁶.

En el tema político, el gobierno de Febres Cordero se caracterizó por su tinte autoritario, violento y confrontativo, con los sectores que discrepaban de su proyecto político. En su mandato se extralimitó en su atribución reglamentaria, cambiando el sentido de las leyes aprobadas por el Legislativo; función a la que llegó a controlar desconociendo sus facultades de nombrar a los jueces de la Corte Suprema de Justicia. A este poder del Estado lo acusó de encubridores de terroristas y narcotraficantes; incluso, llegó a cercar, policial y militarmente, para impedir la posesión de los nuevos magistrados nombrados por el legislativo. La tensión política fue crítica cuando desembocó en dos levantamientos militares, en uno de los cuales se tomó prisionero al presidente, sin que se concretase un golpe de Estado⁶⁰⁷.

Este hecho evidencia la fragilidad institucional que atravesó el Ecuador con constantes asedios a la independencia judicial, sin embargo, no constituye el común denominador de este periodo. También en el régimen presidencial de Lucio Gutiérrez⁶⁰⁸ se destituyeron a 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia en el año 2004⁶⁰⁹, por intereses de cuotas políticas que manejaba el Legislativo.

La actual composición del Consejo de la Judicatura del Ecuador, como órgano de gobierno de la función judicial, responde a los intereses políticos de los gobiernos de turno. Por ejemplo, entre los años 2013-2017 se destituyeron a 145 jueces a nivel nacional con la llamada figura del error inexcusable. Este suceso es posible gracias a la política de promoción y evaluación que está en manos del Consejo; de esta manera, se instaura desde la opacidad el control y manejo de la justicia ecuatoriana⁶¹⁰.

El periodo presidencial 19884-1988, se torna importante por los actos perpetrados en contra de las víctimas; el nacimiento y practicas arbitrarias de las estructuras de seguridad; y, la permanencia en la democracia ecuatoriana, pese a su eliminación formal en el año 2008.

⁶⁰⁶ Francisco Thoumi y Merilee Grindle, *La política de la Economía del Ajuste: La actual experiencia ecuatoriana* (Quito: FLACSO, 1992), 51. Véase también, Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad. Sin verdad no hay justicia. Resumen Ejecutivo*, Ed. por Andrea Ávila y Francisco Terán (Ecuador: ediecuatorial, 2010), ISBN-978-9978-92-852-3.

⁶⁰⁷ Sánchez López, *¿Democracia no lograda o democracia malograda?*, 132.

⁶⁰⁸ Lucio Gutiérrez, fue elegido presidente para el periodo 2003-2007. Producto de la inestabilidad política y económica del Ecuador fue destituido por el Congreso Nacional el 20 de abril del 2005. En su mandato, el 19 de noviembre del 2003, la Policía Nacional en un plan contra la «delincuencia», ejecutó a ocho personas, y desapareció a otras dos, acusadas de un asalto a la farmacia «Fybeca». Ahora conocido como el caso «González y otros».

⁶⁰⁹ La Corte IDH, en el caso Corte Suprema de Justicia (Quintana y Coello y otro) Vs. Ecuador, en sentencia del 23 de agosto del 2013, sancionó al Estado ecuatoriano por vulnerar las garantías judiciales, principio de legalidad y la independencia judicial.

⁶¹⁰ Véase también el Cap. II. apdo. 2.2.3.1

Las investigaciones de la Fiscalía General del Ecuador, dan cuenta que Febres Cordero instauró la represión en base a la doctrina de Seguridad Nacional que fue expedida por la dictadura en la década de los años 60. Los lineamientos fueron impartidos por los institutos militares de Estados Unidos y de Brasil, que tenían de base la presencia en la sociedad de un *enemigo interno* que los Estados latinoamericanos debían eliminar.

El politólogo Diego Peñafiel comenta que el antecedente de la Seguridad Nacional se remonta a la formación de los Estados Nacionales de América del Sur, y a la autoproclamación de los militares como responsables de mantener la identidad nacional a través de la afirmación de sus valores básicos, luego de triunfar en las guerras de la independencia. Esta noción identitaria se mantiene en el tiempo y provoca una clara tendencia a influir en los asuntos civiles que atraviesan el ámbito económico, y resulta trascendental para entender la influencia militar en la seguridad frente al *enemigo interno*⁶¹¹.

Con este antecedente, toda persona que luchaba por las reivindicaciones sociales se catalogó como comunista o subversivo. Las huelgas, reuniones, paros y manifestaciones, fueron considerados como acciones que perturbaban el orden y la paz del Estado, y debían ser reprimidas por la policía o los militares. La Comisión de la Verdad señala que, a nombre de la seguridad nacional, organismos de inteligencia de la Policía y las Fuerzas Armadas, realizaron un trabajo ilegal de vigilancia, identificación, fichaje y persecución, de los supuestos enemigos del Estado: sindicalistas, militantes de partidos, religiosos e intelectuales, que no estaban investigados ni imputados por ningún delito⁶¹².

Para operativizar la lucha contra el *enemigo interno*, el gobierno de Febres Cordero, con apoyo del poder económico, creó los llamados «escuadrones volantes»⁶¹³ conocidos como los “escuadrones de la muerte”; estaba conformado por grupos especiales de policías con modernas armas, aparatos de comunicación y, principalmente, con adoctrinamiento en vigilancias, detenciones ilegales, torturas y hasta medidas de hecho como ejecutar desapariciones forzadas. Es decir, este cuerpo de seguridad se constituyó en la cara visible de la represión en el régimen presidencial 1984-1988, cuyas prácticas se impregnaron y permanecieron en posteriores gobiernos autoritarios.

⁶¹¹ Diego Peñafiel, «El Terrorismo de Estado en Ecuador: autoritarismo, seguridad y derechos humanos (1984-1988)», en *Justicia Transicional En la Región Andina*, coord. por Gabriel Orozco, Diego Peñafiel y Jenny Vargas (Quito: FLACSO, 2017), 30.

⁶¹² Comisión de la Verdad, *Resumen Ejecutivo*, 31.

⁶¹³ Comisión de la Verdad, *Informe: sin verdad no hay justicia. Tomo 2: Crímenes de lesa humanidad* (Ecuador: Comisión de la verdad, 2010), 189, Edición en PDF, ISBN-978-9978-92-848-6. El «escuadrón volante» fue creado por decreto presidencial n.º 763, el 23 de mayo de 1985, estructura subsidiada por la empresa privada, lo que demuestra que la política de seguridad interna no solo estaba vinculada a los intereses estatales sino también con intereses particulares y privados.

En este sentido, los cuerpos de seguridad visibles y clandestinos creados en esta época, fueron responsables de 831 actos violatorios entre 1984-2008. Entre los centenares casos, se recuerdan varios sucesos que marcaron la memoria de la sociedad ecuatoriana: como la tortura, muerte y desaparición de los hermanos Restrepo de 17 y 14 años; de la profesora Consuelo Benavides; el asesinato de Ricardo Merino, y Arturo Jarrín, pertenecientes a la agrupación política *Alfaro Vive Carajo* (AVC)⁶¹⁴. Estos hechos fueron justificados por el poder político por la lucha contra el *enemigo interno*, en los cuales también participaron otros poderes ocultos irreductibles a la democracia.

La estructura de represión estatal no resulta ser idónea sin la participación conjunta de los poderes económicos, políticos, y mediáticos, como lo vimos en el Cap. I. apdo. 1.3 d). En este sentido, el poder mediático también desempeñó un papel crucial en la ofensiva del gobierno de Febres Cordero, gracias a la articulación de las elites políticas y económicas que contaban con espacios mediáticos o participaban directamente de las empresas periodísticas, radiofónicas y televisivas⁶¹⁵. Los medios de comunicación que se alinearon al gobierno de turno recibieron generosas franjas publicitarias. En cambio, quienes no coincidían o realizaban duras críticas a su mandato, fueron reprimidos, sancionados y clausurados, las cifras indican que un total de 37 emisoras radiales salieron del aire⁶¹⁶.

Desde los sectores opositores al régimen, sobresale la actuación de la organización denominada *Alfaro Vive Carajo* (AVC), la cual realizó varias acciones de propaganda armada en contra del gobierno (tomas de medios de comunicación, grafitis, sustracción de la espada y un busto de Eloy Alfaro, entre otras acciones). De igual forma, utilizaron como método de financiamiento el robo a bancos, empresas, y el secuestro a grandes empresarios que se encontraban alineados al gobierno de turno. Entre varias acciones de la especie, se recuerda el secuestro a un reconocido Banquero, Nahim Isaías, quien junto a sus captores fueron ejecutados por orden de Febres Cordero.

El gobierno de la época bajo el discurso de “seguridad ciudadana” sobredimensionó la “peligrosidad” de AVC; en este sentido, las fuerzas de seguridad persiguieron, detuvieron, torturaron, ejecutaron y desaparecieron a sus miembros y seguidores. Las ofensivas alcanzaron

⁶¹⁴ Comisión de la Verdad, *Resumen Ejecutivo* 56. En el periodo 1984- 2008 existieron 456 víctimas de 831 violaciones a los derechos humanos. Es decir que una persona fue víctima de más de una agresión. Es importante resaltar que se registran 269 privaciones ilegales de libertad, 365 torturas, 85 violencias sexuales, 68 ejecuciones extrajudiciales, 26 atentados contra la vida, y 17 desapariciones forzadas.

⁶¹⁵ Isabel Ramos, «La Construcción mediática de la represión».

⁶¹⁶ Comisión de la Verdad, *Resumen Ejecutivo*, 31. La periodista cuencana Martha Cardoso, relata que en el gobierno de Febres Cordero se basó en los silencios. Silenciando al periodismo, por un lado, y silenciando a las posibles fuentes voceros del gobierno, por otro. No conocía su obligación de informar. En *Historias de radio* (Quito: Quipus, CIESPAL, 2009), 93.

a miembros de la sociedad civil, a pesar de que los principales ideólogos de dicha organización estaban detenidos, y otros ya habían sido asesinados por agentes estatales. De esta manera, se justificó la persecución de otros dirigentes sociales y políticos de izquierda, pues se instauró un clima de terror y se entregó un poder autoritario a la Policía y a las Fuerzas Armadas⁶¹⁷.

En suma, el gobierno democrático del Ecuador bajo la presidencia de León Febres Cordero, ejecutó crímenes de lesa humanidad contra quienes eran catalogadas como el *enemigo interno* del régimen. En este periodo se institucionalizó la práctica de la tortura en dependencias policiales y militares; también se llevaron a cabo desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de personas que se encontraban bajo custodia policial o militar.

Las investigaciones en curso que intentaban descubrir la verdad y la responsabilidad de los perpetradores, culminaron en sobreseimientos definitivos o sentencias absolutorias, en virtud de la incidencia del poder político, económico y mediático, en el poder judicial de aquella época. Pues se abstrajo las garantías orgánicas de independencia e imparcialidad de jueces y de fiscales, quienes realizaron acciones procesales que aparentaban aclarar los sucesos, cuando lo cierto es que colocaron el punto final de los procesos con estados de cosa juzgada fraudulenta, como veremos.

Conviene subrayar que el régimen de Febres Cordero se destacó por su modelo económico neoliberal; abrió las fronteras a grandes empresas extractivistas; liberó la economía; entregó y desplazó territorios protegidos, descuidando así aspectos transversales de la «seguridad social». En torno a la «seguridad nacional» reprimió al *enemigo interno* con intervención directa del poder económico, el cual suministró material logístico y modernas armas de ese entonces. El poder mediático también se alineó a la política represiva de dicha época, sobredimensionó la realidad y reprodujo el miedo sobre el *enemigo interno* a perseguir; de esta manera, se legitimaron los cientos de violaciones a los derechos humanos en la esfera ecuatoriana. Su política autoritaria le permitió invadir el terreno del poder legislativo obstaculizando la publicación de las leyes aprobadas por este órgano. Además, por su atribución reglamentaria le permitió cambiar el sentido y alcance de la normativa de aquel momento, afectando a la edificación del Estado de derecho, la separación de poderes y el principio de legalidad.

⁶¹⁷ En este gobierno las políticas sociales pasaron a un segundo plano, la poca inversión en educación, salud y empleo agravó la pobreza de grandes sectores de la población, sin embargo, se sembró el miedo sobre el enemigo a perseguir, que constituían los pobres, los toxicómanos, y las personas de los sectores sociales excluidos. Es decir, se generó un ambiente de violencia en contra de la llamada *delincuencia de subsistencia*, causando una ideada impunidad sobre la verdadera criminalidad del poder. En este sentido véase el Cap. I. apdo. 2.4.

En esta época se destaca la intervención subyacente de las principales estructuras de represión que actuaron y estuvieron pendientes del desenlace judicial. Estos aparatos organizados de poder fueron en teoría eliminados en el año 2008, pero sus prácticas violatorias delatan su existencia en los siguientes regímenes autoritarios. El sistema de impunidad desatado en Ecuador coloca a las fuerzas de seguridad como uno de los principales actores, puesto que sus acciones y omisiones en los procesos judiciales, han pretendido históricamente dejar en el olvido las ofensivas violatorias a los derechos.

De la misma manera, este escenario es improbable sin la participación de los poderes irreductibles a la democracia (económico y mediático) y del Poder Judicial en su conjunto, lugar donde precisamente se coloca el punto final de las controversias sociales. Por ello, hemos insistido en que el cierre de los procesos penales debe realizarse de manera debida, justa y no con meras apariencias.

1.2 Las estructuras de seguridad del Estado: la conformación y permanencia en la democracia ecuatoriana

Ecuador se sumergió en la doctrina de «Seguridad Nacional» en la década de los 80, alineándose a la lucha en contra el *enemigo interno* que se libraba en Latinoamérica. Así, se crearon estructuras de carácter militar y policial como brazos ejecutores del marco ideológico del régimen de Febres Cordero, cuya intervención tuvo el fin de contener y acabar a las organizaciones políticas contrarias a su gobierno.

Pero esta estructura no solo se dirigió a ejecutar violaciones a los derechos humanos de la población civil; en gran medida, la UIES se encargó de incidir en las investigaciones en complicidad con el Poder Judicial, cuyas actuaciones procesales aparentaban descubrir la verdad y buscar responsabilidad de los perpetradores. De esta manera, se adelantaron investigaciones sin las garantías orgánicas y procesales, y como consecuencia, se entablaron indagatorias, procesos y juicios fraudulentos.

La doctrina de Seguridad Nacional involucró a varios países de Sudamérica en el denominado Plan Cóndor que comienza a finales de 1973. Fue a raíz de los golpes de Estado en Chile y Uruguay que logra unificarse en el sistema interamericano; este proceso, a criterio del politólogo ecuatoriano Diego Peñafiel, cuenta con un amplio apoyo e influencia de los

Estados Unidos y su política de seguridad para el Continente, particularmente a través del entrenamiento antisubversivo por la Escuela de las Américas⁶¹⁸.

Los estudios sobre el «Plan Cóndor» se han centrado principalmente en los países del Cono Sur, sin embargo, su fase “ultrasecreta III” evidencia que operó en otras partes del mundo como Italia, Suecia, Francia, España, centro América y, también en México y Estados Unidos. Finalmente, el ingreso del país ecuatoriano al plan Cóndor se realizó de forma oficial bajo el nombre de *Cóndor 7*; este hecho es confirmado por el Fiscal italiano Giancarlo Capaldo cuando presentó un informe de la CIA estadounidense, en el que basa la acusación por la muerte de italianos en la represión del llamado Plan Cóndor en América Latina; en dicho informe precisa que Perú y Ecuador se convirtieron en miembros de este plan a finales de la década de los 80⁶¹⁹.

En este contexto, Ecuador contó con asesoría internacional para enfrentar y eliminar al *enemigo interno*; también impulsó un marco ideológico de acción mediante la «Ley de Seguridad Nacional», que decía que la seguridad nacional era responsabilidad del Estado, y, por tanto, este contrarrestará los factores adversos internos y externos, por medio de previsiones y acciones políticas, económicas, sociales y militares⁶²⁰. Esta ley otorgaba facultades al Consejo de Seguridad Nacional (COSENA), como máximo órgano de seguridad del país, quienes dirigían la represión contra el *enemigo interno*⁶²¹. Además de contar con las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional como estructuras de seguridad, el régimen de Febres Cordero creó la UIES conocida como el «escuadrón volante» o «escuadrón de la muerte», y otros grupos especiales que desde la clandestinidad combatían a los grupos subversivos.

La planificación del COSENA se llevó adelante con el único fin de contener y eliminar al *enemigo interno*, para este fin, se autorizó a las Fuerzas de Seguridad del Estado a «efectuar detenciones de personal insurgente nacional o extranjero»⁶²² sin orden judicial, y bajo sospechas de ser «insurgente». Las víctimas manifiestan que a las detenciones ilegales se acompañaban interrogatorios realizados “solamente por los especialistas de la materia”. Según lo corroborado por las víctimas del periodo 1984-1988, una vez detenidos eran sometidos a prácticas de tortura física y psicológica, como detallaremos en el siguiente apartado.

La planificación de la Seguridad Nacional alcanzó niveles de «incomunicación absoluta, interrogatorios más intensos a quienes han sido detenidos más de una vez», incluso

⁶¹⁸ Peñafiel, «El Terrorismo de Estado en Ecuador», 32.

⁶¹⁹ «El Proceso Cóndor en Italia concluye con la absolución de la mayoría de los imputados», *Agencia EFE*, 17 de enero de 2017, acceso el 24 de febrero de 2020, <https://www.efe.com/efe/espana/mundo/el-proceso-condor-en-italia-concluye-con-la-absolucion-de-mayoria-los-imputados/10001-3151481>.

⁶²⁰ Ley 275/79, 2 de agosto, Ley de Seguridad Nacional (*Registro Oficial* 892 de 9 de agosto de 1979), art. 2.

⁶²¹ *Ibid.*, art. 7.

⁶²² Fondo Comisión de la Verdad. «COSENA». Archivo Nacional del Ecuador, Quito (Carpeta JU-66).

tenían «la posibilidad de llegar a tomar medidas de hecho»⁶²³. Estas acciones resultaron fundamentales para configurar la existencia de un crimen de lesa humanidad, pues en aquella época se registran ataques generalizados y sistemáticos en contra de la población civil. A criterio del politólogo Peñafiel «no fueron cometidos de manera aislada, sino que obedecen a una planificación de más alto nivel, con conocimiento de cadena de mando sobre el ataque y ejecutado de manera sistemática»⁶²⁴.

Este marco ideológico involucró a todas las Fuerzas de Seguridad del Estado, sin embargo, la UIES⁶²⁵ tomó el rol protagónico en la lucha contra del *enemigo interno*. Es de amplio conocimiento que la estructura criminal del Estado operaba fuera del marco orgánico de la Policía Nacional, con absoluta clandestinidad; dirigida especialmente a eliminar a miembros de AVC⁶²⁶. Para garantizar su impunidad se identificaban por seudónimos manteniendo la jerarquía entre oficiales y tropa, es decir, utilizaban identidades falsas que se ocultaban en archivos secretos que reposaban en la clandestinidad.

De esta manera la UIES realizaba labores de investigación, seguimientos, inteligencia, detenciones arbitrarias y operativos especiales que terminaban con torturas y ejecuciones a los miembros de AVC. El Estado ecuatoriano como versión oficial aducía que las muertes «se ocasionaron en enfrentamientos armados», cuando la realidad es distinta como lo contaremos en los asesinatos de los líderes de AVC «Arturo Jarrín y Ricardo Merino». Dichos casos precisamente nos servirán para extraer el sistema de impunidad y el papel de la justicia en la configuración de la cosa juzgada fraudulenta.

A la detención se acompañaban actos de torturas, como la privación de la visión; golpes en todo su cuerpo; los tratos se intensificaban con ahogamientos; choques eléctricos; torturas por posición como suspensión, estiramiento de miembros, limitación prolongada de movimientos; y, posturas forzadas que venían acompañadas de torturas psicológicas, como amenazas de muerte, escuchar sufrimientos de sus compañeros, amigos y familiares. Mediante instructivos se establecían los procedimientos y pasos a seguir en un interrogatorio:

⁶²³ *Ibíd.*

⁶²⁴ Peñafiel, «El Terrorismo de Estado en Ecuador», 39.

⁶²⁵ En primera instancia la UIES se creó como Unidad de Investigaciones Anti-Subversivas (UIAS), en lo posterior, mediante Decreto Ejecutivo Reservado n.º 1601 del 14 de febrero de 1986, se crea la Unidad de Investigaciones Especiales. Su creación se debe «al único objetivo de combatir la subversión y el terrorismo en el país [...] con medios de inteligencia especiales». “Carpeta sobre la conformación de la Unidad Especial de Investigaciones de la Policía Nacional (UIES) y otros documentos de la PP. NN”. (CV: JU-00175.00). Recogido de Comisión de la Verdad, *Resumen Ejecutivo*.

⁶²⁶ Hugo España, en su libro *el testigo* relata que en el periodo del presidente Febres Cordero «recibieron instrucción de varios instructores norteamericanos e israelitas en las que indicaron indirectamente que la preparación de aquellos cursos iba a tener un objetivo: destruir totalmente la subversión, que se había extendido como un cáncer a todo el país» en Hugo España Torres, *El testigo* (Quito: El Conejo, 1996).

2.- PRÁCTICAS QUE DEBE EVITARSE. – c.- Nunca incluya un informe los medios y las técnicas usadas para encontrar la información; LOS INFORMES CONTIENEN, lo que el investigador descubrió, no lo que hizo⁶²⁷.

La UIES también extendió su control hasta los organismos de justicia; de forma sistemática, se realizaron seguimientos de juicios que se llevaban en contra de los miembros policiales por denuncias de violaciones a los derechos humanos y abuso de autoridad. La finalidad fue asegurar que en la jurisdicción policial y, también, en la ordinaria dejaran insubsistentes las acusaciones presentadas por las víctimas o familiares⁶²⁸.

El sistema de impunidad descifrado por la Comisión de la Verdad y la Fiscalía del Ecuador en el año 2010, es decir, casi 20 años después que Febres Cordero dejara el poder, se descubrió porque en los operativos realizados por la UIES, en los casos «Azuay» y «Arturo Jarrín», este grupo de seguridad aducía que “las muertes se ocasionaron por enfrentamientos armados entre policías y delincuentes”. Sin embargo, los informes policiales que constaban los supuestos enfrentamientos no estaban suscritos por los policías que participaban en los operativos, sino por miembros de otras unidades que habían sido coaccionados y, además, desconocían los hechos.

De esta manera, se mantuvo en la clandestinidad la identidad de los verdaderos responsables; tanto jueces y fiscales, encargados de la investigación, lo hacían sin independencia, imparcialidad, inobservando las garantías procesales reconocidas por el derecho internacional, es decir, sin debida diligencia, colocando a los perpetradores en una condición de ausencia de riesgo de contraer responsabilidades ante la justicia. Lo dicho solo es posible bajo una actuación dolosa y fraudulenta en los procesos de jueces y de fiscales, quienes estando en posición de cuidar el debido proceso, el derecho de las víctimas y de los acusados, lo omiten; contradiciendo de esta forma las conquistas básicas del Estado de derecho y la edificación garantista del proceso como hemos venido observando.

Incluso, en un documento desclasificado por la Fiscalía se desprende que los jefes de la UIES instruían a los participantes de la siguiente manera: «se hace prescindible, la elaboración de partes de las diferentes actuaciones, por parte del personal que participó, los mismos que serían entregados a la UIES», así mismo: «no se dará por ningún concepto,

⁶²⁷ Comando General del Ejército del Ecuador. Departamento de Inteligencia. Escuela de Inteligencia Militar. Redacción de Informes. 23 de noviembre de 1987. CV. Carpeta JU- 00164. Recogido de Comisión de la Verdad. *Resumen Ejecutivo*, 229.

⁶²⁸ Carta Dirigida por el Dr. Alfredo Benítez Pozo al Mayor Edgar Vaca. CV. Carpeta 460. Recogido de Comisión de la Verdad, *Resumen Ejecutivo*, 232.

información alguna sobre el caso mientras no haya órdenes expresas por parte de la superioridad»⁶²⁹. Es decir, esta unidad antisubversiva no solo ejecutaba los operativos que tenían como resultados crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos, sino que también controlaba la información que se entregaba a jueces y fiscales para encubrir a los verdaderos participantes.

La idea naciente del gobierno de Febres Cordero de eliminar al *enemigo interno* se materializó con el surgimiento de las estructuras de seguridad, no obstante, dicha práctica se evidencia en los siguientes gobiernos presidenciales, a esto lo denominamos en el Cap. I, apdo. 2.1., «la selección estructural del enemigo». La persistencia de dicha práctica del poder toma fuerza en un estudio realizado por el sociólogo Carlos César Cueto Vásquez, donde encontró en 68 informes policiales, de 1980 hasta el año 2010, un patrón reiterativo de modus operandi de la Policía Nacional, el cual se creía como práctica exclusiva del periodo 1984-1988 de eliminar guerrilleros. En esta línea, percibe un sistema acogido por las siguientes fuerzas de seguridad que reemplazaron a la UIES, pues afirma que «en la década de los 90 y este milenio se enfrentan policías contra delincuentes que tienen que morir porque es una persona no deseada y justifica su muerte»⁶³⁰.

Estos acontecimientos no se explican sin un grado de participación del sector de la justicia en los procesos iniciados de los casos «Azuay» y «Arturo Jarrín», que descansan sobre resoluciones fraudulentas gracias a la permanencia de las estructuras de seguridad (pese a su eliminación formal en el año 2008). Sus prácticas también se perciben en los siguientes regímenes presidenciales, como por ejemplo en los casos «González y otros»; «Ivonne Cazar»; «Damián Peña» y, la tortura del centro carcelario de «Turi» en el 2016. Con la diferencia sustancial que en los dos primeros casos se perpetró un crimen de lesa humanidad, y en los siguientes periodos son ausentes las características de generalidad y/o sistematicidad en los ataques, es decir, no constituye una política de Estado; pero, si es una práctica recurrente realizada en tiempos y espacios diferentes.

Para determinar la configuración de la cosa juzgada fraudulenta en las investigaciones y procesos judiciales, seguidos por crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos

⁶²⁹ *Ibíd.* UIES *Instrucciones de Coordinación*. En, Comisión de la Verdad, *Resumen Ejecutivo*, 199. En otro documento desclasificado a la UIES, se descifra «nombres de los oficiales y tropa que han firmado partes e informaciones policiales» Es decir, se advierte la intención de mantener en la impunidad, dado que, como se colige de los documentos desclasificados, se le permitía al jefe de esta unidad especial hacer un seguimiento de las acciones legales, tanto internas como en la justicia común, que se instauraron respecto a los miembros de estas organizaciones delictivas.

⁶³⁰ Corte Nacional de Justicia, Sala de los Penal, «Testimonio rendido por el perito Carlos César Cueto Vásquez», Audiencia de juzgamiento (Causa Juicio 17721-1631-2013).

humanos, describamos los casos donde se aplican las categorías normativas que identifican las acciones y omisiones dolosas de jueces y fiscales. Como hemos referido, los sucesos que relataremos son una muestra de cientos de casos de la especie que reposan en la Fiscalía de la Comisión de la Verdad del Ecuador, y, en gran medida, son parte de un sistema de impunidad ideada desde las más altas esferas estatales.

1.3 Descripción de los crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos

En un contexto unitario del poder, podríamos afirmar que los crímenes de lesa humanidad del periodo 1984-1988 y las posteriores violaciones a los derechos humanos registradas, responden a una política abusiva y contraria al ordenamiento jurídico interno. Los datos recogidos dan cuenta que de 118 casos del periodo 1984-2008⁶³¹, se perpetraron 269 privaciones ilegales de la libertad; 365 procesos de tortura; 86 hechos de violencia sexual; 17 desapariciones forzadas; 26 atentados contra la vida, y 68 ejecuciones extrajudiciales⁶³².

De los datos anteriores se registran crímenes de lesa humanidad durante el periodo de Febres Cordero. Para poder determinar que esos crímenes constituyeron una infracción de interés internacional, se tuvo en cuenta los principios desarrollados en los juicios de Nuremberg,⁶³³ que surgen después de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, es importante recordar que la noción de lesa humanidad se desarrolló a raíz de los estatutos y jurisprudencia de los tribunales para la ex Yugoslavia⁶³⁴ y Ruanda⁶³⁵, y con la aprobación del ERCPI. Esta

⁶³¹ En este trabajo recogemos los abusos de poder hasta el 2008, sin embargo, añadimos a nuestro análisis el caso de la tortura en el centro carcelario de «Turi», perpetrada a cerca de 300 detenidos el 31 de mayo de 2016 en la ciudad de Cuenca-Ecuador. Con ello, pretendemos demostrar que la política abusiva del poder permanece en la frágil democracia ecuatoriana.

⁶³² Datos recogidos de la fiscalía general del Estado, Dirección de la Comisión de la Verdad, 12 de febrero del 2019. Los cuales también constan en Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la verdad. Sin verdad no hay justicia. Tomo 3: Relatos de casos. Periodo 1984-1988*, ed. por Andrea Ávila y Francisco Terán, (Ecuador: ediecuadorial, 2010): 12, ISBN-978-9978-92-848-6.

⁶³³ Principio VI de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg, dice: «Los delitos enunciados a continuación son punibles como delitos de derecho internacional: ... c) Delitos contra la humanidad. El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos sean cometidos o tales persecuciones sean llevadas a cabo al perpetrar un delito contra la paz o un crimen de guerra, en relación con él». *Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg*, 31 de diciembre de 1950, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional y presentados a la Asamblea General. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>

⁶³⁴ *Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*, 25 de mayo de 1993, Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, art. 5. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>

⁶³⁵ *Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda*, 8 de noviembre de 1994, Resolución 955 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, art. 3. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>

evolución normativa y jurisprudencia internacional es posterior al caso ecuatoriano, no obstante, aquello no impide categorizar los hechos como un crimen internacional; el precedente del primer juicio de la posguerra desarrolla un consenso mundial de luchar contra la impunidad. De esta manera, el ERCPI materializa los elementos característicos del crimen de lesa humanidad como un «ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil, y el conocimiento de dicho ataque»⁶³⁶.

En el periodo 1984-1988 existen varias acciones ofensivas que constituyen un crimen de lesa humanidad, cuyas víctimas no pertenecen solo al movimiento AVC, sino, a toda una población civil, entre los que se destacan: dirigentes sindicales; agrupaciones sociales; campesinos; dirigentes políticos; periodistas; misioneros; religiosos; que se catalogaron en aquella época como el *enemigo interno*. Para emprender las investigaciones sobre los crímenes de este periodo, la Fiscalía del Ecuador recibió 65 casos provenientes de la Comisión de la Verdad, que dan cuenta de un crimen que conmueve a la comunidad internacional⁶³⁷.

Del periodo mencionado, analizaremos el denominado «Caso Azuay» que acumula varios hechos, víctimas y abuso de autoridad, perpetrados por el Estado en la ciudad de Cuenca-Ecuador; lugar donde se asesinó a Ricardo Merino, dirigente del movimiento político AVC. En el operativo policial también fueron detenidos y torturados integrantes y simpatizantes de aquella organización. Otro caso relevante que veremos, es la operación internacional de captura y muerte de «Arturo Jarrín» líder y fundador de dicha organización.

Por otro lado, del periodo 1988-2008 se desprenden 53 casos de violaciones a los derechos humanos que carecen de los elementos de sistematicidad y generalidad⁶³⁸. Es evidente la permanencia de los poderes irreductibles a la democracia, como el poder político, el poder económico y el poder mediático, que impulsan, consienten y silencian las viejas y recurrentes prácticas ocasionadas por las fuerzas de seguridad. Para demostrarlo extraeremos los casos «Ivonne Cazar» y «González y otros», donde el Poder Judicial se encuentra influenciado por dichos poderes, y, en consecuencia, no rinde las garantías de independencia e imparcialidad de jueces y de fiscales, que colocan en estado fraudulento el punto final de las investigaciones y procesos judiciales.

⁶³⁶ *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Roma, 1 de julio de 2002, art. 7. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

⁶³⁷ En el periodo de Febres Cordero se contabilizan 32 ejecuciones extrajudiciales; 12 atentados contra el derecho a la vida; 9 desapariciones forzadas; 214 privaciones ilegales de libertad; 275 víctimas de tortura, y 72 hechos de violencia sexual, distribuidos en 65 casos por un crimen de lesa humanidad.

⁶³⁸ Comisión de la Verdad, *Resumen Ejecutivo*, 67

Los casos que se describen, sirven para extraer el sistema de impunidad vigente desde 1984 al 2008, donde precisamente aplicaremos los supuestos normativos que identifican procesos fraudulentos. Además, por la insistencia del poder político ecuatoriano en las violaciones a los derechos humanos, se añade a nuestro análisis la tortura del centro carcelario de «Turi», sucedido en el año 2016, donde participan en conjunto: el poder político; el poder económico y el poder mediático desde la obscuridad; los cuerpos de seguridad; médicos; peritos; jueces y fiscales. Es decir, dicha actuación, como analizamos en el Cap. I. apdo. 1.2, no resulta posible sin la persistencia de los poderes ocultos en la democracia ecuatoriana.

1.3.1 El Caso Azuay: La muerte de Ricardo Merino y tortura a la población civil

En la ciudad de Cuenca- Ecuador⁶³⁹, el 28 de junio de 1986, a las 02h00, agentes de la UIES incursionaron en el domicilio Ricardo Merino Serrano⁶⁴⁰, quien era uno de los principales miembros de la organización política AVC; mientras dormía fue detenido, torturado y ejecutado. La respuesta oficial de la policía fue que la víctima murió producto de un enfrentamiento armado⁶⁴¹. Sin embargo, después de casi 30 años, se realizó la experticia de «Trayectoria Intraorgánica»⁶⁴², donde se determinó que los disparos se realizaron de arriba hacia abajo con la víctima de rodillas, es decir, el líder del movimiento AVC fue ejecutado por las fuerzas de seguridad mientras estaba en indefensión.

Si bien «Caso Azuay» gira en torno a la muerte de Ricardo Merino, también se registran ofensivas de los cuerpos de seguridad desde el 18 de agosto de 1985 al 5 de noviembre de 1986,

⁶³⁹ El nombre «Azuay» corresponde al lugar territorial del Ecuador donde se ejecutaron varios ataques en manos del poder político. A este caso se agrupan 7 investigaciones que se encontraban separadas, de las cuales se desprenden 19 víctimas de detención ilegal, tortura, violencia sexual, ejecución extrajudicial y desaparición forzada. El periodo de ofensiva empieza del 18 de agosto de 1985 al 5 de noviembre de 1986. Las investigaciones acumuladas guardan armonía con el número víctimas, a las que se suman organizaciones sociales, campesinas y religiosas. En realidad, por la naturaleza de la ofensiva, el número de víctimas y la duración del ataque, el caso es investigado bajo la figura de un crimen de lesa humanidad; que involucran alrededor de 30 funcionarios estatales, entre ellos, políticos, policías, militares, médicos, jueces, fiscales, y personas particulares que participaron en la ofensiva.

⁶⁴⁰ Ricardo Merino Serrano desde muy joven fue dirigente político, desempeñando cargos de representación estudiantil. En 1984 se vinculó al movimiento AVC, junto a Arturo Jarrín y otros.

⁶⁴¹ Fiscalía de Comisión de la Verdad. «Caso Azuay», n.º de delito 010101818050511, del 15 de mayo de 2018. Página de consulta: <https://www.gestiondefiscalias.gob.ec/siaf/informacion/web/noticiasdelito/index.php>. Parte policial del 28 de junio de 1986, SIC, Azuay, detalla. «[...] circunstancias en las que se origina una balacera, como resultado de lo cual, impacta un proyectil y por esta causa, es recogido y enviado a la ambulancia»

⁶⁴² La pericia de «Trayectoria Intraorgánica» sigue el recorrido que realiza el proyectil al ingresar al cuerpo humano, además, ubica la posición tirador y de la víctima al momento de originarse el impacto. En investigaciones donde figuran las muertes de «Ricardo Merino, Arturo Jarrín, y las víctimas de González y otros», se ha concluido que se encontraban de rodillas, acostados o de espaldas. De esta manera, se diluye la tesis “oficial” de supuestos «enfrentamientos entre policías y delincuentes».

dirigidos en contra de la población civil. Sin embargo, la tarea más importante era eliminar a los principales líderes de AVC, considerados como el *enemigo interno* del régimen. En este contexto, 18 miembros y simpatizantes de aquella organización fueron perseguidos; detenidos ilegalmente; torturados en dependencias policiales, y uno de ellos desapareció⁶⁴³. Aunque la finalidad era ubicar a Merino (que se encontraba en la clandestinidad), aprovecharon para iniciar procesos de incriminación en ilícitos, en los que claramente no habían participado.

Estas acciones estuvieron en manos de los cuerpos de seguridad como son policías y militares; a los interrogatorios se acompañaba la práctica de la tortura que se realizaron al interior de dependencias estatales acondicionadas para el efecto, y en presencia de fiscales que avalaban el procedimiento.

Por la ejecución extrajudicial de Ricardo Merino se inició una investigación de oficio, resuelta el 6 de febrero de 1987, por el Juez del Tercer Distrito de la Policía Nacional, quien declaró el sobreseimiento de los supuestos responsables bajo el reconocimiento de la «existencia del evento material, así como la causa de muerte»⁶⁴⁴.

Para establecer la participación de los miembros policiales, el fiscal solicitó «información necesaria sobre el operativo». En respuesta a la petición del investigador, el Comando Provincial del Azuay N.º 6 manifestó: «revisados los archivos no existe informe sobre el operativo del 28 de junio de este año [1986]». La resolución de archivo fue confirmada sin objeciones por la Segunda Corte Distrital de la Policía Nacional el 1 de junio de 1987⁶⁴⁵. En consecuencia, se colocó el punto final de la investigación bajo la declaración del evento material, sin declarar responsables, y nublando a lo largo de la investigación los derechos que asisten a las víctimas a conocer la verdad.

Los simpatizantes y militantes de AVC fueron sentenciados por el delito de asociación ilícita. En las investigaciones relataron ser víctimas de tortura; dicha afirmación fue confirmada por los informes médicos de especialistas de la Universidad de Cuenca. A pesar de las evidencias materiales y documentales, los jueces y fiscales de aquella época omitieron iniciar investigaciones para establecer responsabilidades⁶⁴⁶.

⁶⁴³ Por ejemplo, la víctima Rodrigo Aucay relata que las torturas se acumulaban durante varios días «los golpes que me dieron eran muy fuertes en todas las partes del cuerpo, sobre todo en las zonas más sensibles, en ese sentido son muy hábiles, porque daban en las partes en donde no se quedarían huellas, especialmente en las partes de los oídos, en la nuca, en el estómago». En, Fiscalía de Comisión de la Verdad, «Caso Azuay».

⁶⁴⁴ *Ibid.*, foja 2258 - 9.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, foja 2261.

⁶⁴⁶ Tribunal Segundo de lo Penal del Azuay, Sentencia, «Juicio 854-86», del 27 de marzo de 1987.

1.3.2 La captura internacional, tortura y muerte de Arturo Jarrín

Arturo Jarrín fue fundador y máximo dirigente de AVC, por lo cual era perseguido desde 1983 conforme al Plan de Seguridad Nacional⁶⁴⁷. En junio de 1984 fue detenido junto a otros integrantes de AVC por el asalto de un banco; quienes resultaron torturados por la UIES en dependencias estatales. Jarrín ingresa a prisión y logra huir del Penal García Moreno en 1985; a partir de ese momento se convirtió en prófugo y pasó a la clandestinidad. El gobierno de Febres Cordero, continuando con su plan de eliminar al *enemigo interno*, ejecutó sistemáticamente a Fausto Basantes el 4 de enero de 1986; Ricardo Merino el 28 de junio de 1986; Hamet Vásquez el 11 de septiembre de 1986; y Arturo Jarrín el 26 de octubre de 1986.

A finales de septiembre de 1986, Jarrín decide viajar a Serbia con una escala en Panamá (desde la clandestinidad). El viernes 24 de octubre de ese año, salió a una reunión en el país centro americano sin protección ni acompañamiento (como solía andar), sin embargo, fue detenido por militares de la Fuerza de Defensa de Panamá por orden del presidente Manuel Antonio Noriega, quien coordinó acciones con el gobierno ecuatoriano de Febres Cordero para su captura.

Jarrín fue llevado al aeropuerto por autoridades panameñas y ecuatorianas, enviándolo finalmente a Quito. A su arribo se le trasladó al Comando de Policía donde fue torturado y ejecutado. La versión oficial de la época indica que Jarrín murió el 28 de octubre de 1986 mientras miembros de la Policía se encontraban de patrulla en el sector de Carcelén donde «se produjo un cruce de balas entre policías y sospechosos, quienes disparaban mientras se alejaban, pero uno de ellos cayó al piso»⁶⁴⁸. La policía, al acercarse supuestamente al hombre caído, se percató que se trataba del líder de AVC.

Un grupo de jóvenes que se encontraban en el lugar detallaron años más tarde el verdadero suceso: «llegó una camioneta y que de la misma bajaron a una persona y la obligaron a caminar, iniciándose por parte de los que manejaban la camioneta un tiroteo en contra del

⁶⁴⁷ Las fuentes para el desarrollo de este apartado son extraídas de Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, «Defensoría del Pueblo y otros contra Wilson Ramiro Zapata Suarez y otros», número de proceso: 1772120151819, consulta: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>. En Fiscalía de Personas y Garantías – Casa de Justicia. «Caso Arturo Jarrín», n.º de delito 170101818112940, del 19 de noviembre de 2018. Página de consulta: <https://www.gestiondefiscalias.gob.ec/siaf/informacion/web/noticiadelito/index.php>. Y En Comisión de la Verdad, *Tomo 3: Relatos de casos*, 355-369.

⁶⁴⁸ Policía Nacional, Jefatura Provincial de Investigación Criminal, Primer Distrito Plaza de Quito, Parte de Detención de Arturo Jarrín, 27 de octubre de 1986.

indefenso joven»⁶⁴⁹. El informe policial sobre la muerte de Jarrín fue firmado por “el investigador” sin indicar quién era el verdadero responsable, como se había advertido, la UIES no tenía registro de sus miembros y utilizaba a policías de otras Unidades para la suscripción de documentos oficiales, pues conocían el desenlace impune de la investigación en los tribunales de justicia.

Por la muerte de Arturo Jarrín se iniciaron dos investigaciones que aparentaban aclarar los sucesos. El primer proceso inició en sede Policial el 29 de abril de 1987, el fiscal a cargo determinó «[...] habiéndose hecho imposible materialmente establecer responsabilidades en la infracción que se investiga, me es imposible solicitar el enjuiciamiento en contra de los miembros de la institución considerando que el presente trámite debe archivarse»⁶⁵⁰. El 27 de julio de 1988, la primera Corte Distrital de la Policía Nacional acoge el pedido fiscal, y dicta el sobreseimiento definitivo «por encontrarse probado el eximente de legítima defensa en favor de los policías que intervinieron en el operativo [...]»⁶⁵¹.

El segundo juicio es impulsado por familiares de Jarrín en la jurisdicción ordinaria por irregularidades en la primera investigación⁶⁵². En este caso, el Fiscal emite un dictamen abstentivo⁶⁵³ por no encontrar responsables de la muerte del líder de AVC. Este dictamen fue ratificado por el juez de primera instancia elevando a consulta al Fiscal Superior y Jueces de la Corte Superior de Quito, para su ratificación o revocatoria.

El dictamen en manos de la Fiscalía Distrital señala «la Sala debe confirmar en todas sus partes el auto de sobreseimiento [...] pero con el carácter de definitivo del proceso y de los posibles sujetos activos del delito»⁶⁵⁴. El dictamen se basa en que «ha sido imposible identificar a los culpables, consta de autos que, de parte de la Policía Nacional, los órganos jurisdiccionales correspondientes han dictado sobreseimiento definitivo a favor de los señores policías [...] que intervinieron en el operativo, razón por la que es aplicable el art. 160 del Código de Procedimiento Penal, que dice: ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho, principio de legalidad penal acogida por nuestra Constitución»⁶⁵⁵.

⁶⁴⁹ Testimonio notariado de Martha Eufemia Jijón Rodríguez, Notaría Quinta del Cantón Quito, 17 de octubre de 1996.

⁶⁵⁰ Juzgado Segundo del Primer Distrito de la Policía Nacional a cargo del capitán de Policía Luis Alberto Méndez Espinoza, 24 de septiembre de 1987, Juicio N.º 074- 87.

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² Las irregularidades procesales se verán a detalle en este capítulo en el apartado 2.5.

⁶⁵³ El dictamen abstentivo es una institución del derecho procesal penal que permite al Fiscal abstenerse de acusar al procesado, cuando no encuentre méritos para pasar a la etapa de juicio. Esta institución se encuentra regulada en el art. 600 del COIP.

⁶⁵⁴ Ministerio Fiscal Distrital de Pichincha, Dictamen del 26 de noviembre del 2003.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

Los Jueces de la Corte Superior de Quito, en base a la abstención fiscal, ratifican el dictamen y concluyen: «todos los datos del proceso conducen a la certeza de que Jarrín se enfrentó a bala con los policías y murió a consecuencia de los disparos recibidos. Supuesto de lo anterior, resulta un despropósito haber iniciado un proceso penal indagatorio [...] ya se conocía que quienes dispararon sobre este ciudadano fueron policías que actuaron en legítima defensa»⁶⁵⁶.

Guido Garcés fue uno de los jueces que resolvió en última instancia el archivo de las investigaciones sobre la muerte del líder del movimiento AVC. Paradójicamente, el referido juez fue promovido como magistrado de la Corte Suprema de Justicia en el año 2006, bajo el auspicio del Partido Social Cristiano; agrupación liderada por el expresidente Febres Cordero⁶⁵⁷, quien fungía como principal ejecutor de los delitos de lesa humanidad de la época más oscura de la democracia ecuatoriana.

1.3.3. La desaparición forzada de Ivonne Cazar

Ivonne Cazar con 23 años cursaba el último año de Derecho en la Universidad del Azuay. El 28 de febrero de 1996 después de las jornadas de Derecho Tributario, se dirige con su amiga Verónica Tama a la licorera “bodegón del zorro”. En dicho lugar, se encuentra con Diego y Guillermo Gómez-Jurado, ambos miembros de la Policía del Ecuador, a quienes Ivonne conoce por primera vez. Comparten en el lugar hasta la 01h00; luego se dirigieron a sus domicilios⁶⁵⁸. Siendo 1 de marzo, y faltando 60 metros aproximadamente para ingresar a su casa, Ivonne Cazar desaparece; según versión de un guardia de seguridad del sector, Ivonne no ingresó a su domicilio aquella madrugada.

El policía Diego Gómez-Jurado fue uno de los sospechosos de la desaparición de la joven universitaria, sin embargo, por delegación judicial, él mismo se encargó de investigar los detalles de su repentina desaparición, pues era la hipótesis que se manejaban en ese entonces.

⁶⁵⁶ Corte Superior de Justicia de Quito, Cuarta Sala, sobreseimiento definitivo del 19 de diciembre del 2003.

⁶⁵⁷ «Tres nuevos jueces discrepan sobre la reorganización judicial», *El Universo*, 23 de noviembre de 2006, acceso el 2 de marzo de 2019, <https://www.eluniverso.com/2006/11/23/0001/8/F8CBB151D46348C0BA794A391E5781A8.html>.

⁶⁵⁸ Juzgado Primero de Garantías Penales. «Ivonne del Rocío Cazar Ramírez contra Cesar Augusto Jerves Rojas y Diego Simón Gomezjurado». Número de proceso: 0165119960095. Consulta: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>. Consultado el 3 de marzo del 2020. La Fiscalía del Ecuador investiga nuevamente este suceso, por el delito de desaparición forzada. Por tal razón las nuevas revelaciones se mantienen en reserva por prohibición del art. 584 del COIP «Las actuaciones de la Fiscalía [...] se mantendrán en reserva [...] cuando el personal divulgue o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan, atentando el honor y el buen nombre de las personas en general, se sancionarán conforme lo previste en este Código».

Con la investigación en sus manos, Gómez-Jurado se encargó por todos los medios de encubrir su participación en el crimen. El guardia de seguridad cuenta que la policía lo torturaba para que cambie su versión; él debía manifestar que observó a Cazar ingresar a su domicilio. La policía buscaba responsabilizar a la hermana de Ivonne por su “repentina” desaparición.

La policía tiene amplias facultades en la investigación, una de ellas es recibir los testimonios de personas que conozcan de los hechos⁶⁵⁹. Es Así como se receptaron declaraciones direccionadas a inculpar a la víctima por su comportamiento, como si Ivonne “iba mareada”, “iba bien” o si le “gustaba tomar”. Otra de las sospechosas fue Verónica Tama, quien fue procesada por encubrir a los responsables de la desaparición de Cazar; lo trascendental fue que en manos de los investigadores se destruyeron soportes documentales donde se registraba su declaración. Por las amplias facultades de los investigadores en el proceso, su versión de los hechos se acomodó con fines ajenos a la verdad procesal y material. Lo descrito no resulta posible sin la participación de jueces y fiscales en el cuidado de la investigación.

En este sentido, la policía carecía de imparcialidad, al igual que el juez de la causa⁶⁶⁰, quien tuvo la obligación legal de realizar las diligencias necesarias⁶⁶¹, y, a su vez, corregir las irregularidades de la actuación policial que colocaron en inminente riesgo la investigación. Pero resulta que el mencionado juez es tío materno de Verónica Tama, a quien se le procesó. Si bien la relación entre Tama y el juez no constituye en primer momento causal de excusa o recusación, por estar fuera del cuarto grado de consanguinidad que exige la norma, sin embargo, dicha relación se encuentra prevista como causal de separación de conocimiento de la causa «cuando algún miembro de tribunal o juez tenga amistad estrecha con el acusado»⁶⁶².

Con estas irregularidades se inició un proceso penal en contra de Diego Andrés Gómez-Jurado, Cesar Jerves y Verónica Tama. La actuación fraudulenta de la policía con auspicio del Poder Judicial determinó el sobreseimiento provisional el 30 de enero de 1999. Pasaron 15 años sin realizarse ninguna diligencia investigativa que permita dar con el paradero de Ivonne

⁶⁵⁹ El Código de Procedimiento Penal, vigente para la época de los hechos, en el art 49, establecía que: «La indagación policial tiene el objeto de acopiar las pruebas que conduzcan al esclarecimiento del delito, buscar y capturar a los culpables del mismo, reconocer el lugar donde se haya cometido y recoger los materiales, documentos y, en general, todo cuanto pueda servir al descubrimiento de la infracción». El COIP, de igual forma, recoge que la Policía por delegación fiscal, tiene la atribución de art 444.4: «Disponer al personal del Sistema especializado integral de investigación, la práctica de las diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos». En igual sentido, el art 449.3, faculta a la Policía Nacional a «realizar las primeras diligencias investigativas, tales, como entrevistas [...]».

⁶⁶⁰ Simón Valdivieso Vintimilla, se encargó del Primer Juzgado de los Penal de Azuay, en julio de 1996.

⁶⁶¹ Código de Procedimiento Penal, art. 224.

⁶⁶² Código de Procedimiento Penal, art. 274.3.

y entablar responsabilidades. A este estado de inacción del poder judicial se coloca un aparente punto final en la referida investigación, con el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los procesados el 20 de enero del 2014.

Por la flagrante impunidad del caso, la Fiscalía de la Comisión de la Verdad y Derechos Humanos del Ecuador, el 15 de enero del 2017, emprendió una nueva investigación por la desaparición de Cazar, en base a la declaración de NN⁶⁶³ víctima de un delito de violación, quien había sido intimidada por Gómez-Jurado después de abusar de ella. La ofendida relata: «incluso me contó del caso de Ivonne Cazar que había pasado un accidente con ella, que había hecho él y su hermano, que si hablaba me podía pasar lo mismo»⁶⁶⁴.

Frente a una desaparición no resuelta donde se aprecia la intervención de las fuerzas de seguridad del Estado y la complicidad del Poder Judicial, se solicitó autorización judicial para efectuar técnicas especiales de investigación. Como respuesta, el órgano judicial dijo que existe «un auto de sobreseimiento definitivo con efectos de cosa juzgada que prohíbe la *non bis in idem* en contra de los acusados»⁶⁶⁵.

1.3.4 El Caso González y otros: más que una masacre en la farmacia Fybeca

En Guayaquil, una de las ciudades más desiguales de Ecuador, cuerpos de élite de la Policía Nacional planificaron operativos “antidelincuenciales”.

El 19 de noviembre de 2003, a primera hora de la mañana, un grupo de presuntos asaltantes ingresó a la Farmacia Fybeca⁶⁶⁶, ubicada en la ciudadela La Alborada, al norte de Guayaquil. Inmediatamente miembros del Grupo de Intervención y Rescate de la Policía Nacional (GIR) ingresaron al lugar y dispararon en contra de los presuntos delincuentes. Ocho

⁶⁶³ De acuerdo con el art. 584 del COIP, se reserva el nombre de la víctima con la finalidad de precautelar el derecho a su intimidad personal.

⁶⁶⁴ Fiscalía de Comisión de la Verdad. «Caso Ivonne Cazar», n.º de delito 010101816030423, del 11 de marzo de 2016. Página de consulta: <https://www.gestiondefiscalias.gob.ec/siaf/informacion/web/noticiasdelito/index.php>.

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ La denominación del caso se debe a la participación de Eduardo González, oficial de alto rango de la Policía de Ecuador, quien inició su carrera en la UIES. A su mando estuvo el operativo policial de la farmacia Fybeca, en este, y en otros “operativos” que participa González a lo largo de su carrera, se evidencia un patrón generalizado de presuntos “enfrentamientos” de policías contra “delincuentes”. A su cargo se contabilizan 43 muertes hasta el año 2014. «El rastro de una masacre», *Plan V*, 13 de octubre de 2014, acceso el 3 de marzo de 2020, <https://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/el-rastro-una-masacre>.

personas resultaron muertas, entre ellos, Carlos Andrade que compraba pañales para su hija y Guime Córdova, mensajero del local⁶⁶⁷.

El informe policial aseguró que las muertes se produjeron en un enfrentamiento cuando intentaban asaltar la farmacia, pero, una vez realizado el examen de balística⁶⁶⁸, se comprobó que las armas fueron implantadas y que las mismas no fueron disparadas, en tal forma, la muerte de las víctimas se produjo cuando estaban indefensas sobre el piso⁶⁶⁹.

Los policías aprehendieron a César Mata, Jhonny Balda y Seydi Vélez, a quienes subieron a un carro Pathfinder. Después de recorrer varias cuadras, la mujer es separada de los dos detenidos Mata, Balda, y Erwin Vivar (tío de Seydi); estos últimos fueron torturados, disparados y arrojados en el río Guayas. A este ataque sobrevivió Erwin, quien se refugió con la ayuda de familiares en Venezuela⁶⁷⁰.

Seydi fue acusada de pertenecer a una banda de asaltantes; siendo torturada en presencia del fiscal y obligada a firmar una declaración elaborada a la medida de un enfrentamiento entre policías y delincuentes⁶⁷¹. A las esposas de Carlos Andrade y Guime Córdova se les impidió verlos en la morgue. Mientras tanto, los familiares de César Mata y Jhonny Balda recibían llamadas de ellos afirmando que los iban a matar, por lo que se acercaron a la Policía Judicial del Guayas donde les negaron que estuvieran en el lugar⁶⁷².

El 20 de noviembre del 2003, el Fiscal Héctor Vanegas inició un proceso penal por el asalto de la farmacia. Seydi Vélez fue preparada durante toda la investigación bajo amenazas⁶⁷³; ella debía asumir la participación junto a las otras personas desaparecidas. A todas

⁶⁶⁷ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala de lo Penal, juicio N.º 17721-2013, 16 de diciembre de 2014. Véase también Comisión de la Verdad, *Tomo 2: Crímenes de Lesa Humanidad*, 119.

⁶⁶⁸ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, juicio N.º 17721-2013. El jefe de la Criminalística de la Policía después del peritaje balístico manifestó que: «las armas de los supuestos delincuentes no fueron disparadas», en «La lucha de las Dolores», *El Universo*, 19 de noviembre de 2004, acceso el 4 de marzo de 2020, <https://www.eluniverso.com/2004/11/19/0001/10/8FA708B482DB40E7B04B6FB984A4FA0A.html>

⁶⁶⁹ Un informe de la Fiscalía concluye «que no existió intercambio de balas entre policías y presuntos delincuentes» En Comisión de la Verdad, *Tomo 2: Crímenes de Lesa Humanidad*, 123.

⁶⁷⁰ Erwin Vivar relata años más tarde: «No entiendo como sobreviví. Viendo que no teníamos fuerza ni para pararnos, nos llevaron al último paseo, al pie del estero salado (detrás de la Policía Judicial). Me quitaron la bolsa de la cabeza y echaron 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 dentro de mi cuerpo. Y agarré el cuerpo de mi amigo Jhony 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». En Allen Pachana, «Caso “González y otros”: un desaparecido rearma la tragedia», *Vistazo*, 1 de agosto de 2016, acceso el 4 de marzo de 2020, <https://www.vistazo.com/actualidad/caso-gonzalez-y-otros-un-desaparecido-rearma-la-tragedia-EYVI30776>

⁶⁷¹ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, juicio N.º 17721-2013. Y Comisión de la Verdad, *Informe de la Comisión de la Verdad. Sin verdad no hay justicia. Tomo 4: Relatos de casos. Periodo 1988-2008*, ed. por Andrea Ávila y Francisco Terán (Ecuador: ediecuatorial, 2010): 174, ISBN-978-9978-92-848-6.

⁶⁷² Comisión de la Verdad, *Tomo 4: Relatos de casos*, 168.

⁶⁷³ *Ibid.*, 166. Seydi Vélez, al momento de su detención fue abordada por un Policía, quien comenta: «me dijo que me iba a ayudar; me estaba conversando lo que tenía que decir “mira tú tienes que decir esto: que ellos [los

las víctimas se les acusó de coautores del asalto. En mayo de 2004, Seidy fue sentenciada a seis años de reclusión menor ordinaria⁶⁷⁴.

La CIDH solicitó al gobierno ecuatoriano que establezca el paradero y proteja la integridad de Jhonny Gómez, César Mata, Erwin Vivar (los tres desaparecidos) y de Seydi Vélez, y que se informe de las medidas adoptadas para investigar y esclarecer judicialmente su desaparición.

Para establecer la responsabilidad de los policías se iniciaron dos investigaciones: una en la Jurisdicción Policial y otra en la ordinaria. Sin embargo, en estas causas que pretendían aclarar las muertes y desapariciones, los jueces y fiscales se abstuvieron de acusar⁶⁷⁵, colocando los procesos en estados de cosa juzgada fraudulenta; pues los elementos internos de identidad del sujeto activo, objeto de protección y causa de persecución, no se cumplen, además de encontrarse abstraídas las garantías de independencia e imparcialidad judicial, como veremos.

Con esta advertencia, el 6 de abril de 2004, el fiscal de la policía Cristóbal Mantilla, se abstuvo de acusar al mayor Eduardo González Flores, oficial que dirigió el operativo Fybeca; tampoco hubo responsabilidad para los otros 19 policías, argumentando que «los miembros policiales que ingresaron a la farmacia [Fybeca el 19 de noviembre de 2003], estaban poseídos de una emoción que le impele actuar irreflexivamente, no cabe exigir racionalidad, la actuación fue automática e instintiva»⁶⁷⁶.

Este dictamen fue acogido por los jueces de la Corte Distrital de la Policía, aduciendo que «los policías liberados [...] solo cumplieron labores de resguardo del lugar y para evitar desorden en los exteriores de la farmacia, la mañana del 19 de noviembre»⁶⁷⁷. En la Corte de apelación los jueces superiores ratificaron el dictamen elevado a consulta, sin realizar objeciones, ni ordenar nuevas diligencias investigativas que permitan aclarar la muerte de las 8 personas al interior de la farmacia. De esta manera se cerró la primera investigación con el «sobreseimiento definitivo a favor de los oficiales implicados».

Por otra parte, en la jurisdicción ordinaria, el 23 de septiembre de 2004, el Fiscal desestimó la denuncia presentada por Dolores Vélez y Dolores Briones por la muerte de sus

delincuentes] dispararon y que la policía respondió los disparos” Y le digo: Pero es que así no sucedieron las cosas. [El agente respondió] “Es que tú tienes que decir eso. Yo voy a declarar también, cómo te cogieron a ti y todo, pero tu mira tú, tienes que ayudarnos, para nosotros ayudarte».

⁶⁷⁴ El 20 de marzo de 2006, el Tercer Tribunal del Guayas condenó a cumplir seis años de reclusión menor ordinaria, argumentando que «[...] la acusada procedió deliberadamente y planificadamente en conjunto con sus asociados, incluyendo dentro de ellos los hoy fallecidos, a cumplir el propósito delictivo».

⁶⁷⁵ El 17 de diciembre de 2003, el agente fiscal de lo Penal del Guayas, Carlos Pérez, por la desaparición de Jhonny Gómez, César Mata, y Erwin Vivar, se abstuvo de acusar a los policías involucrados.

⁶⁷⁶ Dictamen Fiscal emitido a favor de los policías Eduardo González Flores y otros miembros.

⁶⁷⁷ Comisión de la Verdad, *Tomo 4: Relatos de casos*, 176.

esposos, los jueces dijeron «que no se puede juzgar dos veces por el mismo delito»⁶⁷⁸ Es decir, hicieron efectiva la garantía del *non bis in idem* a favor de los responsables, obstaculizando nuevas investigaciones, procesos y juicios impulsados en un inicio por las víctimas.

En este orden de ideas, en el caso «González y otros», a diferencia de los relatados y cientos de la especie, la fiscalía luego de diez años sorteó la existencia del *non bis in idem*, formulando cargos el 14 de noviembre del 2013 en contra de policías de alto rango, funcionarios judiciales y otras personas, por participar en la ejecución extrajudicial de 8 personas en el operativo de la farmacia Fybeca.

Luego de dos años de duración del juicio, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en el 2015⁶⁷⁹, declaró por primera vez en Ecuador la existencia de la cosa juzgada fraudulenta de las primeras investigaciones, este pronunciamiento judicial constituye el primer hito de lucha contra la impunidad a favor de las víctimas, de la sociedad y la rendición de cuentas de los responsables, con las debidas garantías orgánicas y procesales.

Sin descartar la importancia de este precedente judicial, promovemos una aplicación normativa de las causales que identifican la cosa juzgada fraudulenta, a ser ingresados en el recurso de revisión de sentencias absolutorias, para enfrentar el escenario de impunidad relatado. Como se ha indicado, son cientos de casos de la especie que aguardan por una salida uniforme desde las bases fundantes del Estado de derecho, como es el principio de legalidad y la garantía de independencia judicial. Incluso, la edificación normativa propuesta, servirá para enfrentar al nutrido grupo de ilícitos que comete el poder desde un contexto unitario e impune.

2. El sistema de impunidad y el papel de la justicia: la configuración de la cosa juzgada fraudulenta

De los casos relatados se evidencia de forma unánime, y, en distintos periodos gubernamentales, el uso del poder punitivo y las garantías procesales a favor de los presuntos responsables; patología que no corresponde a su verdadera naturaleza, como lo dijimos en el Cap. II, apdo. 1., 1.1, siendo esta la de contener el poder irracional de castigar, históricamente desbordado en contra de los más débiles. Lo que en realidad sucede en esta clase de crímenes, es que el sistema de justicia, especialmente jueces y fiscales, deforman las garantías orgánicas y procesales para ocultar la responsabilidad de los perpetradores y nublar el derecho a la verdad

⁶⁷⁸ *Ibid.*, 177.

⁶⁷⁹ Corte Nacional de Justicia, Tribunal Penal, Sentencia del 1 de diciembre del 2015, caso González y otros.

de las víctimas y de la sociedad, dejando, por tanto, en un estado de impunidad los procesos e investigaciones narradas.

Aceptar el cierre de los conflictos sociales en ese estado es sinónimo de una justicia simbólica y aparente. Es así como el escenario planteado corresponde a una disfunción de las garantías en escenarios de impunidad del poder. Por lo tanto, la inmutabilidad de la garantía que prohíbe el *non bis in ídem* es posible gracias a los estándares normativos que identifican investigaciones, procesos, sentencias y autos definitivos, en estados fraudulentos. Con la producción normativa buscamos equilibrar el derecho a las víctimas y a la sociedad a alcanzar la verdad; a los perpetradores a un debido proceso con las garantías orgánicas y procesales, y, finalmente, inhibir la amplia discrecionalidad judicial en la materia.

Como veremos, la Corte Nacional de Justicia en el caso «González y otros» no sustentó su fallo en normas internas, pues no existía la posibilidad de declarar la nulidad de las sentencias absolutorias y autos de sobreseimiento dictados por la jurisdicción policial y ratificados por la justicia ordinaria. En tal virtud, se apoyó en la jurisprudencia y normativa internacional por medio del llamado Control de Convencionalidad, es decir, en gran medida se inclinó por una salida axiológica, argumentativa-principialista.

No obstante, si observamos desde otro ángulo, acoger la salida resuelta por el máximo órgano de justicia del Ecuador, como regla general, resulta problemática y ambigua; esto por la recurrente alegación de jueces y fiscales de la no obligatoriedad de los mandatos internacionales, por tanto, nos lleva a un terreno de amplia discrecionalidad judicial, sin seguridad y certeza del ordenamiento. Por ejemplo, como contraste a los resuelto, en el caso «Ivonne Cazar», no se permitió ni siquiera realizar técnicas especiales de investigación. Esta decisión coloca en duda el futuro de las investigaciones y procesos judiciales, pues no se cuenta con un soporte normativo para revisar los procesos fraudulentos a nivel interno.

Los casos relatados en el anterior apartado nos sirven para extraer patrones de impunidad de la Justicia ecuatoriana desde 1984 hasta el 2016, en crímenes de *ius cogens*. La aplicación de los estándares normativos, visibiliza la llamada cosa juzgada fraudulenta en dichos crímenes, pero, por la naturaleza unitaria, ofensiva e impune del poder, también son extensibles en una variedad de crímenes que participa el poder, como hemos insistido desde el Capítulo I⁶⁸⁰.

⁶⁸⁰ Consideramos como alternativa la aplicación de los estándares normativos a la gran variedad de crímenes que comete el poder, que se vieron en el Cap. I. apdo. 3.

Ahora bien, los crímenes de *ius cogens* descritos son solo una muestra de centenares de la especie que reposan en la Fiscalía del Ecuador con sentencias o autos fraudulentos. Incluso, el sistema de impunidad ideado en la década de los 80 continúa vigente en la frágil democracia ecuatoriana. En esos crímenes se evidencia la participación del poder político en la planificación de eliminar al *enemigo interno*; desde la opacidad, el poder económico suministra apoyo logístico y armamentista. En cambio, el poder mediático en unos casos reproduce miedo sobre el “enemigo”, y, en otros, guarda silencio sobre la gravedad de los crímenes. En tanto, con mayor visibilidad y margen de actuación, las prácticas violatorias están en manos de las fuerzas de seguridad como son policías y militares. Tampoco es extraño observar una fraudulenta colaboración de auxiliares de justicia, como los médicos y peritos en general, quienes desde su marco de actuación encubren la verdad en experticias de la especie.

Esta actuación conjunta no tendría cabida en una jurisdicción con los resguardos de independencia e imparcialidad, pero esto no sucede en la esfera ecuatoriana, pues el círculo de impunidad se cierra con acciones y omisiones dolosas, de jueces y fiscales, en las investigaciones y procesos en curso.

Si queremos encontrar el origen del sistema de impunidad, podríamos afirmar que la Ley de Seguridad Nacional fue el primer instrumento legal que facultaba a las fuerzas de seguridad a practicar acciones violatorias a los derechos en contra del llamado *enemigo interno* del régimen⁶⁸¹. A pesar de su formal eliminación en el año 2008, dichas prácticas se mantienen en la democracia ecuatoriana, a través de la selección estructural del enemigo realizadas por los poderes políticos, económicos y mediáticos⁶⁸², que, como decía el sociólogo Carlos Cueto, ahora ya no se persiguen guerrilleros, sino a peligrosos delincuentes⁶⁸³.

Con la máxima penalización y el gran encarcelamiento de la *delincuencia de subsistencia*⁶⁸⁴, las actuales fuerzas de seguridad del Ecuador han germinado dicha idea. Como muestra de aquello, en lo que refiere a crímenes de *ius cogens*, tenemos la tortura en el Centro carcelario de «Turi», a más de 300 privados de la libertad, ocurrido en el 2016. En este caso, como una práctica recurrente de los órganos de Justicia, la Fiscalía delegó la investigación a la Policía Nacional, institución que figura precisamente como responsable de las torturas. Esta desviación procesal ya sucedía en el caso «Ivonne Cazar» en 1996, cuando se entregó la investigación a los propios perpetradores. Entonces, se podría afirmar con lo recogido, que las

⁶⁸¹ En este capítulo véase el apartado 1.2.

⁶⁸² Véase el Cap. I. apdo. 2.

⁶⁸³ Testimonio de Carlos César Cueto Vásquez, rendida en la Corte Nacional de Justicia, juicio N.º 17721-1631-2013.

⁶⁸⁴ Véase el Cap. I. apdo. 2.2 y 2.3

prácticas de los cuerpos de seguridad no serían efectivas sin el soporte o aquiescencia del poder judicial.

En este contexto, los casos descritos en el apartado 1.3 de este capítulo, nos servirán: en primer lugar, para visibilizar el sistema y patrones de impunidad todavía vigente en la democracia ecuatoriana, que involucra a los poderes irreductibles, a las Fuerzas de Seguridad, y los principales actores de justicia como son jueces y fiscales. En segundo lugar, a raíz de sus acciones y omisiones dolosas, aplicamos los estándares normativos que identifican la cosa juzgada fraudulenta, a lo que Larry Laudan denominó el *falso hallazgo exculpatório*⁶⁸⁵; en esencia, esta es la propuesta de producción normativa desde el legislativo.

Recordemos que los procesos en estados de cosa juzgada es la que la que contiene los elementos internos de identidad del sujeto activo, objeto y causa de persecución, además de los elementos externos de independencia e imparcialidad judicial, colocados en su conjunto de manera debida o justa. En consecuencia, la cosa juzgada tendrá la naturaleza de fraudulenta, cuando alguno de los elementos descritos esté infectado dolosamente mediante acciones y omisiones de jueces y de fiscales, dirigidas a favorecer la impunidad de las investigaciones y procesos judiciales.

Los estándares normativos para identificar los procesos fraudulentos están desarrollados teóricamente en el Cap. II, apdo. 2. Además, por la casuística de los crímenes de *ius cogens*, recogemos para nuestra aplicación práctica la normativa y jurisprudencia internacional: el art. 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia; el art. 9 del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda⁶⁸⁶; el art. 20 del ERCPI⁶⁸⁷, y la amplia jurisprudencia de la Corte IDH⁶⁸⁸.

Bajo el contexto explicado, los elementos normativos que identifican la cosa juzgada fraudulenta son los siguientes:

⁶⁸⁵ Laudan, *Verdad, error y proceso penal*, 33.

⁶⁸⁶ Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y Ruanda art.10.2 y Art 9.2. Una persona que haya sido juzgada por un Tribunal nacional por actos que constituyan violaciones graves del derecho internacional humanitario, podrá ser juzgada posteriormente por el Tribunal solamente si: a) El acto por el cual se la sometió a juicio fue considerado delito ordinario; o b) La vista de la causa por el Tribunal nacional no fue ni imparcial ni independiente, tuvo por objeto proteger al acusado de la responsabilidad penal internacional, o la causa no se tramitó con la diligencia necesaria.

⁶⁸⁷ ERCPI, art. 10.2. La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los art. 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.

⁶⁸⁸ Una parte de la jurisprudencia de la Corte IDH a la que hacemos referencia y que se desarrollará en este capítulo se encuentra en la nota 487.

- 1) Procesos seguidos fuera de la jurisdicción ordinaria.
- 2) Procesos sin los elementos internos de la cosa juzgada: la identidad del sujeto activo, el objeto y la causa de persecución.
- 3) Procesos sin los elementos externos de la cosa juzgada: independencia e imparcialidad judicial.
- 4) Procesos sin garantías procesales reconocidas por el derecho internacional.
- 5) Procesos sin diligencias necesarias, realizando acciones procesales de forma incorrecta, aparente o fraudulenta.
- 6) Procesos sin riesgo a contraer responsabilidades penales del imputado ante la justicia.

Antes de pasar a detallar los elementos normativos, aclaremos la denominación de *procesos* dentro del estándares propuestos.

El COIP, en el art. 589, establece las etapas del proceso: «1. Instrucción. 2. Evaluación y preparatoria de juicio. 3. Juicio». Es decir, las acciones y omisiones dolosas de los operadores de justicia se ocasionan materialmente en dichas etapas, sumada la fase preprocesal de investigación o de indagación previa a cargo del Fiscal, y bajo control judicial⁶⁸⁹. Además, según lo visto en el Cap. III apdo. 2.1, los fraudes también pueden ocasionarse en la sustanciación de los recursos de impugnación ordinarios como la apelación, nulidad, y casación⁶⁹⁰. Entonces, al conjunto de etapas: preprocesales, procesales y de impugnación, la denominamos *procesos*, siendo el lugar donde se configura la cosa juzgada fraudulenta.

En este contexto, realicemos un examen a los patrones de impunidad en los casos «Azúay», «Arturo Jarrín», «Ivonne Cazar», y «González y otros», siendo solo una muestra de cientos de la especie que reposan en la Fiscalía del Ecuador. A dichos casos, se aplicarán los estándares normativos que identifican la presencia de procesos fraudulentos, por tanto, veremos la propuesta de producción normativa de revisión sentencias y autos definitivos en ese estado.

2.1 Procesos investigados fuera de la jurisdicción ordinaria

En el Cap. II, apdo. 2.2.2.2, vimos la reserva de la jurisdicción o principio de exclusividad jurisdiccional como elemento que caracteriza la independencia judicial externa.

⁶⁸⁹ COIP, art. 580.

⁶⁹⁰ De este grupo, excluimos al proceso de revisión, pues el COIP no edifica la posibilidad de revisar las sentencias absolutorias, y con dicha prohibición, no habría acciones u omisiones dolosas de jueces y de fiscales para beneficiar a los culpables absueltos.

Una de las bases de la separación de poderes es la no invasión al poder judicial, en lo que concierne a la interpretación y aplicación de la ley en los procesos colocados a su conocimiento. Con esto, se prohíbe al poder ejecutivo y legislativo invadir la esfera jurisdiccional, es decir, que asuman funciones jurisdiccionales. De esta manera, la Constitución del Ecuador en el art. 160 determina: «los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por órganos de la Función Judicial [...]». Además, el COFJ, art. 227, indica que para el juzgamiento de infracciones comunes que involucren a policías y a militares, serán siempre competentes las juezas y jueces ordinarios⁶⁹¹.

Los procesos seguidos por la muerte de Ricardo Merino en el «Caso Azuay», «Arturo Jarrín» y el caso «González y otros», se investigaron, procesaron y juzgaron, fuera de la jurisdicción ordinaria. Al encontrarse involucrados miembros de la Policía Nacional el sistema de impunidad activó la jurisdicción policial adscrita al poder ejecutivo, de esta manera, se trataron los hechos como delitos de función⁶⁹², por presuntos «enfrentamientos armados entre policías y delincuentes». En otras palabras, las investigaciones no fueron tratadas bajo la óptica que demandan los crímenes internacionales, en este caso, debían ser investigados y juzgados por la justicia ordinaria.

En el caso por la muerte de Ricardo Merino, el 4 de julio de 1986, el Comisario Nacional solicita a la Comandancia de Policía conocer «si la muerte fue producida por elementos de la Policía en cumplimiento de sus funciones, ya que de ser así este proceso no puede ser conocido por la Justicia Común, debiendo por lo mismo ser enviado todo lo actuado a los jueces policiales correspondientes»⁶⁹³. Sobre esta petición la Policía responde al Comisario «el operativo al cual hace referencia fue cumplido por miembros de la Policía Nacional»⁶⁹⁴. Con esta respuesta y sin más trámite, el Comisario derivó el conocimiento de la investigación sobre la muerte de Merino, de la justicia ordinaria a la policial.

Por casos de igual naturaleza, la Corte IDH ha determinado que «en un Estado democrático de derecho, la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados a

⁶⁹¹ COFJ, art. 227, añade: «para que surta efecto el fuero penal militar o policial, deberán concurrir estos requisitos: 1. Que la persona imputada haya cometido el delito en ejercicio de sus funciones específicas; 2. Que este delito esté tipificado en los respectivos códigos penales militar y policial como delito de función; 3. Que la persona imputada esté en servicio activo.

⁶⁹² En el caso «González y otros», por la muerte de 8 personas, y desaparición de otras 3, se iniciaron investigaciones en la jurisdicción policial por delitos de abuso de facultades, y homicidio inintencional o culposo.

⁶⁹³ Fiscalía de Comisión de la Verdad, «Caso Azuay».

⁶⁹⁴ *Ibíd.*

las funciones propias de las fuerzas militares»⁶⁹⁵. En esta línea recoge dos requisitos restrictivos para el ejercicio de la jurisdicción militar o policial: «1. Que el acusado y la víctima deben ser miembros activos del ejército. 2. El delito debe de ser de naturaleza castrense y cometido por militares en el ejercicio de sus funciones»⁶⁹⁶.

Sobre el primer requisito exigido por el Organismo Internacional, se desprende que las víctimas Ricardo Merino, Arturo Jarrín, y los ocho ofendidos de la farmacia «Fybeca», no pertenecían a filas militares o policiales, sino que eran parte de la sociedad civil, sin funciones o cargos específicos en las Fuerzas de seguridad descritas. Tampoco reúne el segundo requisito, pues el delito cometido por policías y militares fueron ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas en el contexto de un delito de lesa humanidad.

En los casos descritos, los jueces de la jurisdicción policial de primer nivel, y los de apelación, no tenían competencia para conocer y resolver los crímenes relatados. Sus resoluciones judiciales colocan el proceso en aparente estado definitivo, bajo la causa de justificación de legítima defensa, por supuestos «enfrentamientos de policías contra delincuentes»⁶⁹⁷.

La Corte de apelación que conoció la muerte de «Arturo Jarrín», absolvió a los policías que dieron su muerte «por encontrarse probado el eximente de legítima defensa». Situación similar sucedió en el caso «González y otros» que trata sobre la muerte de ocho personas en manos de la policía. A criterio de la Corte que conoció el caso, las fuerzas de seguridad, «solo cumplieron labores de resguardo del lugar, para evitar desorden en los exteriores de la farmacia, la mañana del 19 de noviembre».

Por consiguiente, como refiere la Corte IDH: «tomando en cuenta la naturaleza del crimen y el bien jurídico lesionado, la jurisdicción penal militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria o común»⁶⁹⁸.

Estas resoluciones favorables a los intereses de los perpetradores, no es posible sin la actuación conjunta del poder judicial. En los casos de crímenes de *ius cogens*, la fiscalía también aporta al sistema de impunidad. Por ejemplo, el caso «Arturo Jarrín» se emitió un

⁶⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia “Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú”, de 22 de junio de 2016, párrafo 194.

⁶⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia “Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela”, de 20 de noviembre de 2009, párrafos 104-119.

⁶⁹⁷ Véase las resoluciones de los casos «Arturo Jarrín» y «González y otros» en los apartados. 1.3.2 y 1.3.4 de este capítulo.

⁶⁹⁸ Corte IDH, “Caso Tenorio Roca”, párrafo 194.

dictamen abstentivo por «no encontrar responsables de la infracción». En esta misma línea, en el caso «González y otros», el fiscal afirmó que los policías «estaban poseídos de una emoción que le impele actuar irreflexivamente, no cabe exigir racionalidad, la actuación fue automática e instintiva».

Recordemos que cuando Febres Cordero fue presidente en los años de 1984-1988, formó un cuerpo especial de seguridad para eliminar al *enemigo interno*. Este papel lo asumió la UIES, su actuación clandestina en esa época intentaba no dejar rastro alguno. En la muerte de «Arturo Jarrín» los policías responsables de los operativos figuraban como el «agente investigador»; al solicitar información sobre los operativos realizados, se evidencia un patrón para encubrir la identificación de los verdaderos participantes. De la misma forma, en la muerte de Ricardo Merino en el caso «Azuay», al pedir la lista de elementos policiales que incursionaron en su domicilio, el jefe de la Policía hace conocer que «revisados los archivos no existe información sobre Operativo Policial del 28 de junio del presente año»⁶⁹⁹.

En este primer estándar que identifica los juicios fraudulentos, se evidencia que las primeras investigaciones fueron derivadas de la jurisdicción ordinaria a la policial. Bastaba con informar que el operativo fue realizado por «policías en ejercicio de sus funciones», para sustraer la competencia en la investigación de crímenes internacionales, a delitos de función militar o policial.

En este sentido, la Corte Nacional de Justicia al resolver el caso «González y otros», manifestó:

Que 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 debe ser investigado por Fiscalía, y sancionado de haber mérito por los órganos jurisdiccionales. En tanto que el delito de función supone un factor de impunidad al ser investigada por la institución a la que pertenecen los perpetradores y juzgadas por jueces que no pertenecen a la Función Judicial sino a la Policía [...] ⁷⁰⁰.

La identificación de los responsables de los crímenes se escudaba bajo el seudónimo de «investigadores», su verdadera identidad reposaba en archivos secretos ideado por la Ley de Seguridad Nacional; por tanto, la unidad de élite de la policía UIES disponía que «no se dará

⁶⁹⁹ Fiscalía de Comisión de la Verdad, «Caso Azuay», oficio del comandante General del Tercer Distrito de la Policía, Napoleón, folio 2236.

⁷⁰⁰ Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sentencia dentro de la causa 1631-2013 «Caso González y otros», 16 de diciembre de 2014. Consultada el 2 de marzo del 2020.

por ningún concepto, información alguna sobre el caso mientras no haya órdenes expresas por parte de la superioridad». Como vimos, estas disposiciones eran cumplidas, el juez a cargo de la investigación sobre la muerte de Ricardo Merino, al solicitar la lista de los servidores policiales, encontró como respuesta por parte de altos funcionarios de la policía del Ecuador que «no existe información sobre los operativos».

El sistema de impunidad tejido desde el poder político fue, en primera instancia, informar que en los operativos donde fueron torturadas y ejecutadas las víctimas participaron policías; con esta información, se sustrajo la competencia de los crímenes de la jurisdicción ordinaria a la policial. Con el control de la investigación en esta esfera, se ejecutaban actos procesales aparentes, pues jueces y fiscales solicitaban los nombres de los responsables, los cuales eran ocultados. De esta manera se colocaron los procesos bajo el resguardo del *non bis in idem*.

Sin embargo, la trama de impunidad necesita un refuerzo de la jurisdicción ordinaria, al que se sumaba la participación dolosa de jueces y de fiscales. Por ejemplo, los juicios de «Arturo Jarrín» y «González otros» fueron reabiertos para ser investigados por ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, gracias a las denuncias de los familiares de las víctimas. A pesar de los esfuerzos de buscar la verdad y responsabilidad de los perpetradores, la justicia ordinaria hizo efectiva la garantía del *non bis in idem*, pues las principales garantías orgánicas de independencia e imparcialidad judicial fueron sustraídas por el poder político, como examinaremos en el apartado 2.3 de este capítulo.

2.2 Procesos sin los elementos internos de la cosa juzgada

En el Cap. II apdo. 2 detallamos los elementos que deben contener la cosa juzgada para configurar el resguardo *non bis in idem*. Acordamos que, sin los elementos de identidad del sujeto activo, objeto y causa de persecución, esta garantía pierde su esencia protectora.

En el caso «Azuay», donde se torturó y dio muerte a Ricardo Merino, líder de AVC, se desprende que la resolución de cosa juzgada no contiene los tres elementos de identidad, objeto y causa de persecución. Este hecho guarda relación con el patrón de impunidad de la UIES al ocultar los nombres de los participantes en los operativos, situación que resulta improbable sin la cooperación de jueces y fiscales de la justicia ordinaria.

Por otra parte, en los casos de «Arturo Jarrín», «González y otros» e «Ivonne Cazar», cuentan con la supuesta identificación del sujeto activo de persecución, pero aquello no

significa que rindieron cuentas de forma debida o justa, pues, en estos casos, es inexistente el objeto y causa de persecución, como elementos caracterizadores de la cosa juzgada.

En este estado procesal, los perpetradores se beneficiaron de la garantía *non bis in idem* en posteriores investigaciones iniciadas en la justicia ordinaria.

2.2.1 Falta de identidad del sujeto activo en la investigación

Recordemos en síntesis la naturaleza de este estándar analizado en el Cap. II. apdo. 2.1.1. En garantía de los derechos de libertad es necesario individualizar al sujeto a perseguir, denominado por la teoría del delito como sujeto activo; puesto que nuestros sistemas penales persiguen acciones atribuibles al investigado o procesado. La ausencia del sujeto activo en la resolución final, concluye la no responsabilidad en el ilícito atribuido, según el axioma garantista *nulla actio sine culpa*, y los filtros inteligentes de la teoría de delito, que constituyen un escudo que protege las embestidas del poder punitivo.

La identidad del sujeto activo es esencial para la configuración de la cosa juzgada. El cual también es susceptible de errores en su identificación o colocación, que sucede cuando una persona inocente es declarada culpable, llamado el *falso hallazgo inculpatorio*, pero, también se puede declarar inocente al responsable del delito, que sería el *falso hallazgo exculpatorio*, dichas categorías fueron analizadas en el Cap. III. apdo. 1.1.1.

Cuando la persona inocente es declarada culpable, los medios de impugnación son eficientes para enmendar la condena errónea, que van desde el recurso de apelación hasta la revisión de la sentencia. En cambio, en el caso de las personas culpables declaradas inocentes como en los casos «Azuay», «Arturo Jarrín», «Ivonne Cazar», «González y otros», y de otros centenares de la especie, los recursos que el sistema de impugnaciones, en la vía ordinaria y constitucional, son ineficientes para revertir la absolución fraudulenta.

Sobre esta afirmación existen dos razones que las sostienen y que fueron analizadas en el Cap. III, apdo. 2: La primera, es el fenecimiento del plazo para plantear los recursos de apelación, nulidad y casación; en el caso ecuatoriano -que no es extraño en crímenes cometidos por la criminalidad del poder- pasaron décadas para que la Comisión de la Verdad y la Fiscalía del Ecuador descubran el sistema de impunidad. Y, la segunda, una barrera de carácter procedimental, es la limitación del recurso de revisión aplicable a las sentencias condenatorias más no a las absolutorias.

Ahora bien, en este escenario se dan dos posibilidades reales. En un primer momento, que se individualice de forma correcta al responsable, pero con la intención de colocar los

elementos de objeto y causa de persecución de manera fraudulenta, para alegar en futuras investigaciones el resguardo del *non bis in idem*. El segundo, es que se puede ocultar la participación de los responsables a pesar de conocerlos.

Recordemos que por la ejecución extrajudicial de «Ricardo Merino», tanto los jueces de primera como de segunda instancia, no precisan la existencia de responsables que se encuentren siendo investigados. En este caso, la versión oficial era: «el operativo fue cumplido por miembros de la policía». Esta alegación se repitió en la investigación seguida por la muerte de «Arturo Jarrín». En primera instancia también se ocultó la identidad del responsable que figuraba como el «investigador».

Como resultado, la falta de identificación del sujeto activo en los procesos tiene dos vertientes. La primera, es que no basta su correcta individualización para su cumplimiento, además, se requiere la intención de colocar de manera debida los otros elementos de la cosa juzgada, como son el objeto y causa de persecución. La segunda vertiente, requiere que jueces y de fiscales ostenten las garantías de independencia e imparcialidad, sin dichos resguardos tienen un control sin límites y vínculos del proceso, por lo cual, realizan actos procesales aparentes, incorrectos o fraudulentos al ocultar la verdadera identificación del sujeto activo, con el fin de colocar los procesos en estados de cosa juzgada definitiva.

2.2.2 La ausencia del objeto de protección: el llamado bien jurídico protegido

El segundo elemento corresponde a los bienes que el derecho protege en la infracción, como la vida, la libertad, la integridad personal, atribuido al sujeto activo en calidad de responsable por violación a los mismos. Según lo analizado en el Cap. II, apdo. 2.1.2 «el bien jurídico tutelado da sentido al delito, esto es a la causa de persecución».

En este sentido, las investigaciones y posteriores resoluciones de los casos «González y otros» y la tortura del centro carcelario de «Turi», evidencian una protección de bienes policiales, y no la integridad personal de las víctimas. En el primer caso, de los hechos narrados se desprenden violaciones al derecho a la vida en un contexto de graves violaciones a los derechos humanos, y no de bienes jurídicos relacionados con el ejercicio policial o militar. El segundo caso, es evidente que la prohibición de la tortura protege la integridad personal y moral de la víctima, más no «delitos relacionados contra la administración pública».

En los casos «Azuay», «Arturo Jarrín», «Ivonne Cazar», ni siquiera se identifican los bienes jurídicos que el poder judicial está protegiendo. Estas resoluciones veremos a detalle en

el siguiente apartado, pues la errónea o nula determinación del objeto de protección, afecta en gran medida la causa o delito de persecución.

2.2.3 La causa de persecución

El bien jurídico protegido como la vida y la libertad, dan sentido a la causa de persecución. Es decir, el delito que jueces y fiscales persiguen, vienen siendo la tortura, ejecución extrajudicial o desaparición forzada, que se pueden dar en un contexto de crimen de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos.

En el caso ecuatoriano existen dos escenarios fraudulentos por parte de los operadores de justicia: en el primero, hay la intención de tipificar erróneamente el delito investigado, y en el segundo, se evidencia la ausencia de la causa por la cual se desarrolló el proceso penal.

a. La tipificación errónea

En el caso «González y otros» las infracciones investigadas fueron «abuso de facultades y homicidio inintencional», cuando lo cierto es que, por lo menos, según el protocolo de autopsia y la pericia balística, concluyen que las ocho personas fueron ejecutadas en manos de la policía. En este mismo caso, otras tres personas fueron detenidas, torturadas, y desaparecidas por agentes estatales. Los hechos delictivos atribuidos a los responsables no corresponden a un delito de función policial; la verdad procesal plasmada en la investigación, recoge la existencia de un delito de ejecución extrajudicial, y posterior desaparición forzada a las víctimas.

En la tortura a más de 300 internos en el caso «Turi», en el año 2016, el fiscal describió el hecho como un delito de «extralimitación en la ejecución de un acto de servicio»⁷⁰¹. Sin embargo, de los informes médicos, psicológicos, relatos de las víctimas, y el comportamiento de las Fuerzas de Seguridad, se desprende un delito de tortura. La tipificación errónea de los hechos por diferentes bienes jurídicos, por un lado, beneficia a los responsables con la imposición de penas mínimas (de días, de ser el caso), y, por otro lado, constituye impunidad

⁷⁰¹ COIP, art. 293, dice: «La o el servidor de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional o seguridad penitenciaria que se extralimite en la ejecución de un acto del servicio, sin observar el uso progresivo o racional de la fuerza, en los casos que deba utilizarla y que, como consecuencia de ello, produzca lesiones a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad que corresponda, según las reglas de lesiones, con el incremento de un tercio de la pena.

para con las víctimas, al sustituir un delito de graves violaciones a los derechos humanos por otro de función⁷⁰².

En el Cap. III, apdo. 1.1.2., planteamos que las resoluciones son válidas cuando se realiza una correcta valoración de la prueba, que concluye con la sentencia condenatoria del culpable, y absolutoria para el inocente. En cambio, las resoluciones son inválidas cuando sucede lo contrario, es decir, cuando la persona culpable es absuelta; este evento sucede, a nuestro criterio, cuando el juzgador interpreta dolosamente el grado o severidad del estándar de «condenar más allá de toda duda razonable» a favor del absuelto.

Por ejemplo, en el caso «González y otros» se evidencia una sentencia inválida de inocencia; el estándar de «libre valoración probatoria» fue malinterpretado con la intención de absolver a los verdaderos responsables, pues, es clara la intención de reemplazar por delitos de función como el «abuso de facultades y el homicidio inintencional», en vez de delitos de tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada.

b. La ausencia del delito a perseguir

En el segundo escenario es clara la intención de jueces y fiscales en omitir el delito investigado. Esta patología se presenta en los casos de «Azuay», «Arturo Jarrín» e «Ivonne Cazar», en estos casos, las resoluciones definitivas dictadas por los jueces relatan de forma generalizada que se «declara el sobreseimiento definitivo por la muerte de [...]»⁷⁰³, o «se dicta el sobreseimiento definitivo del proceso y a favor de los entonces sindicados [...]»⁷⁰⁴.

En las resoluciones no constan las infracciones investigadas por jueces y fiscales, ese vacío de la causa de persecución demuestra que los procesos se instauraron de forma incorrecta, aparente y fraudulenta, sin riesgo de contraer responsabilidades.

Este patrón de impunidad se destaca en el régimen presidencial de León Febres Cordero en 1984-1988, cuya consigna fue eliminar al *enemigo interno* y encubrir a los responsables de los crímenes de lesa humanidad. En esta época, las aparentes investigaciones seguidas en la jurisdicción policial, fueron ratificadas por la jurisdicción ordinaria sin realizar nuevas diligencias investigativas, ni contrastar las realizadas.

⁷⁰² La Corte Provincial de Justicia del Azuay, declaró la nulidad de la sentencia que condenaba a 43 policías a 100 días de privación de la libertad. El tribunal de alzada determinó que en la sentencia del tribunal actuante no constaba la suspensión de la pena que benefició a los procesados. La errónea tipificación de la infracción concede salidas alternativas para el cumplimiento de la pena.

⁷⁰³ Véase las resoluciones de los casos «Azuay» y «Arturo Jarrín», en los apartados 1.3.1 y 1.3.2 de este capítulo.

⁷⁰⁴ Auto de sobreseimiento definitivo, en Juzgado Primero de Garantías Penales, «Ivonne Cazar Ramírez».

El sistema de impunidad todavía está vigente en la democracia ecuatoriana. Por ejemplo, en el caso «González y otros» del año 2003, las autoridades judiciales llevaron una investigación que aparentaba proteger los derechos de las víctimas y entablar la responsabilidad de los perpetradores. De la misma forma pasó en la investigación sobre la desaparición de Ivonne Cazar, donde en el año 2014 culminó con el sobreseimiento definitivo del proceso y de los procesados, al igual que el caso sobre la tortura de «Turi» del año 2016. Esto demuestra la permanencia del patrón de impunidad en procesos que asumió la competencia la justicia ordinaria.

En conclusión, en los casos descritos existe, por un lado, el ánimo de jueces y fiscales de confundir intencionalmente delitos de interés internacional por delitos de función. Pues los primeros poseen connotaciones en su investigación, persecución y tratamiento de la pena, en oposición a los delitos que se reservan para la sanción de policías y militares en el ámbito de sus funciones. Por otra parte, el órgano jurisdiccional, según se observa en sus resoluciones, no persiguió delito alguno, llevando, por tanto, investigaciones aparentes sin riesgo de contraer responsabilidad alguna. Esta clase de resoluciones fraudulentas sirven a los perpetradores como escudo de protección en nuevas indagatorias, pues se alega con frecuencia la existencia de la garantía *non bis in idem*.

Para la correcta colocación de los elementos internos de la cosa juzgada (identidad del sujeto activo, objeto y causa de persecución), se requiere de una justicia imparcial e independiente. Como vemos, las patologías descritas sólo resultan posibles en una justicia abstraída de sus garantías, y, que, en gran medida, permanecen en la democracia ecuatoriana cuando se trata de procesar a las altas esferas del Estado y a los poderes irreductibles a la democracia como el poder económico y mediático.

2.3 Procesos sin los elementos externos de la cosa juzgada

La independencia y la imparcialidad judicial configuran, desde el punto de vista externo, la fórmula de cierre de la cosa juzgada. En su conjunto pertenece a las llamadas garantías orgánicas de la jurisdicción que dan valor al juzgamiento cuando son colocadas de forma correcta, es decir, sin vicios, dolo o acciones y omisiones de naturaleza fraudulenta.

En Ecuador la independencia judicial desde el retorno a la democracia en el año 1979 se ha encontrado en constantes asedios y discordias. Los gobiernos de turno han pretendido el manejo de la justicia; en unos casos de forma directa, otros desde la opacidad a través de los órganos de Administración Judicial, como el Consejo de la Judicatura. En el periodo

presidencial de León Febres Cordero, en 1984-1988, se evidencia una ofensiva mayor del poder político al poder judicial. Como muestra, tenemos las investigaciones de los casos «Azuay» y «Arturo Jarrín», que pretendían aclarar la muerte de los líderes políticos del movimiento AVC.

La permanencia de las estructuras clandestinas de seguridad del Ecuador, continuaron en los siguientes periodos presidenciales, que van desde el 1988 incluso hasta el 2016. Aunque su eliminación oficial es del año 2008, sus prácticas se mantienen visibles gracias a la sustracción de las garantías orgánicas de la jurisdicción de independencia e imparcialidad judicial. Una prueba de eso, la encontramos en los casos emblemáticos de «Ivonne Cazar», «González y otros», la ejecución extrajudicial de «Damián Peña» y la tortura en el centro carcelario de «Turi».

El poder judicial ecuatoriano se encuentra abstraído de sus garantías orgánicas en el periodo presidencial de Febres Cordero, donde se cometieron delitos de lesa humanidad. De esta manera, se involucró a ese poder del Estado en el plan sistemático de eliminar al *enemigo interno*. Una característica recurrente del patrón de impunidad en este periodo consistió en sustraer las investigaciones de la justicia ordinaria a la policial, y, de esta forma, colocar el punto final de las controversias sociales con estados de cosa juzgada.

Además, la jurisdicción ordinaria en la época de Febres Cordero también estaba sustraída de sus garantías orgánicas de la jurisdicción (independencia e imparcialidad judicial). Recordemos que en el caso de «Arturo Jarrín», tanto jueces como fiscales desestimaron las nuevas investigaciones impulsadas por familiares de las víctimas por el obstáculo *non bis in idem*. A su criterio, el pronunciamiento de la jurisdicción policial constituía una barrera de carácter procesal que impedía investigar, procesar y juzgar de nuevo a los perpetradores. Incluso, al juez que archivó este caso se le promovió a magistrado de la Corte Nacional de Justicia en el año 2006, precisamente el partido político que auspició su ascenso fue el promotor de los crímenes contra la humanidad en el Ecuador en el periodo 1984-1988.

El ascenso del referido juez evidencia el manejo de la justicia en manos del poder político, además de las ya referidas investigaciones y procesos fraudulentos iniciados y ratificados en la justicia ordinaria. Pero la historia relatada va más allá de dicho periodo. Incluso hasta el año 2016 se evidencia la intención de los investigadores de colocar procesos fraudulentos, como, por ejemplo, la tortura del centro carcelario de «Turi». Lo dicho sólo resulta posible con el manejo y control de la justicia por parte de los poderes oscuros y que son irreductibles a la democracia, que, en la actualidad, se genera en el Consejo de la Judicatura ecuatoriano captado obscuramente por dichos poderes.

Veamos cómo el estándar de independencia judicial detallado en el segundo capítulo no se cumple en los casos descritos. También consideramos que la ausencia de las garantías orgánicas de la jurisdicción no solo afecta a los crímenes de *ius cogens* objeto de nuestro análisis, sino también al nutrido grupo de ilícitos que componen la criminalidad del poder.

2.3.1 La independencia judicial en constante acoso

La sujeción a la ley de todos los poderes es el pilar fundamental de la separación de funciones, y garantía de la independencia judicial en sus dos vertientes. Para colocar procesos de forma debida o justa se deben garantizar la independencia judicial externa e interna. Claramente, como veremos, dichos resguardos de la jurisdicción en el caso ecuatoriano no se cumplen.

2.3.1.1 La independencia judicial externa: un engaño en el caso ecuatoriano

Para el desarrollo de este apartado tenemos que recordar los supuestos de la independencia judicial externa expuestos en el Cap. II, apdo. 2.2.2. Ahí comentamos que esta esfera tiene dos vertientes: la primera es una *posición institucional* frente a otros poderes, como son: el nombramiento, la inamovilidad en el cargo como garantía contra presiones externas. La segunda es *la modalidad funcional* que tiene que ver con la reserva de la jurisdicción.

En los casos «Azuay», «Arturo Jarrín» y «González y otros», los jueces ordinarios fueron sustraídos de su competencia, como observamos en el primer estándar desarrollado en el apdo. 2.1 de este capítulo, pues las investigaciones se llevaron y se resolvieron fuera de la jurisdicción ordinaria. Un rasgo característico de la independencia judicial externa es la protección del poder judicial frente a interferencias invasivas de los otros poderes del Estado. En estos casos, el poder ejecutivo sustrajo la competencia de la jurisdicción ordinaria a la policial, que, precisamente, no se encontraban capacitados y nombrados para resolver investigaciones relacionadas con crímenes internacionales. De esta manera, los perpetradores de aquella época se beneficiaron de procesos instaurados en su propia jurisdicción.

En este sentido, la Corte IDH ha manifestado que: «El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el art. 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra grupos insurgentes son las encargadas del juzgamiento de las personas

vinculadas a dichos grupos»⁷⁰⁵. En otra sentencia, esta misma Corte Internacional, ha referido que «cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso», el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia»⁷⁰⁶.

Todo esto parece confirmar que el poder político realizó maniobras procesales para sustraer la competencia de los jueces ordinarios a los jueces policiales. Si bien estos jueces tenían el nombramiento para resolver conflictos relacionados a su cargo y materia, aquellos no podían conocer procesos relacionados a crímenes de *ius cogens*. Con este accionar se afectó la garantía de independencia judicial externa, las garantías procesales, y la anhelada verdad para las víctimas y la sociedad ecuatoriana.

Ahora bien, recordemos específicamente los casos de «Arturo Jarrín» y «González y otros». En estos casos paradigmáticos los familiares de las víctimas denunciaron en la jurisdicción ordinaria por los delitos de ejecución extrajudicial y desaparición forzada respectivamente. Estas investigaciones fueron manejadas por jueces y fiscales quienes resolvieron en los dos casos el «sobreseimiento definitivo», para luego ser ratificada por los jueces y fiscales superiores, por tanto, dichos procesos mantienen la calidad de cosa juzgada.

Estos jueces con el nombramiento de sus funciones adquieren la competencia, pero eso no quiere decir que fueron independientes frente a las embestidas del poder político. En la captura internacional y muerte de «Arturo Jarrín» sucedido en octubre de 1986, participaron actores políticos importantes como el ministro de Gobierno del Ecuador; el presidente de Panamá, Manuel Antonio Noriega⁷⁰⁷ y, el presidente de Ecuador, León Febres Cordero. Los familiares de Jarrín solicitaron ante el juzgado su declaración en calidad de sospechosos, sin embargo, este pedido no fue atendido por comprometer severamente al poder político ecuatoriano e internacional.

Los jueces superiores resolvieron el archivo de la causa con el argumento de que no hay evidencia alguna de la responsabilidad y materialidad de la infracción, pero, sobre todo, que opera la garantía secundaria de *non bis in idem*. El juez Guido Garcés, quien benefició a los investigados con la resolución judicial de archivo de la investigación, fue ascendido en el

⁷⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia “Caso Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana”, de 24 de octubre de 2012, párrafo 130.

⁷⁰⁶ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano, párrafo 131.

⁷⁰⁷ Manuel Antonio Noriega, fue dictador de Panamá entre 1983 y 1989, quien colaboró cercanamente con la CIA, en la lucha antisubversiva que se libraba en Latinoamérica.

año 2006 a magistrado de la Corte Nacional de Justicia⁷⁰⁸, bajo el auspicio del partido Social Cristiano, donde figuraba como líder León Febres Cordero, quien también era investigado.

La falta de la independencia judicial externa es evidente en los casos «Azuay» «Arturo Jarrín» y «González y otros», pues la sustracción de la competencia de la jurisdicción ordinaria a la policial, determinó resoluciones con estados de cosa juzgada. Incluso, frente a nuevas denuncias por los crímenes, fueron ratificadas por jueces y fiscales de la justicia ordinaria, funcionarios que también carecían de las garantías orgánicas de independencia e imparcialidad judicial.

La independencia judicial en Ecuador se ha encontrado en constantes asedios; en este sentido, no es un caso aparte la destitución de 27 magistrados de la Corte Nacional de Justicia en el año 2004, periodo que ejercía la presidencia Lucio Gutiérrez. Los jueces removidos fueron reemplazados por jueces que agradaban al gobierno de turno. Este caso fue llevado a la Corte IDH, que determinó la violación a la independencia judicial, pues, de este principio, derivan las garantías de nombramiento e inmovilidad en el cargo como garantías de presiones externas⁷⁰⁹.

La reserva de la jurisdicción es otra garantía que forma parte de la independencia judicial externa. En el estándar que identifica los procesos investigados fuera de la jurisdicción ordinaria, comentamos la invasión del poder ejecutivo en la jurisdicción ordinaria. La naturaleza de la reserva de la jurisdicción es dejar el espacio para resolver los asuntos de interpretación y aplicación de normas en los casos colocados a su conocimiento. Desde otro ángulo, al poder judicial también se le prohíbe invadir las funciones del poder legislativo con la creación de normas para resolver los casos en concreto. La discusión de esta garantía la ampliaremos en la primera sentencia que declara la existencia de la cosa juzgada fraudulenta en el caso «González y otros», donde la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, para llenar el vacío normativo, resolvió crear una regla para enfrentar los juicios fraudulentos.

⁷⁰⁸ En el año 2006 el sistema de elección de los magistrados de la Corte Nacional de Justicia consistía en la presentación de candidatos de los partidos políticos en el Congreso Nacional. La pugna por la designación llevó incluso a Febres Cordero a cercar la alta Corte ecuatoriana con tanques de guerra. Su interés, desde que fue presidente, fue cooptar los tribunales de justicia para beneficiarse de resoluciones que pongan fin a las investigaciones en curso. En «Entre 1979 y 1997, el Congreso designaba a los magistrados», *El Universo*, 18 de septiembre de 2011, acceso el 4 de febrero de 2020, <https://www.eluniverso.com/2011/09/18/1/1355/1979-1997-congreso-designaba-magistrados.html> Y, Sánchez López, *¿Democracia no lograda o democracia malograda?*, 132.

⁷⁰⁹ Corte IDH, Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otro), Vs. Ecuador.

2.3.1.2 La independencia judicial interna en manos del Consejo de la Judicatura y de la Corte Nacional de Justicia

Por ahora veamos cómo el estándar de la independencia judicial interna en el caso ecuatoriano no se cumple. Esta característica protege al juez de las intervenciones en su propio gobierno, que pueden venir de otros jueces denominados superiores o de los órganos de control como el CGPJ en España, o el Consejo de la Judicatura del Ecuador. La naturaleza es garantizar que el juez decida de acuerdo con la Constitución y la ley.

Sobre esta garantía Michele Taruffo comentaba: «este principio tiene por objetivo garantizar que el juez esté sujeto a limitaciones o condicionamientos de cualquier naturaleza, pues su deber fundamental es interpretar y aplicar correctamente la ley, solo la ley, durante el desempeño de sus funciones, en particular en la formulación de la decisión que pone término al proceso»⁷¹⁰.

De los casos descritos en el apartado 1.3 de este capítulo, se desglosa la afectación a la independencia judicial externa, sin embargo, en el caso ecuatoriano, están presentes tres problemas que alertamos en la independencia judicial interna: «el peligro de la carrera judicial; el problema de los aforamientos de políticos, y, la jurisprudencia con la sujeción a la ley».

Como vimos en el Cap. II, apdo. 2.2.3.1, la carrera judicial en Ecuador es un peligro por el control que ejerce el Consejo de la Judicatura al ser el órgano que brinda a los jueces «promoción, estabilidad, evaluación, régimen disciplinario y permanencia»⁷¹¹. Lo que en realidad se ha visto, desde el nacimiento de este órgano en el año 2008, es un intervencionismo político sin precedentes. Por ejemplo, entre los años 2013-2017 se destituyeron a 145 jueces de todo el país con la figura del «error inexcusable», siendo necesaria la declaración judicial previa que señale la existencia de «dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable» de jueces y fiscales. Sin embargo, las destituciones se realizaron sin el pronunciamiento judicial exigido.

El intervencionismo político del Consejo de la Judicatura no ha cesado. Recién en la última evaluación de desempeño y productividad del año 2019 se destituyeron 19 jueces de la Corte Nacional de Justicia, afectando el debido proceso y el principio de legalidad para su remoción. Esta situación fue observada por Diego García Sayán, Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de la ONU, quien determinó en su informe 14/2019, tres puntos neurálgicos sobre el reglamento que destituyó a los jueces nacionales:

⁷¹⁰ Taruffo, «Consideraciones generales sobre la independencia judicial», 19.

⁷¹¹ COFJ, art. 35.

1. El hecho de la no superación de los criterios de legitimidad y transparencia pueda ser calificada como infracción gravísima no estaría contemplada por la legislación del país; 2. Los miembros del comité evaluador designados por la Resolución N° 116-2019, estaría compuesto principalmente por miembros de la academia y de la sociedad civil, lo cual atentaría contra el principio de legalidad. Es más, algunos de sus integrantes habrían realizado pronunciamientos públicos muy graves en contra de los magistrados de la Corte Nacional de Justicia, lo cual pondría en cuestión su imparcialidad; 3. El hecho que, para la determinación de los deméritos y el establecimiento de la puntuación, se encuentren factores relacionados con el fondo de las decisiones judiciales podría constituir una afectación al principio de independencia judicial⁷¹².

La intromisión política del CJ ecuatoriano tendrá consecuencias en los organismos internacionales por vulnerar la garantía de independencia judicial. Si retrocedemos al año 2004 recordaremos la destitución de 27 magistrados de la Corte Nacional de Justicia. Por este caso, en el año 2013, la Corte IDH sancionó al país latinoamericano por «vulnerar las garantías judiciales, el principio de legalidad y la independencia judicial»⁷¹³. Es decir, al órgano de administración de justicia le espera un camino lleno de sanciones internacionales por no respetar la independencia judicial.

La propuesta es cambiar la carrera judicial de un modelo vertical a uno horizontal, como lo sucedido en Italia. Pues, como dice Perfecto Andrés Ibáñez, la carrera «que como su nombre indica, pone a los jueces a correr hacia arriba en competición por los puestos más cotizados del escalafón». Precisamente, la carrera judicial que promociona el Consejo de la Judicatura, implica un instrumento serio de dirección política que incide en la sujeción irrestricta del juez a la ley, elemento que caracteriza el estándar de independencia judicial interna.

El peligro de la carrera judicial aguarda un problema más de fondo que merece comentarse. Los altos tribunales de justicia promocionados y controlados por el CJ, y que

⁷¹² Diego García-Sayán, Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en el informe 14/2019. En Germanico Rivadeneira, «Relator de las Naciones Unidas preocupado de la independencia de la justicia ecuatoriana», *Pichincha Comunicaciones*, 29 de septiembre de 2019, acceso el 20 de noviembre de 2019, <https://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/relator-de-las-naciones-unidas-preocupado-de-la-independencia-de-la-justicia-ecuatoriana/>.

⁷¹³ Corte IDH, Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otro) Vs. Ecuador.

también sucede con el CGPJ, tienen la difícil tarea de juzgar a los políticos o sujetos públicos privilegiados de aforamientos⁷¹⁴.

En este terreno identificamos un círculo vicioso en la designación de los «jueces superiores», que son elegidos por el órgano de Administración. Este organismo a su vez está conformado por sujetos provenientes de la política sobre quienes recaen precisamente los aforamientos. Esta conformación constituye un serio conflicto de intereses que comentamos en el Cap. II, apdo. 2.2.3.2. En el caso de España, los cargos de origen político podrían superar los 2000 aforados, si a esto se añade el campo fiscal o judicial, podría ser más de 10.000⁷¹⁵. Por otra parte, en el caso de ecuatoriano, los datos reflejan una selectiva impunidad a favor de esta clase política, pues entre los años 2017-2019, se recibieron 345 denuncias, de las cuales existen pocas sentencias en firme en contra de esta clase política favorecida.

La naturaleza de la independencia judicial interna es la sujeción exclusiva del juez a la ley. Con esta premisa, la jurisprudencia que generan las Cortes Supremas, en particular la del Ecuador, incardina un problema cuando establece el carácter obligatorio de los precedentes y de resoluciones con fuerza de ley que tienen el carácter de ser «generales y obligatorias»⁷¹⁶, por tanto, las mismas, deberán ser acatadas por jueces de menor jerarquía.

Esta discusión será profundizada en el apartado 3 del presente capítulo cuando analicemos la sentencia de la Corte Nacional de Justicia en el caso «González y otros» del 2015. En ella se declaró por primera vez la existencia de la cosa juzgada fraudulenta en crímenes de *ius cogens*, y, como consecuencia, constituye un hito para la producción normativa de la causal de revisión que permita declarar la nulidad de autos y sentencias definitivas con estados fraudulentos. Esta propuesta intenta inhibir la amplia discrecionalidad judicial, la invasión del poder judicial al legislativo en lo que se refiere a elaboración normativa. Además, se sujeta a la función cognoscitivista del juez en materia penal, donde precisamente se

⁷¹⁴ Véase a José Ángel Camisón Yagüe y Silvia Soriano Moreno, «Informes de Resultados de 2016 y 2017 sobre las recomendaciones propuestas por el GRECO para la prevención de la corrupción judicial en España: crónica de incumplimientos», *Teoría y Realidad Constitucional* 41 (2018): 337-356. <https://doi.org/10.5944/trc.41.2018.22120> Los informes alertan sobre los serios peligros, provocados por la injerencia política, que acechan a los órganos de Poder Judicial y se proyectan en la elección de los Jueces de los Altos Tribunales.

⁷¹⁵ Gómez Colomer e Iñaki Esparza Leibar, *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*, 25-31.

⁷¹⁶ El COFJ art. 182 establece: «las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos para que el Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida [...], esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria». La situación todavía puede ser más grave, cuando el mismo Código en el art. 180.6, entrega al Pleno de la Corte Nacional de Justicia «expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial».

comprometen los derechos de libertad del acusado y, la verdad exigida por las víctimas y la sociedad.

2.3.2 La imparcialidad judicial: más allá del interés personal e institucional

La jurisdicción debe ser independiente e imparcial. Para ello, se necesita contar con un juez neutral de intereses personales e institucionales que asuma con objetividad la decisión. Como vimos en el Cap. II, apdo. 2.2.4, la imparcialidad judicial ha desarrollado normas y principios constitucionales que debe conectar con los valores intrínsecos del juez, constituyéndose en un hecho cultural más que institucional.

Claramente estos postulados en el caso ecuatoriano no se cumplen. Con lo analizado en los estándares anteriores se nota una parcialidad dolosa de jueces y fiscales de la jurisdicción policial, pero, también de la ordinaria, al querer instaurar procesos que no buscan atribuir responsabilidades, sino que por medio de las investigaciones se beneficia la impunidad de la clase política y de los perpetradores, en perjuicio de los derechos las víctimas y de la sociedad.

Como apreciamos en el relato de los casos «Azuay», «Arturo Jarrín», y «González y otros», el poder político se encargó de conducir las investigaciones a la jurisdicción policial, cuando lo cierto es, que la investigación y juzgamiento de los crímenes pertenecía a la jurisdicción ordinaria. Pero el despojo de la competencia tampoco hubiera significado que los juicios se realicen por un órgano imparcial de intereses institucionales y personales, pues los jueces y fiscales de la jurisdicción ordinaria también estaban abstraídos de su garantía de imparcialidad.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha señalado reiteradamente: «toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete»⁷¹⁷.

Situémonos por un momento en los casos recién comentados. Se recordará que los familiares de las víctimas, frente a las primeras resoluciones de sobreseimiento y archivo de los casos donde no se entablaba responsabilidad de los crímenes, impulsaron nuevas investigaciones en la jurisdicción ordinaria para esclarecer las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. En estos casos, jueces y fiscales manifestaron que resulta «un despropósito haber incoado un proceso penal indagatorio para descubrir autores cómplices y

⁷¹⁷ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, párrafo 130

encubridores [...] sabiendo que los policías actuaron en legítima defensa repeliendo una agresión», y resolvieron el sobreseimiento «definitivo a favor del proceso y de los procesados»⁷¹⁸.

Estas resoluciones dan a entender que la actuación investigativa de jueces y fiscales estaba prejuiciada y, por tanto, carecía de imparcialidad. Incluso tomaron como hecho probado, sin realizar mayores diligencias, el argumento de defensa de los perpetradores de un «enfrentamiento armado, entre policías y peligrosos delincuentes». Sin embargo, como lo veremos en el apartado 2.5 de este capítulo, los procesos fueron llevados sin diligencias procesales necesarias, realizando acciones procesales de forma incorrecta, aparente o fraudulenta. De esta manera, se diluye la versión oficial de la muerte de las víctimas por «enfrentamientos», pues lo cierto es que fueron ejecutadas mientras estaban indefensas.

Por otra parte, en el caso sobre la desaparición forzada de «Ivonne Cazar», también se evidencia la actuación parcializada del juez, pues éste era tío materno de una de las investigadas. Es decir, el juez en dicha condición reflejó un interés personal cuando no se separó del conocimiento de la causa. El Código de Procedimiento Penal vigente para aquella época, regula las causas de excusa y recusación; si bien no se cumple la causa de separación por estar fuera del «cuarto grado de consanguinidad» de las partes del proceso, sin embargo, dicha relación está prevista como causa «cuando algún miembro el tribunal o juez tenga amistad estrecha con el acusado».

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos, en el caso *Arvo O. Karttunen vs Finlandia*, ha dicho: «la imparcialidad del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes. En los casos en que la ley estipula los motivos para recusar a un juez, corresponde al tribunal considerar ex officio esos motivos y reemplazar a los miembros del tribunal a los que se haya recusado»⁷¹⁹.

El caso de «Ivonne Cazar» se agrava cuando el juez que conocía el caso delega parte de la investigación a la Policía Nacional, institución a la que pertenecía uno de los sospechosos, quien, incluso, bajo tortura receptó importantes testimonios, destruyó declaraciones que lo involucraban, y direccionó la investigación bajo estereotipos de género, con interrogatorios

⁷¹⁸ Véase la resolución de los casos «Arturo Jarrín» y «González y otros» en los apartados 1.3.2 y 1.3.4 de este capítulo.

⁷¹⁹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comunicación No. 387/1989, “Caso Arvo O. Karttunen v. Finlandia”, del 5 de noviembre de 1992, párrafo 7.2.G

tales como si Ivonne «iba mareada» o «le gustaba tomar». Pretendiendo de esta manera justificar la desaparición de la víctima por causas personales y no de naturaleza delictiva.

En el caso de Cazar existen dos situaciones que merecen comentarse. En primer lugar, la investigación por la desaparición forzada es delegada a los propios perpetradores, contraviniendo el Protocolo de Minnesota para la investigación de muertes potencialmente ilícitas (2016), que en su objetivo 17 establece: «cuando un agente del Estado ha causado la muerte a una persona recluida mientras estaba privada de la libertad, ello deberá ser comunicado, sin dilación, a una autoridad judicial u otra autoridad competente que sea independiente de la autoridad responsable de la reclusión y esté facultada para llevar a cabo investigaciones expeditas, imparciales y efectivas de las circunstancias y causas de tal muerte»⁷²⁰.

En este caso, la investigación estaba viciada por no cumplir los estándares de imparcialidad judicial, y también se nota el uso de lenguaje que refleja discriminación hacia la víctima por parte del agente investigador. La Comisión Interamericana ha sido contundente al visibilizar patrones discriminatorios por parte de jueces, fiscales y agentes investigadores:

La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales⁷²¹.

Una práctica recurrente de jueces y de fiscales ha sido delegar la investigación a los organismos policiales, a los que precisamente pertenecen los perpetradores. Entregando de esta manera la facultad de controlar y direccionar la investigación, pero, principalmente, la de destruir, cambiar u ocultar evidencias que vinculen su participación. Dicho fraude procesal no solo sucedió en el caso de «Ivonne Cazar», sino también en el caso de «Damián Peña», un

⁷²⁰ Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas, New York y Ginebra (2016), disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf

⁷²¹ Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, (Washington: OEA, 2007), <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%20020507.pdf> (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 2, folio 1822).

estudiante universitario ejecutado en las inmediaciones de la Universidad de Cuenca en manos de la policía. En este caso, el fiscal de la época delegó la indagación a los policías perpetradores, quienes figuran en el proceso en calidad de autores de la muerte del joven cuencano. Es decir, los presuntos responsables del crimen fueron también investigadores, calidad que, por cierto, influyó notablemente en la resolución de inocencia del caso⁷²².

En este sentido, el Protocolo de Minnesota concluye en el objetivo 28: «las investigaciones deben ser independientes de los presuntos culpables y de las unidades, instituciones u organismos a las que pertenezcan. Las investigaciones de homicidios presuntamente relacionados con miembros de las fuerzas del orden, por ejemplo, se deben llevar a cabo sin ninguna influencia indebida que pueda derivarse de las jerarquías institucionales y cadenas de mando»⁷²³.

Ahora bien, en Ecuador la actuación de jueces y fiscales en sus respectivos casos, no se encaminó solo a delegar fraudulentamente la investigación a los perpetradores, sino también, parte del patrón de impunidad fue presenciar las torturas de las víctimas. Por ejemplo, en el caso «Azuay», la detenida Rosa Rodríguez recuerda que «[...] el maltrato que había recibido era evidente y, sin embargo, el fiscal no hizo ninguna pregunta ni comentario al respecto». La información entregada por la víctima es confirmada por la Policía, según constan en un informe oficial de aquella época «[...] se inician los interrogatorios correspondientes en presencia del señor Fiscal Segundo de Tránsito del Azuay»⁷²⁴. Del fiscal, por lo menos, de este relato, se percibe la violación flagrante de garante de la calidad del proceso y de la integridad de las víctimas, pues el estándar de imparcialidad es extensivo a las funciones de indagación y acusación, como decía Ferrajoli: «no subordinada a intereses extraños a la administración de justicia, sino sujeto a vínculos y límites constitucionales».

Este patrón se repitió en las investigaciones del caso «González y otros». Seydí Vélez, una de las víctimas sobrevivientes, recuerda: «me hicieron la declaración, pero yo ni siquiera

⁷²² El fiscal Oscar Medardo Guillén, el 11 de enero del 2002, inicia la investigación por la muerte violenta del adolescente Damián Peña Bonilla. Con este propósito, mediante Oficio n.º 046-MDF-A-P2, se delega al teniente coronel de Policía, Eduardo Sarmiento López, jefe Provincial de la Policía Judicial del Azuay, para que realice las diligencias correspondientes. Sin embargo, en la instrucción fiscal se vinculó a los policías referidos. Lo trascendental a parte de su vinculación en el caso, es la capacidad de manejo inmediato de la investigación por parte de los perpetradores, que, si bien no lograron eludir a la justicia, pero en gran medida al colocarlos al frente de la aclaratoria influyó en la decisión final. En Corte Nacional de Justicia del Ecuador, juicio N°1502-2014. También se puede ver en: Fiscalía de Comisión de la Verdad. «Caso Damián Peña», n.º de delito 010101818050505, del 14 de mayo de 2018. Página de consulta: <https://www.gestiondefiscalias.gob.ec/siaf/informacion/web/noticiasdelito/index.php>

⁷²³ Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas.

⁷²⁴ Fiscalía de Comisión de la Verdad, «Caso Azuay». También consta en el Informe de la Comisión de la Verdad, *Tomo 3: Relatos de casos*, 291.

abrió la boca. De ahí habló el fiscal, él mismo se hacía las preguntas y él mismo las respondía»⁷²⁵. En este caso, el acusador público reemplaza su función apegada a la búsqueda de la verdad por otra aún más grave, pues del relato de la ofendida se desprende la fabricación de un testimonio, convirtiéndose de investigador imparcial a responsable del delito de «fraude procesal»⁷²⁶.

Para garantizar una jurisdicción imparcial se requiere, en primer orden, configurar el resguardo de independencia judicial en sus dos vertientes. Y, como observamos en el anterior apartado, tanto la independencia interna como la externa no se cumplen en el caso ecuatoriano. Entonces, el resultado que esperábamos era que la imparcialidad judicial tampoco esté colocada de una forma debida o justa. Las acciones y omisiones de jueces y de fiscales confirman que, en casos donde se vincula la responsabilidad del poder, se mantienen intereses personales e institucionales, decidiendo, por tanto, sin la objetividad que demanda su función.

La imparcialidad judicial en la jurisdicción policial está cuestionada desde su nacimiento por la estructura jerarquizada de dicho órgano, pero también es importante notar que la justicia ordinaria es la que declinó la competencia de los casos «Azúay», «Arturo Jarrín», y «González y otros». Lo que quiere decir es, que la esfera ordinaria desde esa época está infectada por la influencia del poder político. Avanzando un poco más en la línea de tiempo, es cierto que en la actualidad la jurisdicción policial ya no conoce los casos de crímenes *ius cogens* por la prohibición constitucional e internacional relatada. Pero ahora el patrón de impunidad evidenciado es la delegación de la investigación a los propios perpetradores, tal y como lo vimos en los casos «Ivonne Cazar», «Damián Peña» en el 2002, y la tortura de «Turi» en el 2016⁷²⁷.

Esto significa que el patrón de impunidad permanece en la jurisdicción ecuatoriana desde 1984 hasta el último registro de este trabajo en el 2016. La intromisión de las fuerzas de seguridad en las investigaciones ha sido evidente, y tampoco resulta posible sin la aprobación del poder judicial que con acciones y omisiones han contribuido para colocar procesos fraudulentos. Entonces, según lo relatado, los estándares de independencia e imparcialidad

⁷²⁵ Comisión de la Verdad, *Tomo 3: Relatos de casos*, 171

⁷²⁶ El 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.

⁷²⁷ El fiscal del caso delegó la práctica investigativa a la policía nacional. El problema radica que la práctica de las diligencias esenciales se encuentra en manos de quienes ocasionaron las torturas. Existiendo un espíritu de cuerpo atribuible también a quienes investigan.

judicial claramente no están cumplidos en el caso ecuatoriano, por tanto, demanda la producción normativa que permita revisar las absoluciones en ese estado.

Pero si nuestro deseo es llegar más allá del aspecto normativo, es verdad, como dice Ferrajoli, el respeto a los principios fundantes del Estado de derecho es una cuestión de carácter ético de jueces y fiscales, siendo, por tanto, un hecho cultural más que institucional⁷²⁸.

2.4 Proceso sin garantías procesales reconocidas por el derecho internacional

El ERCPI, en su artículo 20, 3.b), abre la posibilidad de procesar nuevamente a personas absueltas en la jurisdicción interna cuando «b) no hubiera sido instruida de forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional [...]». También, la CADH en su artículo 8, desarrolla las garantías judiciales atribuibles a los tribunales internos en el curso de investigaciones y procesos.

Recientemente, vimos tres ejemplos de casos ecuatorianos donde no se cumplen las garantías orgánicas de la jurisdicción, como contar con un «juez o tribunal competente, independiente e imparcial»⁷²⁹. Ahora, veamos cómo esto vulnera las principales garantías procesales de las víctimas, como el respeto a la vida, el acceso a la justicia y el derecho a la verdad. Derechos que son reconocidos en el ámbito internacional y que debían ser observados por la jurisdicción interna.

De igual forma, los casos descritos en el apartado 1.3 de este capítulo, no garantizan en mayor medida el acceso a la justicia de las víctimas, por ello, estudiemos cuatro garantías vulneradas: el conocimiento del expediente; el plazo razonable en la investigación; la impugnación del fallo, y las prohibiciones internacionales contra la impunidad.

2.4.1 El derecho a la vida prohíbe las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas

Los relatores de la ONU sobre *ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, definieron el alcance de su mandato como las acciones u omisiones que constituyen una violación al derecho a la vida establecido en los instrumentos internacionales de derechos

⁷²⁸ Ferrajoli, *Derecho y Razón*, 589.

⁷²⁹ CADH, art. 8.1.

humanos⁷³⁰, en el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷³¹, el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷³², y el art. 4 de la CADH⁷³³.

El derecho a la vida está reconocido y garantizado en las declaraciones internacionales mencionadas, prohibiendo unánimemente a los Estados la práctica de ejecuciones extrajudiciales o arbitrarias. Esta calificación debe reservarse «para los casos de privación de la vida como consecuencia de homicidios perpetrados por agentes del Estado o con su apoyo o tolerancia, incluyendo igualmente los fallecimientos durante la detención o prisión como consecuencia de tortura, malos tratos o de falta de tratamiento médico o de otro tipo»⁷³⁴.

La jurisprudencia interamericana también ha manifestado que, en casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura y otras graves violaciones a los derechos humanos, se debe realizar una «investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la garantía y protección de ciertos derechos afectados por esas situaciones, como la libertad personal, la integridad personal y la vida»⁷³⁵.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el caso de «Damián Peña», expuso: «cualquier carencia o defecto en la investigación que perjudique la eficacia para establecer la causa de la muerte o identificar a los responsables materiales o intelectuales, implicará que no se cumpla con la obligación de proteger el derecho a la vida»⁷³⁶.

En ese orden de ideas, en el caso ecuatoriano se incumplen por lo menos tres de los postulados recogidos: el primero, las declaraciones, pactos y convenios internacionales promueven el respeto a la vida, bajo la prohibición de calificar la muerte de la víctima como ejecución extrajudicial o arbitraria. De los hechos narrados en el apartado 1.3 de este capítulo, se desprende la violación al derecho a la vida, ideado por el poder político y materializado por las fuerzas de seguridad mediante detenciones ilegales, torturas y muerte de las víctimas.

La segunda inobservancia recogida de la jurisprudencia interamericana arroja la conclusión que, si bien las investigaciones de los casos «Azuay» «Jarrín» y «González y otros»

⁷³⁰ Susana Navarro, Pau Pérez Sales y Franx Kernjak, *Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos de búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales* (Guatemala: I Congreso Mundial de Trabajo Psicosocial en Desaparición Forzada, Procesos de Búsqueda, Exhumación, Justicia y Verdad, 2007), www.bivipas.unal.edu.co/handle/10720/418

⁷³¹ DUDH, art. 3: «Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona».

⁷³² PIDCP, art. 6.1.: «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente».

⁷³³ CADH, art. 4.1 1.: «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente».

⁷³⁴ Navarro, Pau Pérez Sales y Franx Kernjak, *Consenso mundial de principios y normas*, 16.

⁷³⁵ Corte IDH, “Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”, supra nota 136, párr. 145; “Caso Radilla Pacheco Vs. México”, supra nota 24, párr. 143, y “Caso Anzualdo Castro Vs. Perú”, supra nota 36, párr. 65.

⁷³⁶ Corte Nacional de Justicia, juicio penal por el delito contra la vida, causa N° 1502-2014.

se iniciaron de oficio, pero esta acción inicial sustrajo la competencia de la jurisdicción ordinaria a la policial. Este patrón de impunidad fue usado con premeditación por jueces y fiscales de la jurisdicción ordinaria para alegar la garantía del *non bis in idem* a las posteriores denuncias impulsadas por los familiares de las víctimas. Es decir, las averiguaciones no se encaminaron con seriedad, imparcialidad y efectividad en garantía del derecho a la vida. Al contrario, los procesos fueron ejecutados de forma aparente con el fin de sustraer y ocultar la responsabilidad de los perpetradores.

El tercer incumplimiento, lo podemos observar en los casos «Ivonne Cazar», «Damián Peña» y la tortura de «Turi», que fueron iniciados y culminados en la justicia ordinaria, pero no cumplen con las garantías exigidas por el tribunal internacional. La delegación de la investigación de jueces y fiscales a los propios perpetradores, más el compromiso del juez en el caso de «Cazar» con una de las sospechosas, implican la inobservancia ética y constitucional de llevar los procesos penales con seriedad, imparcialidad y efectividad. Este fraude conduce a investigaciones sin riesgo de contraer responsabilidades, pues, como decía Morgenstern: «la forma que se investiga y declara la inocencia de un acusado no es indistinta, sino que debe ser hecha *fairly* (de modo justo o debida)»⁷³⁷.

En consecuencia, en el caso ecuatoriano los procesos e investigaciones no se dirigieron a identificar a los responsables, más bien, sirvieron como mecanismo de impunidad. La inacción de la justicia ordinaria también colocó en riesgo flagrante la protección del derecho a la vida de las víctimas. Este escenario todavía no está resuelto en la frágil democracia ecuatoriana desde la vigencia y aplicación del régimen de Seguridad Nacional en 1984, es más, se repite con suma normalidad por la permanencia de las prácticas violatorias de las fuerzas de seguridad.

2.4.2 El acceso a la justicia para las víctimas

El ERCPI art. 20.3 y la CADH en el art. 8, establecen que la investigación o procedimiento de la jurisdicción interna debe ceñirse a las garantías procesales reconocidas por el derecho internacional. En este sentido, la Corte IDH ha sido pionera en la edificación de garantías para las víctimas en el acceso a la justicia, como sujeto de especial protección. El organismo interamericano promueve cuatro hitos que debe cumplir los Estados en los procesos:

⁷³⁷ Morgenstern, *Cosa Juzgada Fraudulenta*, 17.

el conocimiento del expediente; el plazo razonable en la investigación; la impugnación del fallo, y la lucha contra la impunidad. Veamos en síntesis cada una de ellas.

a. El conocimiento del expediente

La Corte IDH en una de sus sentencias refiere: «el acceso al expediente es un requisito *sine qua non* de la intervención procesal de la víctima en la causa en la que se constituye como parte coadyuvante o querellante, según la legislación interna [...]»⁷³⁸. El COIP reserva el contenido y resultado de la investigación al juez, al fiscal, la defensa y otras instituciones que intervengan, «[...] sin perjuicio del derecho de la víctima y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados a tener acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones, cuando lo soliciten»⁷³⁹.

En el caso «Azuay», «Arturo Jarrín» y «González y otros», las primeras investigaciones se realizaron en la justicia policial por delitos de función, en estos casos, el objeto de persecución no garantiza el derecho a la vida o a la integridad personal, más bien, dichas acciones se consideraron como una ofensa a las funciones policiales. De esta forma, se excluyó a los familiares de las víctimas a participar de las investigaciones y, en consecuencia, a conocer el contenido y resultado del expediente.

En estos casos, la sustracción de la competencia de la justicia ordinaria a la policial, ocasionó la aplicación de la garantía *non bis in idem* por parte de jueces y fiscales que conocieron las nuevas investigaciones impulsadas por familiares de las víctimas. Esto afectó los derechos de los ofendidos a conocer el estado del expediente y solicitar nuevas diligencias que permitan aclarar los hechos. Por ejemplo, en el secuestro internacional y asesinato en suelo ecuatoriano de «Arturo Jarrín», las víctimas solicitaron la comparecencia judicial del ministro de Gobierno y el expresidente Febres Cordero, donde el juez de la causa ni siquiera atendió dicho requerimiento. Los investigados en esta época contaban con el respaldo del poder judicial, y su complicidad fue evidente según lo expuesto en apartados anteriores.

⁷³⁸ Corte IDH, Sentencia “Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana”, de 27 de febrero de 2012, Párrafo 253.

⁷³⁹ COIP art. 584.

b. El plazo razonable en la investigación

El plazo razonable en la investigación depende de cada legislación interna. En el caso ecuatoriano la investigación debe durar hasta dos años. No obstante, por la complejidad del asunto y, las barreras normativas y políticas, se extienden más allá de dicho término. El tiempo de la pena determina el plazo de la investigación, por ejemplo, los delitos de tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada, atribuible al poder político y a las fuerzas de seguridad, son superiores a cinco años de privación de libertad, sin embargo, en el periodo presidencial 1984-1988 se cometieron delitos de lesa humanidad que conlleva implícita una sanción de veintiséis a treinta años⁷⁴⁰.

En Ecuador la duración de la investigación está reglado en el art. 585 del COIP, dicho cuerpo legal refiere que la investigación previa no podrá superar los siguientes plazos:

(...)

2. En los delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años durará hasta dos años.
3. En los casos de desaparición de personas, no se podrá concluir la investigación hasta que la persona aparezca o se cuente con los elementos necesarios para formular una imputación por el delito correspondiente, fecha desde la cual empezarán los plazos de prescripción.

En esta línea, la Corte IDH, sobre el acceso a la justicia de las víctimas, ha dicho que las investigaciones deben ser resueltas en un plazo razonable:

Toda vez que una demora prolongada puede llegar a constituir, en ciertos casos, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. Este Tribunal ha considerado cuatro elementos para analizar la razonabilidad de un plazo: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso⁷⁴¹.

Tomemos por un momento los cuatro elementos de la sentencia internacional y veamos cómo en el caso ecuatoriano no se cumple el plazo razonable en los procesos estudiados:

- a) Las autoridades ecuatorianas resolvieron los hechos como delitos de función, es decir, que las ofensas afectaban a bienes jurídicos policiales y no a la dignidad humana. En ese estado

⁷⁴⁰ COIP art. 89.

⁷⁴¹ Corte IDH, Sentencia “Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala”, de 9 de marzo de 2018, párrafo 257.

procesal se ratificó la inocencia en la justicia ordinaria, por tanto, se omitió el trato de los hechos como delitos internacionales que tienen otra óptica investigativa.

- b) La actividad procesal del interesado, es decir, del Poder Judicial en su conjunto, fue dirigida a encubrir a los responsables. En este sentido, dictaron resoluciones con apariencia investigativa que sirvieron para excluir la participación de las víctimas en las investigaciones.
- c) La conducta de las autoridades encargadas de la investigación se relaciona con los dos postulados anteriores, pues la actividad fraudulenta se aleja de las normas procesales y constitucionales vigentes en la época de los hechos, pero también de la ética de jueces y de fiscales.
- d) Aparte de la vulneración directa de los derechos de las víctimas en los casos descritos en el apartado 1.3 de este capítulo, también existe una afectación a los derechos de los familiares de las víctimas a conocer el proceso, a la verdad de lo sucedido y la responsabilidad de los perpetradores.

En definitiva, el plazo razonable de la investigación en el ámbito internacional se cumple de forma simbólica y no material. Los casos «Azúay», «Arturo Jarrín», «Ivonne Cazar»⁷⁴² y «González y otros», tienen una sentencia definitiva o auto de sobreseimiento, pero no fueron colocados de manera justa o debida; en dichos procesos no responsabilizan a los perpetradores, ni satisface el derecho de las víctimas a conocer la verdad, bajo los parámetros de una investigación seria, eficaz y diligente. En otras palabras, las sentencias y resoluciones son de naturaleza fraudulenta como estamos analizando⁷⁴³.

c. La impugnación del fallo

Como vimos en el Cap. III, apdo. 2, la impugnación al fallo, en la legislación ecuatoriana y española, tiene mayor regulación cuando se trata de nulificar las condenas injustas de la persona inocente; aunque no sucede lo mismo cuando se trata de revertir las absoluciones

⁷⁴² Es importante anotar que en el caso de Ivonne Cazar la investigación se cerró y posteriormente se solicitó reabrir, pero hubo una negativa. Recordemos que, tratándose de delitos de desaparición forzada, amerita incluso buscar a la víctima.

⁷⁴³ Los casos descritos en el apartado 1.3 de este capítulo se cometieron con anterioridad a la vigencia del COIP. Esto quiere decir que según al principio de favorabilidad la pena atribuible, de ser el caso, se encuentra contemplada en el Código Penal derogado, que no tipifica el delito de lesa humanidad, entonces estaría prescrita, sin embargo, las conductas de tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzada ya se encontraban prohibidas por la normativa internacional, siendo subsumidas las conductas al tipo penal de lesiones, asesinato, y de secuestro con resultado de muerte.

de naturaleza fraudulenta. Los medios de impugnación como la apelación, nulidad, y casación, en un principio parecen ser suficientes para enmendar una sentencia absolutoria fraudulenta. Sin embargo, aquello sólo resulta posible cuando las garantías orgánicas de la jurisdicción, como son la independencia e imparcialidad judicial, están bien aseguradas. Tampoco la justicia constitucional resulta ser eficiente para revertir dichas absoluciones; los problemas interpretativos y normativos que giran alrededor de la acción extraordinaria de protección parecen ser una barrera real, como lo vimos en el apartado 4 del referido capítulo.

Con respecto al recurso de revisión, este permite revertir las condenas erróneas por supuestos tasados, pero, no sucede lo mismo con las sentencias absolutorias que contengan acciones y omisiones dolosas de jueces y de fiscales en el proceso. La seguridad jurídica, la tranquilidad del sistema de justicia y el descrédito de la administración de justicia, son los principales argumentos para no incluir el recurso de revisión de sentencias absolutorias con contenido fraudulento, como lo vimos en el Cap. III, apdo. 5, 5.2.

En este sentido, la Corte IDH rompió el viejo paradigma de revisar las sentencias condenatorias en las legislaciones internas; su línea jurisprudencial se extiende incluso a las sentencias absolutorias o decisiones que contengan la llamada cosa juzgada fraudulenta. Este cambio lo realizó cuando revisaba las obligaciones objetivas de los Estados en relación con el acceso a la justicia de las víctimas⁷⁴⁴. Las legislaciones internas de varios países latinoamericanos, principalmente Ecuador, a pesar de las sentencias internacionales⁷⁴⁵ que conmina a los Estados a eliminar las barreras jurídicas internas que impidan a las víctimas acceder a la justicia, todavía no edifica la causal de revisión de absoluciones fraudulentas en lo que refiere a crímenes de *ius cogens*.

La Corte interamericana interpretó la normativa internacional⁷⁴⁶, en el caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala, y determinó la existencia de la «cosa juzgada fraudulenta que resulta de un juicio en el que no se ha respetado las reglas del debido proceso o cuando los jueces no obraron con independencia o imparcialidad»⁷⁴⁷.

Como veremos en el apartado 3 de este capítulo, para desmembrar el sistema de impunidad en Ecuador, la Corte Nacional de Justicia en el Caso «González y otros» frente a la

⁷⁴⁴ Véase el Cap. III. apdo. 3.2.

⁷⁴⁵ La Corte IDH, en los casos: Carpio Nicolle Vs Guatemala; Almonacid Arellano y otros Vs. Chile; La Cantuta Vs. Perú; Escher y Otros Vs Brasil; Nadege y Otros Vs República Dominicana; Masacres del Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador. Esto evidenció un patrón de impunidad generalizado en las investigaciones realizadas a los perpetradores de violaciones a derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, en las cuales la inobservancia de garantías orgánicas y procesales dieron como resultado la ausencia de riesgo a ser juzgados.

⁷⁴⁶ ERCPI, art. 20; Estatuto Tribunal Internacional para Ruanda, art.9, y Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, art. 10.

⁷⁴⁷ Corte IDH, “Caso Carpio Nicolle y otros Vs. Guatemala”, párrafo 131

ausencia de norma para revisar las sentencias absolutorias fraudulentas, interpretó la jurisprudencia interamericana como vinculante a través del llamado control de convencionalidad. De esta manera, declaró las investigaciones de la jurisdicción policial y ordinaria como fraudulentas o no juzgadas. Esta sentencia resulta importante para la lucha contra la impunidad en referidos crímenes, no obstante, dicho método de aplicación normativa es discrecional, invasivo con el poder legislativo y con posturas divididas que llevan a resultados ambiguos en materia penal.

Por un lado, hay jueces que consideran vinculantes los mandatos internacionales sin la necesidad de una producción normativa desde el legislativo, y, otro sector, considera necesaria la intervención del legislativo que regule la falta de revisión de resoluciones fraudulentas con estados de cosa juzgada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por ejemplo, el juez del caso «Ivonne Cazar» negó la reapertura de la investigación en base a la garantía del *non bis in idem*⁷⁴⁸.

En tal virtud, frente a los problemas expuestos, impulsamos extender la revisión a sentencias absolutorias con los supuestos tasados del art. 658 núm. 3. del COIP: «Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados». Añadiendo como causal independiente de revisión cuando del proceso se desprenda la existencia de la cosa juzgada fraudulenta, es decir, sin el contenido interno (identidad, objeto y causas de persecución) y externo (sin independencia e imparcialidad judicial), que fuera obtenida o colocada con dolo manifiesto de jueces y de fiscales. De esta forma, intentamos acercarnos a los derechos olvidados de las víctimas, sin nublar el debido proceso de los perpetradores, como mecanismo eficiente y suficiente para la impugnación del fallo en respuesta al requerimiento de la Corte IDH de «eliminar los obstáculos jurídicos internos».

d. Las prohibiciones internacionales contra la impunidad

Las garantías procesales edificadas desde la normativa y jurisprudencia internacional tienen como finalidad garantizar el derecho a la vida, prohibiendo, en consecuencia, las desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. En el caso ecuatoriano las investigaciones se realizaron de forma aparente o simulada, desatendiendo los derechos de las víctimas. No se le permitió el acceso al expediente de forma oportuna y, en cuanto al plazo

⁷⁴⁸ Véase la resolución del caso «Ivonne Cazar», en el apartado 1.3.3 de este capítulo.

razonable de la investigación, se cumplió de manera simbólica con la intención de colocar los procesos en estados de cosa juzgada, bajo la prohibición del *non bis in idem*.

En esta línea, la Corte IDH ha referido que el «Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones a los derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares»⁷⁴⁹.

Ahora bien, por impunidad debemos entender la inexistencia (de hecho, o de derecho) de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de derechos humanos, así como ausencia de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria. Ellos escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención y procesamiento, y, en caso de ser reconocidos culpables, condenas apenas apropiadas, incluso, la indemnización del causado a sus víctimas⁷⁵⁰.

Los crímenes sucedidos en Ecuador no son delitos comunes, ni de función militar o policial. Su gravedad⁷⁵¹ atenta a bienes jurídicos esenciales protegidos por la comunidad internacional como la vida, la integridad personal, «la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad»⁷⁵². En este sentido, vimos la restricción de la competencia de tribunales militares o policiales en la investigación de crímenes internacionales, y el desarrollo de los estándares que identifican juzgamientos fraudulentos, que nacen de la normativa internacional y de la jurisprudencia de la Corte IDH. De igual forma, la comunidad internacional, para luchar contra la impunidad, prohíbe a los Estados la aplicación de la prescripción de delitos y de penas⁷⁵³; el

⁷⁴⁹ Corte IDH, Sentencia “Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia”, de 15 de septiembre de 2015, supra nota 1, párr. 237; “Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam” de 15 de junio de 2005, supra nota 3, párr. 203, y “Caso Huilca Tecse Vs. Perú”, de 3 de marzo de 2005, supra nota 3, párr. 82.

⁷⁵⁰ Diane Orentlicher, «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad», *Comisión de Derechos Humanos*, 2 de agosto de 2005, https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1.

⁷⁵¹ La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas califica como delitos graves conforme al derecho internacional, los comprendidos en los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y de su Protocolo I Adicional de 1977, y otras violaciones del derecho internacional humanitario que constituyen delitos conforme el derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y otras violaciones de los derechos humanos internacionalmente protegidos que son delitos conforme al derecho internacional y/o respecto de los cuales el derecho internacional exige a los Estados que impongan penas por delitos, tales como la tortura, las desapariciones forzadas, la ejecución extrajudicial y la esclavitud. Orentlicher, «Conjunto de principios», definiciones B.

⁷⁵² Preámbulo del ERCPI.

⁷⁵³ El ERCPI en su art. 29 establece: «Los crímenes de la competencia de esta Corte no prescribirán». Es decir, los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión. De igual manera, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa humanidad indica: «Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se haya cometido [...] a) Los crímenes de guerra [...] b) Los crímenes de lesa humanidad [...]». 11 de noviembre de 1970, Asamblea General, Resolución 2391 (XXIII). La Constitución del Ecuador, en el art. 80, asumiendo la obligación internacional de prohibir prescripción de delitos y de penas, determina: «Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles».

otorgamiento de amnistía⁷⁵⁴; asilo y refugio⁷⁵⁵, y la justificación de obediencia debida en la ejecución de los crímenes⁷⁵⁶. La aplicación de las instituciones jurídicas referidas en el ámbito

También, el Conjunto Actualizado de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, incluyó: «Principio 23. Restricciones a la prescripción. La prescripción de una infracción penal, tanto en lo que respecta a las diligencias como a las penas, no podrá correr durante el período en que no existan recursos eficaces contra esa infracción. La prescripción no se aplicará a los delitos graves conforme el derecho internacional que sean por naturaleza imprescriptibles. Cuando se aplica, la prescripción no podrá invocarse en las acciones civiles o administrativas entabladas por las víctimas para obtener reparación».

⁷⁵⁴ El TEDH consideró que es de mayor importancia, para efectos de un recurso efectivo, que los procesos penales referentes a violaciones a los derechos humanos no sean prescriptibles y que no se deben permitir animistas o perdones al respecto. En TEDH, Sentencia “Caso *Abdülsamet Yaman v. Turquía*”, de 2 de noviembre de 2004, párrafo 55. La Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, en esa línea manifestó que, las leyes de amnistía no pueden proteger al Estado que las adopta de cumplir con sus obligaciones internacionales, y señaló, además, que al prohibir el juzgamiento de perpetradores de violaciones graves a derechos humanos mediante el otorgamiento de amnistías, los Estados no sólo promovían la impunidad, sino que también cerraban la posibilidad de que dichos abusos se investigaran y que las víctimas de dichos crímenes tuvieran un recurso efectivo para obtener una reparación. En CADHP, Sentencia “Caso Asociación Africana de Malawi y otros c. Mauritania”, de 11 de mayo de 2000, parágrafo. 83 y “Caso Foro de ONG de derechos humanos de Zimbabwe c. Zimbabwe”, de 21 de mayo de 2006, párrafos 211 y 215. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos también se pronunció al respecto en el procedimiento de peticiones individuales y en sus informes sobre países: En el “Caso Hugo Rodríguez vs. Uruguay” señaló que no puede aceptar la postura de un Estado de no estar obligado a investigar violaciones a derechos humanos cometidas durante un régimen anterior en virtud de una ley de amnistía, y reafirmó que las amnistías para violaciones graves a los derechos humanos son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, indicando que las mismas contribuyen a crear una atmósfera de impunidad que puede socavar el orden democrático y dar lugar a otras graves violaciones de los derechos humanos. En Comunicación No. 322/1988, UN Doc. CCPR/C/51/D/322/1988, dictamen de 9 de agosto de 1994, párr. 12.3 y 12.4. La adopción y aplicación de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad impide el cumplimiento de las obligaciones de investigación y persecución de crímenes contra la humanidad. El Secretario General de las Naciones Unidas, en su informe sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, afirmó que: «La amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno. Aunque las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario». En Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona. Doc. S/2000/915, de 4 de octubre de 2000, párr. 22. Nuevamente la Constitución ecuatoriana en su art. 80, acogiendo los mandatos internacionales, establece que los crímenes internacionales no «serán susceptibles de amnistía».

⁷⁵⁵ EL Conjunto Actualizado de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, en el principio 25 establece: «[...] los estados no podrán permitir que se beneficien de esos estatutos protectores, incluido el asilo diplomático, las personas respecto de las cuales haya motivos fundados para creer que son autoras de delitos graves conforme al derecho internacional».

⁷⁵⁶ El ERCPI, establece en el art. 33: «1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita. 2. A los efectos del presente art., se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas». Además, el Conjunto Actualizado de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad, en el principio 27 establece: «Restricciones a las justificaciones que puedan vincularse a la obediencia debida, la responsabilidad superior y el carácter oficial: a) En cuanto al autor de las violaciones, el hecho de que haya actuado obedeciendo órdenes de su Gobierno o de un superior jerárquico no lo eximirá de la responsabilidad, en particular penal, pero podrá considerarse causa de reducción de la pena si ello es conforme al derecho. b) El hecho de que las violaciones hayan sido cometidas por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad, en particular penal, si éstos sabían o tenían motivos para saber, en unas circunstancias determinadas, que dicho subordinado estaba cometiendo, o iba a cometer dicho delito y si no tomaron todas las medidas necesarias para impedir o castigar el delito. c) El hecho de que el autor

interno, representa una barrera para el acceso a la justicia de las víctimas; una consecuente impunidad de los responsables, que se traduce en el olvido de los crímenes, y, con ello, una eventual repetición de estos.

En el caso ecuatoriano no se aplican dichas instituciones jurídicas que colocarían en flagrante impunidad los delitos. Aunque, es verdad que los perpetradores, aparte de alegar la garantía de la cosa juzgada ante nuevas investigaciones, también recurren a la prescripción de delitos y de penas; esto pese a la prohibición internacional que fue recogida por el constituyente ecuatoriano en el art. 80 como acabamos de observar. Nuestra investigación no se centra en dichas barreras normativas y fácticas, por el contrario, es de nuestro interés observar la barrera jurídica de la cosa juzgada fraudulenta.

Ahora bien, nos encontramos en el análisis de los juicios sin garantías procesales de acuerdo con el derecho internacional. Vimos que el estado ecuatoriano no garantizó el derecho a la vida, de esta forma, las investigaciones se dirigieron a encubrir a los perpetradores vulnerando el acceso a la justicia de las víctimas y los cuatro hitos que conllevan, como son: el conocimiento del expediente; el plazo razonable en la investigación; la impugnación del fallo, y las prohibiciones internacionales impuestos a los Estados para luchar contra la impunidad.

En este contexto, para culminar nuestro análisis propuesto, ahora veamos cómo se vulneró el derecho a la verdad de las víctimas.

2.4.3 El derecho de las víctimas a conocer la verdad

El derecho a la verdad de las víctimas de violaciones a los derechos humanos en el ámbito internacional tiene especial tratamiento. En este sentido, es obligación de los Estados, conforme a las *Normas Mínimas desde la perspectiva psicosocial para los procesos de búsqueda de personas migrantes desaparecidas*: «norma 3: promover el total esclarecimiento de los hechos que provocaron la desaparición de personas (...) llegando a la sanción de los responsables. Así como facilitar las condiciones para la reconstrucción de la memoria histórica desde las víctimas como parte del proceso de dignificación y garantía de no repetición»⁷⁵⁷.

de un delito conforme al derecho internacional desempeñe funciones oficiales, incluso si se trata de un Jefe de Estado o de Gobierno, no lo eximirá de responsabilidad penal o de otro tipo ni será causa de reducción de la pena». En esta línea, la Constitución del Ecuador en el art. 80 establece que «el hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó».

⁷⁵⁷ Judith Erazo Caravantes, Susana Navarro García y Eduardo Woltke. «Normas Mínimas desde la perspectiva psicosocial para los procesos de búsqueda de personas migrantes desaparecidas». *Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial*. México: 2016-2019. <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d9269bc7.pdf>.

La Comisión y la Corte IDH sostienen que el derecho a la verdad se vincula de manera directa con las garantías judiciales y la protección judicial, recogido en los art. 8 y 25 de la CADH. De la interpretación a la normativa citada, el derecho a la verdad comprende una doble dimensión:

En primer lugar, se 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. Ello implica que el derecho a la verdad acarrea la obligación de los Estados de esclarecer, investigar, juzgar y sancionar a las personas responsables de los casos de graves violaciones de derechos humanos.

En segundo lugar, se ha consolidado la noción que este derecho no sólo corresponde a las víctimas y sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto. Al respecto, la Comisión ha sostenido que toda la sociedad tiene el “irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro⁷⁵⁸.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el *Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, en consonancia con lo referido por el Sistema Interamericano, ha establecido los siguientes principios en torno al derecho a la verdad:

Principio 2. El derecho inalienable a la verdad.

Cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones.

Principio 4. El derecho a las víctimas a saber.

Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Derecho a la verdad en las Américas», OEA: 2014, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>.

⁷⁵⁹ Orentlicher, «Conjunto de principios actualizado».

Según lo expuesto, en el caso ecuatoriano las investigaciones no cumplieron las dos dimensiones exigidas por la Corte y Comisión Interamericana, en sintonía con los principios edificados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Recojamos por un momento los argumentos de la primera dimensión en torno al derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares. En el caso ecuatoriano, los procesos no se dirigieron a buscar la verdad de los hechos ocurridos. Por el contrario, las acciones y omisiones de jueces y de fiscales se dirigieron a encubrir a los responsables, colocando una verdad formal, esto es, en estado de cosa juzgada fraudulenta. En otras palabras, con la ratificación del proceso en estado de *non bis in idem* por la jurisdicción ordinaria, sin la clara identificación de los perpetradores; protegiendo bienes de carácter policial y no de interés internacional; sin las garantías de independencia e imparcialidad judicial, y la ausencia de la participación de las víctimas, llegamos a la conclusión de que los procesos no buscaron la verdad, sino que propendieron a que nunca fuera descubierta, garantizando de este modo la impunidad.

En este sentido, la Corte Nacional de Justicia en el caso «Damián Peña» determinó: «la falta de imparcialidad en la investigación, en la fase pre-procesal, y todas las etapas subsiguientes, se cumplieron formalmente pero no materialmente, lo que se traduce en una violación de los derechos a la verdad, justicia y reparación»⁷⁶⁰.

La otra dimensión de la verdad, involucra a la sociedad en su conjunto en el conocimiento del pasado para evitar su repetición en el futuro. En los casos «Azuay», «Arturo Jarrín» y «González y otros», las muertes ocasionadas por las fuerzas de seguridad eran difundidas bajo una sola verdad oficial. Es decir, que los «delincuentes fallecieron producto de enfrentamientos armados» por ser «terroristas», «subversivos» o «enemigos de la sociedad», sin que hasta la fecha haya sido posible instaurar un debate público sobre la veracidad de los hechos. En cambio, en la desaparición forzada de «Ivonne Cazar», la verdad asumida por la sociedad fue que desapareció por razones atribuidas a la propia víctima, bajo estereotipos de género. Sobre dichas afirmaciones la Corte IDH ha dicho:

Los estereotipos "distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos", lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes⁷⁶¹.

En conclusión, en el caso ecuatoriano el derecho de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido no se cumple, desde los crímenes de lesa humanidad sucedidos en la época de

⁷⁶⁰ Corte Nacional de Justicia, Juicio Penal por el delito contra la vida, causa número 1502-2014.

⁷⁶¹ Corte IDH, Sentencia "Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú", de 12 de marzo de 2020, párrafo 199.

Febres Cordero hasta los crímenes de los gobiernos recientes, como por ejemplo la tortura del centro carcelario de «Turi» a cerca de 300 personas el 31 de mayo de 2016. Es decir, las víctimas y la sociedad no tienen la oportunidad de llegar a una verdad real, ni en los procesos judiciales, y mucho menos en el escrutinio público. Toda vez que el derecho a la verdad, desde una visión integradora, promueve el aprendizaje de lo ocurrido; identifica a los perpetradores; rechaza las llamadas políticas de “seguridad ciudadana”, y neutraliza su eventual repetición.

Las políticas de conocimiento de la verdad no suceden en la democracia ecuatoriana. Al contrario, se podría afirmar que el gobierno o el poder político ecuatoriano tiene acceso privilegiado a los espacios mediáticos o, directamente, participan de la propiedad de las empresas periodísticas, radiofónicas y televisivas, que difunden el discurso oficial y que es asumido por la sociedad como verdad⁷⁶².

2.5 Juicios sin diligencias necesarias realizando acciones procesales de forma incorrecta, aparente o fraudulenta

Para determinar que las investigaciones se realizaron de manera diligente, en el marco de la obligación del Estado ecuatoriano de investigar, se debe comprobar si las acciones procesales se ejecutaron con prontitud, efectividad, exhaustividad, independencia, imparcialidad y transparencia⁷⁶³. Pero como hemos visto, a lo largo de la aplicación de los estándares normativos en los casos «Azuay», «Arturo Jarrín», «Ivonne Cazar» y «González y otros», la actividad judicial se dirigió a encubrir la responsabilidad de los perpetradores. Aparte de los actos dolosos de jueces y de fiscales ya revisados, ahora puntualicemos otras acciones y omisiones procesales realizadas de forma incorrecta, aparente o fraudulenta.

La Corte IDH ha manifestado que cuando las muertes potencialmente ilícitas no se realizan con prontitud, se viola el derecho a la vida y el derecho a un recurso efectivo⁷⁶⁴. En esta misma línea, el TEDH indica que el deber de prontitud no justifica una investigación

⁷⁶² Ramos Ávila, «La construcción mediática de la represión». Incluso, para la autora, los medios de comunicación, debido a su alcance masivo y a una influencia social que únicamente en años recientes ha sido puesta en cuestión en nuestro país, se constituyeron en ámbitos privilegiados para que los sectores de poder y sus diversos aliados políticos produzcan y pongan en circulación una serie de expresiones, opiniones, declaraciones y testimonios tendientes a legitimar la aplicación de políticas represivas y el uso sistemático de la violencia armada ejercida desde el Estado.

⁷⁶³ El Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas (2016) establece una norma de común de desempeño en la investigación de una muerte potencialmente ilícita y un conjunto de principios y directrices para los Estados, las instituciones y las personas que participen en la investigación.

⁷⁶⁴ Corte IDH, Sentencia “Caso Garibaldi Vs. el Brasil”, de 23 de septiembre de 2009, párr. 39

precipitada o indebidamente apresurada⁷⁶⁵. El hecho de que el Estado no lleve a cabo la investigación no lo exime de la obligación, es decir, no cesa, ni siquiera cuando transcurra mucho tiempo⁷⁶⁶.

En el caso ecuatoriano las investigaciones aparentaron realizarse con prontitud. La inhibición de la jurisdicción ordinaria a la jurisdicción policial en los sucesos de «Azúay», «Arturo Jarrín» y «González y otros» violaron la protección del derecho a la vida de las víctimas, la de sus familiares a conocer la verdad y el acceso al recurso efectivo. Se recordará que el patrón de impunidad consistía en colocar en la jurisdicción policial las investigaciones en estados de cosa juzgada, para en lo posterior ser ratificadas en la justicia ordinaria bajo la garantía *non bis in idem*. En otras palabras, a la luz de la jurisprudencia del TEDH, las investigaciones precipitadas o indebidamente apresuradas tuvieron como finalidad encubrir a los responsables, sacrificando el derecho a la verdad de las víctimas y de la sociedad.

El Comité de Derechos Humanos ha dicho que en una investigación efectiva y exhaustiva los investigadores deben, en medida de lo posible, reunir y verificar todas las pruebas testimoniales documentales y físicas. Las investigaciones deben permitir: asegurar la rendición de cuentas por muertes ilícitas; identificar y, si se justifica por las pruebas y la gravedad del caso, enjuiciar y castigar a todos los responsables, y prevenir las muertes ilícitas⁷⁶⁷.

En una investigación que se presume la existencia de una ejecución extrajudicial y/o desaparición forzada, la Corte IDH y el Protocolo de Minnesota indican que las primeras diligencias que se adoptarán, como mínimo, son:

1. Identificar a la víctima;
2. Recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables;
3. Identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga;
4. Determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y
5. Distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio.

⁷⁶⁵ TEDH, Sentencia “Caso Pomilyayko c. Ucrania”, de 11 de febrero de 2016, párr. 53.

⁷⁶⁶ Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas, 7.

⁷⁶⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comunicación No. 778/1997, “Caso José Antonio Coronel y otros v. Colombia”, del 29 de noviembre de 2002; Comunicación No. 1436/2005, “Caso Sathasivam y otros c. Sri Lanka”, del 8 de julio de 2008; Comunicación No. 1447/2006, “Caso Abubakar Amirov y otros c. Rusia”, del 2 de abril de 2009.

Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del delito, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados⁷⁶⁸.

En el caso de una desaparición forzada la investigación debe orientarse a determinar la suerte de la persona desaparecida y en su caso la ubicación de sus restos⁷⁶⁹.

A continuación, veamos cómo las acciones y omisiones investigativas de jueces, fiscales y auxiliares de justicia realizadas de forma incorrecta, aparente o fraudulentas, no cumplieron con las exigencias internacionales asumidas por el Estado ecuatoriano en los casos objeto de nuestro análisis.

En el «Caso Azuay», por ejemplo, las autoridades judiciales omitieron fraudulentamente información relevante para descubrir a los participantes del operativo policial, que tuvo como resultado la muerte de Ricardo Merino el 28 de junio de 1986. Para sustraer la competencia de la investigación de la justicia ordinaria a la policial, se informó que «el operativo en referencia fue cumplido por miembros de la Policía Nacional». El juez al solicitar los nombres de los responsables, recibió como respuesta por parte de la policía: «revisados los archivos no existe información sobre el operativo en mención». En lo posterior, el juez de la causa no realizó mayores esfuerzos para descubrir datos de dicho operativo, sus actuaciones procesales aparentaban investigar el suceso, cuando lo cierto es que formaba parte del sistema de impunidad. El mismo comportamiento judicial sucedió con «Arturo Jarrín». En este caso, quien suscribe el informe sobre la muerte del líder del movimiento AVC, figura como «investigador». Este hecho procesal determinó, en estos dos casos, la falta del sujeto activo a perseguir (comentado en el apartado 2.2.1 de este capítulo).

Por otro lado, los médicos también actuaron en la investigación sin diligencia necesaria y de forma incorrecta, lo que coadyuvó a instaurar procesos fraudulentos. En el caso de Merino, la autopsia para establecer la causa de su muerte se realizó el 30 de junio, es decir, dos días después de ocurrido el hecho, particularidad que afectó a la recolección de evidencias que permitieran aclarar de mejor forma el suceso. Si tomamos como referencia lo exigido por el protocolo de Minnesota y la Corte IDH, podríamos afirmar que la actuación médica en la

⁷⁶⁸ Corte IDH, *Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala*, Sentencia 11 de octubre de 2019, párr. 133.

⁷⁶⁹ Protocolo de Minnesota sobre la Investigación de Muertes Potencialmente Ilícitas, párr. 25.

práctica de la autopsia se llevó sin prontitud, efectividad y exhaustividad. Además, los galenos no fueron exactos al describir si los disparos que recibió la víctima se realizaron a corta o larga distancia. La omisión dolosa de este elemento es crucial para establecer la manera y causa de la muerte; esta aclaración serviría a la época de los hechos para confirmar o descartar la versión oficial de un enfrentamiento armado entre policías y “delincuentes”⁷⁷⁰. La omisión del estudio de parafina en el cuerpo de las víctimas desvirtuaría la hipótesis del discurso oficial de que las muertes se dieron en enfrentamientos, no solo en el caso de Merino, sino también en los casos «González y otros» y «Arturo Jarrín» que tienen el mismo patrón de actuación. Los forenses comunicaron al juez que no cuentan «con los medios materiales ni reactivos químicos para establecer el estudio de esas muestras, razón por la cual no podemos cumplir con lo encomendado por el juzgado»⁷⁷¹.

En el caso de Merino, después de 30 años, se realizó la experticia de «trayectoria intra orgánica»⁷⁷² la cual determinó que los disparos ingresaron al cuerpo de la víctima desde arriba hacia abajo, es decir, las detonaciones se realizaron cuando se encontraba de rodillas y sometido a corta distancia de sus ejecutores. En el asesinato de las 8 personas en el caso «González y otros» se arribó a una conclusión similar, toda vez que la policía mantuvo el dominio sobre las víctimas «siendo ejecutadas en el piso en posición de cubito ventral [...]»⁷⁷³.

La actuación médica encubierta dolosamente por jueces y fiscales fue un patrón que se repitió en el caso de «Arturo Jarrín». El protocolo de autopsia presentaba serias irregularidades, a lo largo del documento se encuentran varios recortes en la redacción que hace imposible que este tenga una congruencia total. Es decir, fueron fraguados a favor de los perpetradores para tergiversar los hechos y ocultar temerariamente la verdad⁷⁷⁴. Para aclarar su muerte se realizó un estudio retrospectivo y complementario⁷⁷⁵ del cuerpo que determinó lo siguiente:

El examen de los restos óseos permitió constatar la existencia de dos lesiones más no registradas en el protocolo de autopsia [...] la distribución de las lesiones por arma de fuego es bastante compacta y denota una trayectoria difícilmente se hubiera producido si el cuerpo en cuestión se encontraba en

⁷⁷⁰ Fiscalía de Comisión de la Verdad, «Caso Azuay». Y, Comisión de la Verdad, *Tomo 3: Relatos de casos*, 298.

⁷⁷¹ Fiscalía de Comisión de la Verdad, «Caso Azuay», foja 2233.

⁷⁷² Véase el relato el relato del caso «Ricardo Merino».

⁷⁷³ Corte Nacional de Justicia, juicio N° 17721-1631-2013, testimonio de Tania Josefa Colmenares experta en trayectoria intraorgánica.

⁷⁷⁴ Fiscalía General del Estado, Caso «Arturo Jarrín», Acta de posesión de peritos.

⁷⁷⁵ El peritaje estuvo a cargo de José Pablo Baraybar quien aplicó técnicas de criminalística en los restos óseos de Arturo Jarrín, bajo un análisis forense en casos análogos de violaciones a los derechos humanos. Para mayor referencia véase la publicación. Jose Pablo Baraybar do Carmo, «Diferencias en los patrones de lesiones por arma de fuego asociadas a la mortalidad en las violaciones a los derechos humanos y en conflictos armados. Un estudio exploratorio» (tesis doctoral. Universidad de Granada, 2016), <http://hdl.handle.net/10481/43489>

movimiento [...] quien efectuó el disparo estuvo en un plano de sustentación superior a la víctima⁷⁷⁶.

En resumen, las autopsias de los casos «Ricardo Merino», «Arturo Jarrín» y «González y otros», realizadas en las primeras investigaciones, no se llevaron de forma rigurosa y empleando los procedimientos más apropiados, según las reglas mínimas establecidas por la Corte IDH y el Protocolo de Minnesota. De hecho, no se llegó a determinar por parte de los médicos actuantes, si las muertes fueron de tipo «intencional homicida» y no «accidental producto de un enfrentamiento armado», como se ha logrado desvirtuar con las posteriores experticias realizadas con independencia, imparcialidad y transparencia.

En relación con el esclarecimiento de la causa de la muerte y los posibles responsables, la jurisprudencia interamericana establece que «es necesario investigar exhaustivamente la escena del delito». Sobre el incumplimiento de este estándar tenemos dos vertientes: por un lado, en el caso de Ricardo Merino el reconocimiento del lugar de los hechos se realizó el 24 de julio 1986, es decir, un mes después de su muerte. La falta de diligencia y prontitud en inspeccionar el lugar de los hechos tienen gran influencia para determinar la existencia de la infracción y la responsabilidad. También, en el caso de «González y otros», según el perito encargado de realizar la reconstrucción de los hechos y la trayectoria balística «existió modificación en la escena del crimen»⁷⁷⁷. En el marco de la investigación, «es crucial la importancia que tienen las primeras etapas de la investigación y el impacto negativo que las omisiones e irregularidades en tales etapas puede tener en las perspectivas reales y efectivas de esclarecer el hecho»⁷⁷⁸.

La otra vertiente la encontramos en la detención de 18 miembros y simpatizantes de la organización AVC en el caso «Azuay». Una práctica recurrente antes de iniciar con las torturas, era la valoración médica por parte de la Cruz Roja, quienes visitaban a los detenidos en dependencias policiales y determinaban que estaban libres de lesiones y golpes. Pero, lo cierto es que, después de dicha visita empezaban las torturas; las víctimas incluso denunciaban lo ocurrido a jueces y fiscales, sin embargo, no se iniciaron investigaciones pese a las declaraciones de las víctimas y a los informes médicos del

⁷⁷⁶ Fiscalía General del Estado, Caso «Arturo Jarrín»

⁷⁷⁷ Corte Nacional de Justicia, juicio N° 17721-1631-2013, testimonio de Víctor Germán Rivero, perito encargado de conocer la trayectoria balística y de reconstrucción de los hechos.

⁷⁷⁸ Corte IDH. Sentencia «Caso Noguera y otra Vs. Paraguay», de 9 de marzo de 2020, párrafo 82.

Aula de Derechos Humanos de la Universidad de Cuenca que asistieron a los detenidos⁷⁷⁹. De igual forma, en el caso de «Ivonne Cazar», también se realizaron acciones y omisiones procesales de forma incorrecta, dolosa y fraudulenta. En este suceso recordemos que el juez delegó la investigación a los sospechosos de la desaparición de la joven universitaria. Pero esta delegación no se entregó a cualquier sospechoso, sino precisamente a policías en servicio activo, que tenían total control sobre los elementos de prueba; con la investigación en sus manos destruyeron declaraciones de testigos, e intimidaron y torturaron al guardia de seguridad que observó a Ivonne por última vez para que cambie la versión de los hechos. Es decir, el juez y los investigadores violaron su deber reglado en el Código de Procedimiento Penal, art 49:

La indagación policial tiene el objeto de acopiar las pruebas que conduzcan al esclarecimiento de un delito, buscar y capturar a los culpables del mismo, reconocer el lugar donde haya sido cometido y recoger los materiales, documentos y, en general, todo cuanto pueda servir al descubrimiento de la infracción⁷⁸⁰.

Además, el art. 57 del Código de Procedimiento Penal establece que los investigadores están obligados a:

Observar estrictamente las formalidades legales y reglamentarias en cuantas diligencias les corresponda practicar y se abstendrán, bajo su responsabilidad, de usar medios de averiguación violatorios de los derechos humanos⁷⁸¹.

El juez de la causa omitió su deber de actuar con prontitud y rigurosidad. En este último caso se evidencia una demora de 6 meses en despachar actos investigativos, y llamadas intimidatorias a los testigos que conocían de los hechos. El juez era precisamente el responsable de conducir el proceso y evitar dilaciones innecesarias, es decir, su omisión colocó en flagrante riesgo la averiguación de la verdad de lo ocurrido y con ello se diluyó la responsabilidad de los perpetradores. En suma, las acciones y omisiones fraudulentas condujeron a que la investigación no tuviera la finalidad de ubicar a la víctima, ni encausar de forma debida o justa a los potenciales responsables. Hasta el cierre de este trabajo, a pesar de haber iniciado una nueva investigación, se desconoce el paradero de la víctima, quien desapareció en manos de agentes estatales el 28 de febrero de 1996.

⁷⁷⁹ Fiscalía de Comisión de la Verdad, «Caso Azuay».

⁷⁸⁰ Código de Procedimiento Penal del Ecuador, art 49. Este cuerpo legal fue reemplazado El 10 de febrero del 2014 por el COIP.

⁷⁸¹ *Ibíd.*, art., 57.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que en el caso ecuatoriano los procesos se llevaron sin prontitud, efectividad, exhaustividad, independencia, imparcialidad y transparencia según la normativa interna e internacional. Por el contrario, las investigaciones se dieron sin diligencia necesaria mediante acciones y omisiones de jueces, fiscales y auxiliares de justicia, ejecutadas de forma incorrecta, aparente y fraudulenta, encaminadas a consolidar investigaciones jurídicamente impunes.

2.6 Juicios sin riesgo a contraer responsabilidades penales del imputado ante la justicia

De los estándares normativos analizados, llegamos a la conclusión de que en el caso ecuatoriano se instauraron procesos sin riesgo a contraer responsabilidades penales de los perpetradores, dejando en el olvido los derechos de las víctimas y de la sociedad a conocer la verdad de lo sucedido. Las resoluciones con estados de cosa juzgada que reposan en la Fiscalía del Ecuador no se consiguieron de forma debida o justa, más bien, se nota una fraudulenta configuración de los elementos internos de identidad (sujeto activo, objeto y causa de persecución); esto sucede frente a un Poder Judicial que a todas luces tampoco goza de los resguardos de independencia e imparcialidad judicial, elementos que, según nuestra tesis, dan sentido y legitimidad a la garantía desde el punto de vista externo.

Recordemos que en los casos «Azúay» y «Arturo Jarrín» se ejecutaron crímenes de lesa humanidad en el periodo presidencial 1984-1988, sin embargo, dichas ofensivas no son aisladas, por el contrario, corresponden a un sistema de impunidad vigente en los posteriores gobiernos autoritarios, como pudimos apreciar en las violaciones a los derechos humanos perpetradas en los casos «Ivonne Cazar», «González y otros», la ejecución de «Damián Peña» y la tortura a los internos del centro carcelario de «Turi» en el año 2016.

Los casos analizados son una muestra de cientos de la especie que reposan con sentencias y autos definitivos en estado de cosa juzgada fraudulenta en la Fiscalía del Ecuador. Con la sustracción de las garantías de la jurisdicción (independencia e imparcialidad judicial), el riesgo a contraer responsabilidades se diluyó. Tanto los jueces y fiscales, pero también peritos y médicos en calidad de auxiliares de justicia, formaron parte del sistema de impunidad, es decir, se evidencia la participación de todo el poder judicial en su conjunto. A criterio del ERCPI, las acciones y omisiones analizadas son incompatibles «con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia»⁷⁸².

⁷⁸² ERCPI. art 20.3. b).

3. La Corte Nacional de Justicia del Ecuador en el caso «González y otros» frente a la cosa juzgada fraudulenta

El caso «González y otros» fue el primer caso en Ecuador donde la Corte Nacional de Justicia desplazó la garantía de la cosa juzgada y reemplazó por la categoría de la cosa juzgada fraudulenta. Así lo determinó al observar que la cosa juzgada no cumple con los requisitos exigidos por la doctrina, por tal razón, consideró como no juzgados los hechos del 19 de noviembre de 2003 al interior de la farmacia Fybeca. La Corte ecuatoriana sustenta su sentencia en el cumplimiento de los estándares internacionales asumidos por el Estado en materia de investigación y judicialización de crímenes de *ius cogens*. Un argumento de la sentencia dice que el proceso fue manejado por un tribunal parcializado, es decir, que se sustrajo la jurisdicción ordinaria a la policial, estándar que observamos en el apartado 2.1 de este capítulo. Además, la Corte dijo:

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 impunidad⁷⁸³.

Otra consideración relevante del tribunal ecuatoriano en su primera sentencia fue que cuando las investigaciones, procesos y juzgamientos no se hayan apegado al debido proceso, se deja abierta la posibilidad de juzgar causas que ya se juzgaron anteriormente, sin que esto signifique vulneración del *non bis in idem* y cosa juzgada; ya no existe cosa juzgada real sino aparente o fraudulenta⁷⁸⁴.

⁷⁸³ Corte Nacional de Justicia, Sentencia del Caso «González y otros» del 16 de diciembre del 2014, Proceso judicial N° 17721-1631-2013.

⁷⁸⁴ *Ibid.*

La base para la apertura, investigación y judicialización fue el informe de la Comisión de la Verdad y la acusación formal de Fiscalía; pero dentro del ordenamiento jurídico interno no existe una disposición normativa que permita desplazar la cosa juzgada, en tal virtud, encontró sustento normativo en las sentencias de la Corte IDH, que ha dicho:

Que las investigaciones pueden ser reabiertas, 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 *non bis in idem*⁷⁸⁵.

La sentencia del Tribunal ecuatoriano reconoce el derecho de las víctimas y el de la sociedad a conocer la verdad, que fueron analizados en el apartado 2.4.3 de este capítulo. Además, su decisión se apoya en el llamado control de convencionalidad para declarar «la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial [...] por las ejecuciones extrajudiciales a las víctimas»⁷⁸⁶. En ese orden de ideas, veamos cómo la figura del control de convencionalidad desplaza la cosa juzgada en los procesos llevados en la jurisdicción ecuatoriana.

3.1 Los jueces nacionales en ejercicio del control de convencionalidad en la sentencia

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador en su parte resolutive explica las bases normativas de la sentencia:

Control de convencionalidad judicial, derivada del Corpus Juris de la Convención Americana de Derechos Humanos y de las sentencias de su máximo intérprete, la Corte IDH, lo que además es consecuencia directa de los artículos 424 y 427 de la Constitución de la República del Ecuador, doctrina que ha sido receptada por los jueces nacionales, principalmente de Corte Nacional de Justicia en diversas decisiones. De modo que, tanto la Convención como la jurisprudencia derivada de la Corte IDH, forman parte del bloque de constitucionalidad, los hechos que han sido imputados y atribuidos a los procesados⁷⁸⁷.

En este sentido, la Corte ecuatoriana desplaza la cosa juzgada y la reemplaza por fraudulenta, categoría que no está regulada en la normativa ecuatoriana (como vimos en el Cap. III apdo. 2.1), pues el sistema de impugnaciones es insuficiente para anular una absolución de esta naturaleza. El sustento y justificación para omitir los juzgamientos de este tipo lo encontró

⁷⁸⁵ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, párrafo 154.

⁷⁸⁶ Corte Nacional de Justicia, Sentencia del Caso «González y otros».

⁷⁸⁷ *Ibíd.*

en el llamado control de convencionalidad de mandatos internacionales. De esta forma, el tribunal ecuatoriano detectó que las sentencias de la Corte IDH alertaban de un patrón de impunidad, esto es, la configuración de la cosa juzgada fraudulenta 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 justicia⁷⁸⁸.

El llamado control de convencionalidad es una posibilidad y herramienta real de los operadores de justicia del Ecuador en el ámbito de sus competencias, no obstante, al acercarnos a su naturaleza encontramos barreras en torno a su obligatoriedad, alcance, y ambigua aplicación de los tribunales internos. Esto sucede si pretendemos resolver los casos en concreto donde exista la cosa juzgada fraudulenta con sentencias internacionales, sin una edificación normativa interna que entregue taxatividad y seguridad a los intervinientes.

Si buscamos la definición del control de convencionalidad a la luz de la CADH, no lo encontramos de forma expresa; su significado se ha forjado por la actividad contenciosa de la Corte IDH con fundamento en los artículos 1, 2 y 29 de dicho cuerpo interamericano. Para un sector, dicha institución regulada a través de sentencias provoca avances, retrocesos y genera dudas y un entendimiento inacabado de su objetivo⁷⁸⁹. En cambio, para un sector mayoritario, ha sido uniforme y sin mayores variantes, que se ha manifestado firme con ciertos matices, con un sólido desarrollo al haber reiterado siempre la Corte su criterio⁷⁹⁰.

El control de convencionalidad se ha construido de forma progresiva desde el 2003 con la sentencia del voto razonado del juez García Ramírez en el caso *Myrna Chang Vs. Guatemala*,

⁷⁸⁸ *Ibid.* La Corte Nacional de Justicia, encontró en las sentencias de la Corte IDH, un patrón generalizado de impunidad que alertaba la colocación de dichos elementos con contenido fraudulento, en los casos *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, *La Cantuta vs Perú*, y *Almonacid Arellano y otros vs Chile*.

⁷⁸⁹ Karlos A. Castilla Juárez, «¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 13 (2013): 51-97, ISSN 1870-4654.

⁷⁹⁰ Miriam Lorena Henríquez y José Ignacio Núñez, «El control de convencionalidad: ¿Hacia un no positivismo interamericano?», *Revista Boliviana de Derecho* 21 (2016): 326-339, ISSN 2070-8157. Entre varios autores, los siguientes promueven el logro de dicha institución jurídica de origen interamericano: Humberto Nogueira Alcalá, «Los desafíos del control de convencionalidad del “corpus iuris” interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales», *Boletín mexicano de derecho comparado* 45, n.º 135 (2012): 1167-1220, ISSN 2448-4873. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano», *Estudios Constitucionales* 9 (2011): 531-622. ISSN 0718-0195. Sergio García Ramírez, «El control judicial interno de convencionalidad», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México* 28 (2011): 123-159, ISSN: 1870-2147.

y en el 2011 caso *Gelman Vs. Uruguay*⁷⁹¹. Hay que distinguir entre dos tipos de control: el concentrado y el difuso. El primero es el que realiza la propia Corte IDH cuando observa las obligaciones objetivas de los Estados adscritos a la CADH. Y el segundo lo llevan a cabo las autoridades nacionales, en particular los órganos judiciales⁷⁹². Sobre el control difuso hay un avance que lo realizan los jueces como parte del Estado, es decir, el poder judicial. Luego se extendió a todos los órganos de administración de justicia y finalmente amplió al sujeto destinatario, exponiéndolo a toda autoridad pública⁷⁹³. En este aspecto, al extender de manera gradual el control difuso de convencionalidad al poder judicial en su conjunto y a las autoridades públicas de todo nivel, genera una especie de duda o cuestionamiento, por ejemplo, en el caso ecuatoriano, la Corte Constitucional ejerce el control concentrado según la Constitución art. 429⁷⁹⁴.

Ahora bien, según los pronunciamientos de la Corte IDH diremos que el control de convencionalidad es una «institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH»⁷⁹⁵. Pero, a nuestro criterio, la Corte IDH se ha extendido en gran medida al interpretar su jurisprudencia como obligatoria y vinculante para todos los casos, cuando la CADH en el art. 68.1 dice que: «los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes».

Entonces ¿cómo puede la Corte IDH obligar a los jueces internos a obedecer mandatos en casos donde los Estados no son parte? Parece ser que su fundamento gira en torno a los principios *pro homine* y el propio de convencionalidad⁷⁹⁶. Desde otro ángulo, también es cierto que, si la Corte se hubiera limitado a la satisfacción de casos resueltos, su incidencia habría sido mínima. Pero lo relevante es que ha convertido a los jueces nacionales en jueces del

⁷⁹¹ Para un estudio completo de la evolución del control de convencionalidad véase a Enrique Gil Botero, *Control de Convencionalidad en Colombia. Una experiencia del dialogo judicial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019).

⁷⁹² Raúl Canosa Usera, *Control de Convencionalidad* (Pamplona: Aranzadi, 2015), 27.

⁷⁹³ Henríquez y José Ignacio Núñez, «El control de convencionalidad», 332.

⁷⁹⁴ La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia [...]

⁷⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supervisión de cumplimiento de Sentencia “Caso Helman Vs. Uruguay”, de 20 de marzo de 2013, párrafos 65 y 68.

⁷⁹⁶ Hesbert Benavente Chorres, *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: concepto y modalidades* (Barcelona: Bosch, 2012), 328-329. El autor recoge el principio *pro homine* como la interpretación jurídica que siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos, y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites de su ejercicio. En cambio, el principio de convencionalidad compromete a los jueces y tribunales nacionales a que estén sujetos a aplicar las disposiciones de los instrumentos internacionales y la jurisprudencia del órgano de justicia supranacional respectivo.

sistema interamericano⁷⁹⁷. Precisamente para resolver el caso «González y otros», se necesitó adoptar la jurisprudencia internacional para desentrañar la flagrante injusticia contra las víctimas, pues los jueces encontraron sustento en la Constitución del Ecuador en los artículos 424⁷⁹⁸ y 427⁷⁹⁹ que abre la posibilidad a los jueces internos de todas las materias y grados de adoptar a sus casos lo dicho por la Corte IDH.

En este sentido, la Corte ecuatoriana a falta de producción normativa para declarar la nulidad de la sentencia absolutoria del caso «González y otros» creó una regla como medida de reparación de las víctimas en cumplimiento de las obligaciones internacionales de investigar y sancionar a los responsables. Los jueces ecuatorianos se apoyaron en la sentencia interamericana del “Caso La Cantuta vs Perú”:

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 y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos [...]⁸⁰⁰.

Esta sentencia de la Corte Nacional de Justicia es transversal porque es la primera en el ámbito ecuatoriano que ataca las absoluciones fraudulentas de las investigaciones y procesos en estados de *non bis in idem*. Por tanto, es relevante realizar dos puntualizaciones que veremos a continuación.

a. Un precedente importante pero no suficiente

Por un lado, consideramos que la sentencia marca un precedente importante para luchar contra la impunidad, en armonía con el artículo 11 numeral 8 de la Constitución del Ecuador que establece: «el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de

⁷⁹⁷ Canosa Usera, *Control de Convencionalidad*, 28.

⁷⁹⁸ Constitución del Ecuador, art. 424: «La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público».

⁷⁹⁹ Constitución del Ecuador, art. 427: «Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional».

⁸⁰⁰ Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú, párrafo 226.

las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas». Bajo el control de Convencionalidad, aplicado por el tribunal ecuatoriano, los jueces tienen iniciativa legislativa al encontrarse con anomalías en el ordenamiento jurídico. Pero, como ya hemos precisado, dicha tarea corresponde al legislativo por la separación rígida de funciones. Además, las sentencias internacionales promueven medidas legislativas que hicieran imposible la resolución de nuevos casos. Según la CADH, en su artículo 2 establece: «[...] los Estados parte se comprometen a 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».

Como sustentamos en este trabajo, el Estado ecuatoriano todavía no adopta las medidas legislativas que permitan revisar las absoluciones fraudulentas cuando estas son definitivas. En este sentido, a la Corte Nacional en el caso objeto de análisis, no le quedó otro remedio que adoptar las sentencias internacionales como propias, aunque el Estado ecuatoriano no fuera parte en los casos contenciosos. No obstante, debemos tener cuidado al acoger como propios y bajo una sola interpretación lo dicho por la Corte IDH, ya que el juez en el ámbito interno está sujeto a la Constitución y a la ley. Incluso, desde otro ángulo, a criterio de Karlos Castilla las sentencias de la Corte IDH invaden la independencia judicial cuando el Estado no es parte del caso, pues la exigencia a jueces y tribunales nacionales de seguir sus interpretaciones es con toda razón una intromisión en la independencia judicial de los órganos nacionales. En este sentido, Castilla considera: «ni siquiera el TEDH da mandatos directos al juez nacional, ya que, con su doctrina del margen de apreciación, otorga deferencia al criterio de los Estados (incluido obviamente a los jueces) en la protección de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos»⁸⁰¹.

b. Un método con resultados ambiguos

La otra observación, es que no todo resulta ser positivo con el llamado control de convencionalidad, puesto que, en cierta medida, tiene fundamentos de la corriente principialista o argumentativa, que se basa en una justicia por principios. Los académicos Miriam Henríquez y José Núñez, comentan: «si se analiza la bibliografía del control de convencionalidad es sencillo concluir que sus artífices circulan la obra del que Zagrebelsky llamó el *Derecho Dúctil*

⁸⁰¹ Karlos A. Castilla Juárez, «La Independencia Judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano», *Estudios Constitucionales* 14, N.º 2 (2016): 53-100, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200003>

y sus argonautas no son otros que los recursos propios de la concepción principialista del Derecho y su orientación no positivas»⁸⁰².

Como observamos en el Cap. III, apdo. 5, 5.4 y 5.5, el juez en ejercicio de esta corriente posee una amplia discrecionalidad judicial con resultados ambiguos, además de la invasión del poder legislativo. Por lo cual, esta corriente no comulga con la asumida en nuestro trabajo, esto es, un juez atado al principio de legalidad constitucional cuya función cognoscitiva se apegue a la ley como fundamento de la separación de poderes.

Entonces, al igual que la justicia por principios, el control de convencionalidad parece también tener resultados ambiguos. Esta herramienta internacional no sólo opera para que los tribunales internos utilicen la jurisprudencia de la Corte IDH, sino que también es aplicable para las opiniones Consultivas que cubre todo el espectro interamericano⁸⁰³. En este sentido, así como existen jueces que asumieron el papel del control de convencionalidad como en el caso «González y otros», otro sector señala que dichos mandatos invaden la independencia e imparcialidad judicial. Así lo resolvió la Corte Provincial de Justicia de la provincia del Azuay, a propósito de la Opinión Consultiva No. 24/17, resuelta por la Corte IDH sobre identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. La Corte ecuatoriana dijo:

Las Decisiones de la Corte IDH son de relevancia, su pronunciamiento permite advertir a los Estados del riesgo en que se encuentran de no asumir y declarar su responsabilidad sobre determinados temas, en este caso del tema importante relacionado a los Derechos Humanos, que por su naturaleza no deben referirse a un caso en particular, sino a situaciones generales que incumben a la mayoría de Estados Miembros de la OEA. Por lo que no es vinculante ni de obligatorio cumplimiento para el Estado ecuatoriano⁸⁰⁴.

También, en el caso de «Ivonne Cazar», el juez de la causa no asume que la jurisprudencia de la Corte IDH sea de obligatorio cumplimiento, al contrario, declara al proceso bajo el resguardo del *non bis in idem*, esto frente a un pedido de reapertura de la investigación. Esta decisión resulta peligrosa para los derechos de las víctimas y también para la seguridad jurídica del ordenamiento.

⁸⁰² Henríquez y José Ignacio Núñez, «El control de convencionalidad», 329.

⁸⁰³ CADH, art. 64. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

⁸⁰⁴ Sala de lo laboral de la Corte Provincial del Azuay, sentencia del 10 de septiembre del 2018, 20. Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia N° 11-18-CN/19, estableció que no existe contradicción entre la Opinión Consultiva, la constitución y la normativa interna, al contrario, complementan el ordenamiento jurídico interno.

Por ello, no desconocemos la obligación de las jurisdicciones internas de asumir los mandatos internacionales como propios, pero, si observamos la negativa de las jurisdicciones internas, se basa en la vigencia del principio de legalidad penal y la seguridad del ordenamiento. Por lo cual, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de legislar la causal que permita revisar las absoluciones fraudulentas, pues existe ambigüedad en la aplicación del Control de Convencionalidad, el cual todavía debe definir sus bases, alcance y obligatoriedad, por tanto, podríamos decir que está en construcción.

Si recordamos lo visto en el Cap. III, apdo. 3.2, la Corte IDH ha solicitado a los Estados eliminar las barreras que permitan a las víctimas acceder a la justicia, sin que dicha tarea asuma de forma exclusiva el Poder Judicial, sino también todas las funciones del Estado. Y, en este caso, a nuestro criterio, primero debe intervenir el poder legislativo mediante la producción normativa.

4. La obligación internacional de incorporar la Cosa Juzgada Fraudulenta a la legislación ecuatoriana

Como hemos reiterado en este capítulo, nuestra propuesta es extender la causa de revisión de sentencias y autos con contenido fraudulento teniendo como base los estándares normativos que lo identifican, esto es, el contenido interno (identidad del sujeto activo, objeto y causa de persecución) y el contenido externo (independencia e imparcialidad judicial).

Estos estándares normativos fueron aplicados y demostrada su procedencia en los casos «Azuay», «Arturo Jarrín», «Ivonne Cazar», «González y otros», la tortura del centro carcelario de «Turi» y la muerte de «Damián Peña»; tuvimos la oportunidad de verificar que a pesar de la existencia de mecanismos de impugnación ordinarios que regula el COIP y la constitución -como la acción extraordinaria de protección-, a nuestro criterio, no alcanzan para resolver las absoluciones fraudulentas, según lo observado en el Cap. III, apdo. 2.1 y 3, respectivamente.

El avance de la Corte Nacional de Justicia en el caso «González y otros» es importante porque declara la cosa juzgada fraudulenta teniendo como base al control de convencionalidad; pero esto no soluciona el problema de fondo. En otras palabras, el vacío normativo sigue presente y aquello impide resolver cientos de casos de la especie, pues, de forma contradictoria a lo resuelto por la Corte IDH y por la Corte ecuatoriana, en el caso «Ivonne Cazar» al solicitar al juez de la causa autorizar técnicas especiales de investigación en contra de los sospechosos,

la respuesta por parte del órgano judicial fue la existencia de un sobreseimiento definitivo con efectos de cosa juzgada que prohíbe el *non bis in idem*⁸⁰⁵.

Es por esto que el control de convencionalidad tiene resultados contradictorios en el sistema judicial ecuatoriano. Por una parte, existen jueces que aplican los principios internacionales como normas internas, y, por otra parte, hay jueces como en el caso de «Ivonne Cazar» que implícitamente desconocen su obligatoriedad. Es decir, como ya vimos en el Cap. III apdo. 3.2.2, nos enfrentamos al dilema del dualismo jurídico en dos sentidos: un sector que considera que el derecho internacional es norma superior para el derecho nacional, y, al contrario, que el derecho nacional es superior al derecho internacional⁸⁰⁶.

Las sentencias de la Corte IDH que declaran la cosa juzgada fraudulenta, fueron incorporadas por la Corte Nacional de Justicia en la sentencia del caso «González y otros». No obstante, a nuestro criterio, en la actualidad tendría mayor eficacia mediante tipificación interna. Aunque no existe un mecanismo jurídico que obligue al Estado a legislar, pues uno de los problemas transversales de las jurisdicciones internacionales es la capacidad coercitiva de sus mandatos⁸⁰⁷.

En este sentido, la Constitución del Ecuador en el art. 93 regula la acción constitucional por incumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales⁸⁰⁸, sin embargo, la Corte Constitucional, organismo encargado de resolver dichas acciones, en sus sentencias no ha dejado claro si se extiende a una especie de control de convencionalidad por omisión⁸⁰⁹. La perspectiva más cercana es adoptar la obligatoriedad de las decisiones internacionales e incorporando legislativamente el recurso de revisión a sentencias o resoluciones fraudulentas, a modo de un derecho equilibrado, que busque restablecer los derechos olvidados de las víctimas sin nublar los del acusado.

Es necesario no perder de vista la doble función garantista del derecho penal, que, por una parte, protege los derechos de la víctima cuando han sido lesionados y, por otra parte, limita excepcionalmente los del acusado⁸¹⁰; puesto que, en el marco del proceso penal, están

⁸⁰⁵ Véase el relato del caso «Ivonne Cazar» en el apartado 1.3.3 de este capítulo.

⁸⁰⁶ García Pascual, *Norma Mundi: la lucha por el derecho internacional*, 80.

⁸⁰⁷ Véase el Cap. III. apdo. 3.2.

⁸⁰⁸ Constitución del Ecuador, Art. 93: «La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional».

⁸⁰⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 004-13-SAN-CC, de 13 de junio de 2013, Caso No. 0015-10-AN. Rafael Oyarte, *Debido Proceso*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 62.

⁸¹⁰ Véase el Cap. II. apdo. 1. 1.2.

en riesgo los derechos de la vida y de la libertad del acusado que son protegidos por el constitucionalismo de nuestros días.

Tampoco debemos descartar las cuestiones violentadas en el caso ecuatoriano, como el derecho a la vida, el acceso a la justicia y a la verdad en su doble dimensión; dicho de otra manera, el derecho de las víctimas y de la sociedad a conocer lo ocurrido. Sin embargo, con el control de convencionalidad todavía en construcción o con el método ponderativo, indistintamente no brindan seguridad a víctimas y acusados.

Recién vimos como en el caso «González y otros» los jueces resolvieron a favor de la cosa juzgada fraudulenta, y, al contrario, en el caso «Ivonne Cazar» ni siquiera se autorizó técnicas especiales de investigación por la garantía *non bis in idem*, a favor del proceso y de los absueltos. Es necesario recalcar que existe un inminente riesgo para las aspiraciones de justicia de las víctimas, sin descartar la seguridad que también debe brindar el ordenamiento a los acusados, teniendo en cuenta que las penas por los crímenes internacionales son extremadamente graves.

En conclusión, nuestra propuesta busca un equilibrio entre los derechos del justiciable y los de la víctima, con estricta observancia al principio de legalidad como pilar fundamental de la independencia de funciones. Por todo esto, promovemos que las funciones legislativa y judicial estén sujetas a los vínculos y límites constitucionales en base a los estándares analíticos de la cosa juzgada fraudulenta, vistos en este capítulo. En esta línea, planteamos producir la norma desde el legislativo que permita revisar las absoluciones fraudulentas; esta propuesta, en estricto rigor, se acopla a la labor cognoscitiva del juez como garante de derechos de las partes involucradas en el proceso penal.

Para finalizar, hemos visto que Ecuador tiene la obligación internacional de investigar y juzgar a los responsables de violaciones a derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. En tal virtud, en el ámbito interno restringió la competencia a los tribunales castrenses en crímenes internacionales; prohibió la prescripción de delitos y de penas, el otorgamiento de amnistía, asilo y refugio, y la justificación de la obediencia debida⁸¹¹. A todas estas restricciones edificadas por la comunidad internacional, sumamos la prohibición de cerrar investigaciones o procesos con estados de cosa juzgada fraudulenta en crímenes de *ius cogens*. Sin olvidar la procedencia de dichos crímenes, pues forman parte de los llamados crímenes del poder, estudiados en el Cap. I, apdo. 3, a los que resultaría también extensible la categoría de la cosa juzgada fraudulenta cuando se trate de escenarios de impunidad del poder.

⁸¹¹ Véase el apartado 2.4.2. d), de este capítulo.

Conclusiones

Este apartado se centra en presentar las conclusiones a las que se arriban en esta tesis, por esto, primero haremos un breve resumen general de la investigación, para luego, recoger diez conclusiones de todo el trabajo.

Se concibe a los crímenes del poder en Ecuador como cuestiones entrelazadas, unidas y no separadas; por sus efectos lesivos, su investigación debe ser integral. Para ello, la categoría analítica de la cosa juzgada fraudulenta se presenta como una herramienta coadyuvante de lucha contra la impunidad del poder. Estos crímenes están presentes en el normal desenvolvimiento de la sociedad. Por tal razón, en este trabajo intentamos dar a conocer su naturaleza, estructura, alcance y efectos dañinos para la democracia y los principales derechos fundamentales. La idea floreciente de la ilustración de la visibilidad del poder, y materializada en los textos constitucionales de posguerra, con la sujeción de vínculos y límites de los poderes públicos y privados, tropieza con la capacidad que tiene el poder de *hacer*. Desde la opacidad, los poderes irreductibles a la democracia de naturaleza política, económica y mediática, regresan a su estado de naturaleza, es decir, se convierten en «poderes salvajes», sin límites, ni reglas, así como lo concluyó Luigi Ferrajoli.

En este estado, colocan a la delincuencia menor como el problema de la seguridad ciudadana, ocasionando una máxima penalización y un gran encarcelamiento. Un efecto colateral y, no menos importante, es que se genera un garantismo de clase sobre los diferentes crímenes del poder, que no son cuestiones separadas, sino que forman parte de un hilo conductor único, entrelazado, pocas veces visible, responsable y bajo escrutinio público.

Una muestra de la capacidad dañosa del poder en su conjunto lo vimos en los crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos sucedidos en Ecuador. Ahí demostramos la colusión oscura de los poderes políticos, económicos y mediáticos en la persecución del *enemigo interno*; cuestión ideada desde el retorno a la democracia en 1979, ejecutada con mayor impacto lesivo en el régimen presidencial de 1984-1988 y que permanece en la frágil democracia ecuatoriana, demostrado en este trabajo hasta el 2016. Dicha patología forma parte de la continua selección estructural del enemigo; si bien antes se perseguía a disidentes, guerrilleros y opositores al régimen, ahora la consigna se centra en eliminar a “peligrosos delincuentes”, que en realidad forman parte de la *delincuencia de subsistencia*.

También, debemos notar que las formas han cambiado; aunque la práctica de la tortura, desaparición y muerte se realizaba al interior de centros acondicionados para el efecto o fuera de ellos, ahora se utiliza el derecho penal de manera ofensiva en contra de los más débiles,

como por ejemplo el uso exagerado de la prisión preventiva, sin reunir los requisitos mínimos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Además, las penas para los delitos menores no guardan proporción con la infracción. Es decir, se nota una persecución irracional de la delincuencia menor o de subsistencia, que es ocasionada por una inflación de las conductas penales, dando como resultado un aumento de la población penitenciaria a su doble de capacidad. Según cifras del Ministerio del Interior la capacidad de los centros penitenciarios es de 28.500, y hasta el año 2019 existen cerca de 40.000 personas reclusas. Tampoco debemos descartar que las viejas prácticas de la tortura y muerte hayan cesado, es más, siguen vigentes, como la ocasionada a cerca de 300 internos del centro carcelario de Turi en la ciudad de Cuenca el 31 de mayo del 2016.

Este contexto de selectiva persecución a la delincuencia menor genera impunidad en los crímenes del poder, como por ejemplo: los delitos de narcotráfico y terrorismo que se originan en la frontera colombo-ecuatoriana y que se extiende a lo largo del territorio; los del poder económico con el *feriado bancario* que sacudió a la sociedad ecuatoriana en 1999; los de los poderes públicos como los de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos sucedido entre 1984-1988 y los siguientes gobiernos autoritarios; y, los crímenes de naturaleza política que afectan a la administración pública y que vincula al sector público y privado en gigantescas tramas de corrupción. Estos crímenes en su conjunto poseen una selectiva impunidad gracias a que el poder judicial ecuatoriano no rinde las garantías de independencia e imparcialidad judicial para entablar procesos de forma debida y justa.

En tal virtud, impulsamos una herramienta para detectar y deshacer los tejidos de impunidad que los envuelve. Con la experiencia de aplicación en los crímenes de *ius cogens* demostrados en Ecuador, es posible hacer extensiva la categoría de la cosa juzgada fraudulenta a los crímenes del poder. Si bien dicha categoría nació y floreció en los crímenes internacionales, aquello no significa que su aplicación sea exclusiva a dichos ilícitos. Si observamos al poder en un contexto unitario y entrelazado, nos percataremos que los distintos ilícitos tienen una capacidad dañosa y que aguarda una ideada repetición que afectan a los derechos de las víctimas y de la sociedad. Entonces, bajo una visión integral del crimen, promovemos incluir al proceso de revisión del Ecuador la causal que permita rescindir sentencias absolutorias fraudulentas. La resolución fraudulenta puede detectarse cuando su colocación se haya realizado mediante acciones u omisiones dolosas de jueces y fiscales en sus elementos internos de identidad del sujeto activo, objeto y causa de persecución, y también en sus elementos externos de independencia e imparcialidad judicial.

Con este breve resumen del objetivo central de la tesis, pasamos a observar las conclusiones de los principales ejes temáticos abordados en este trabajo de investigación.

I. La persistencia del poder oculto en la democracia constitucional

El aporte del pensamiento ilustrado de visibilizar al poder oculto y transferirlo a manos del gobernante con rigurosos vínculos y límites constitucionales, fracasa por la capacidad que tiene el poder de *hacer*. Es decir, si tomamos como cierto el postulado de Steven Lukes, el poder tiene tres dimensiones: actuar en público, la facultad de omisión y el poder subyacente de *hacer*. Precisamente, el poder es efectivo desde la obscuridad, y este espacio hasta la actualidad es irreductible a la democratización de los poderes políticos, económicos y mediáticos; que, en su conjunto, pese a los controles y previsiones legales impuestos en Ecuador, genera una crisis en la democracia constitucional.

La idea de la democracia en el país latinoamericano debemos observarla bajo el prisma de la apariencia, es decir, que su fragilidad institucional y tolerada impunidad no son garantía de una democracia sólida, pues no hay una separación rígida de poderes, por tanto, el principio de legalidad se cumple en menor medida en las instituciones de garantía. Una causa de lo descrito se debe al retorno de la democracia en 1979, donde se acogió el régimen presidencialista, marcado por profundas inestabilidades políticas, económicas y sociales. Este fenómeno denominado como hiperpresidencialismo ha estado vigente hasta la última constitución del año 2008.

En este estado de desregulación o poco control institucional, tanto a nivel nacional como internacional, se genera una crisis en la democracia.

II. Los crímenes del poder

En este trabajo logramos identificar cuatro espacios de incumplimiento en la esfera constitucional que dan lugar a los crímenes del poder, aprovechados gracias a las nuevas relaciones políticas, económicas y sociales, que, en gran medida, encuentran su puerto de llegada en la desregulación de la economía internacional:

1) El jefe de Estado como encarnación de la voluntad general

Tiene su origen desde el retorno a la democracia; aunque es verdad que esta idea es propia de los regímenes totalitarios del nazismo y fascismo. En Ecuador, y guardando las

distancias con dichos regímenes, el gobierno de Febres Cordero de 1984-1988 cometió crímenes de lesa humanidad, registrándose 65 casos entre los que se encuentran 32 ejecuciones extrajudiciales, 12 atentados contra la vida, 9 desapariciones forzadas, 214 víctimas de tortura y 72 hechos de violencia sexual.

Continuando con la línea de tiempo, en los siguientes gobiernos autoritarios que datan desde 1988 hasta 2008, se desprenden 53 casos de violaciones a los derechos humanos que carecen de los elementos de sistematicidad y generalidad. Incluso, logramos incluir en este trabajo el caso «Turi», donde cerca de 300 internos fueron torturados en el 2016. Si bien en el 2008 se derogó la Ley de Seguridad Nacional que entregaba facultades a las fuerzas de seguridad para detener, torturar y hasta tomar medidas de hecho, las prácticas abusivas permearon a las siguientes fuerzas de seguridad, por tanto, permanecen en la débil democracia ecuatoriana.

2) El conflicto de intereses entre el poder político y el poder económico

Los crímenes del poder público no se han cometido en soledad. Para ello, se ha requerido de los poderes mediáticos y económicos en las ofensivas relatadas en el caso ecuatoriano. El poder económico en los crímenes de *ius cogens* actúa de forma directa, con el suministro de modernas armas, vehículos, y aparatos de comunicación, que coadyuvaban en la época de Febres Cordero para eliminar al *enemigo interno*. Pero no significa que solo hayan actuado en este terreno, ya que por su naturaleza cometen crímenes propios como los del llamado *feriado bancario* en 1999, donde cerca de 18 bancos cerraron, situación que obligó a migrar a medio millón de personas. Un evento similar ocurrió en España con la llamada burbuja inmobiliaria en 2008, donde se cometieron delitos financieros y estafas en manos del poder económico. En las dos esferas el Estado fue responsable por no haber regulado los servicios bancarios y haber facilitado las estafas a los ahorradores, provocando cerca de 350.000 desahucios y miles de suicidios. La crisis fue asumida por el Estado, sin investigaciones judiciales ni reparación a miles de personas.

Por este tipo de conductas repetitivas es necesaria la regulación nacional, pero también internacional. En este último espacio, se ha promovido desde el derecho penal internacional calificar las actuaciones del poder económico como nuevas formas de terrorismo financiero y crímenes económicos contra la humanidad, que deberían sancionarse como el ERCPI sanciona los crímenes de guerra o de lesa humanidad. Mientras tanto, en la esfera interna se impulsa perseguir a dichos crímenes con las clásicas figuras que recoge el COIP como la estafa, cohecho, espionaje y tráfico de influencias.

Además, el poder económico comparte ganancias que mueve el crimen organizado con sus dos grandes manifestaciones: el narcotráfico y el terrorismo. Según la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en el año 2009 se estimó que las corrientes financieras ilícitas provenientes del tráfico de drogas y otros delitos organizados transnacionales, generaba 870 miles de millones por año, lo que equivale al 1.5% del PIB mundial. El crimen organizado se ha posicionado como uno de los actores relevantes en el hemisferio; reconfigura las fronteras territoriales; ocupa un papel importante en la economía nacional e internacional; y penetra en las estructuras sociales, políticas y jurídicas. En este sentido, Ecuador se ha convertido en actor silencioso local con gran alcance internacional, en lo que se refiere al transporte de droga hacia los principales países consumidores del mundo. Con la fragilidad institucional, el país latinoamericano no rinde las garantías de independencia e imparcialidad para controlar y procesar a sus responsables.

El panorama relatado también requiere una intervención oportuna de mecanismos propios del Derecho Internacional de los tratados; por ejemplo, la Convención de Palermo sobre el crimen organizado no ha sido suficiente para enfrentar este fenómeno, además, se debería tener en cuenta el ejemplo de la Corte Africana de Derechos Humanos que, por medio del protocolo de Malabo del 2014, entregó competencia para conocer los crímenes *ius cogens* y transnacionales.

En consecuencia, las manifestaciones de violencia del narcotráfico, del terrorismo y de la participación oculta del poder económico pueden tener respuesta desde el derecho internacional si se califican a dichas conductas como un crimen contra la humanidad. Sin embargo, esta propuesta camina a paso lento en la esfera internacional, y, mientras tanto, a nivel interno dichos crímenes infectan a los poderes públicos encargados de su control como policías, jueces, fiscales, que en ese estado no rinden las garantías suficientes para investigar y juzgar, tal como lo relatamos en el conflicto de la frontera colombo-ecuatoriana. Por ello, apoyamos el uso de la herramienta procesal de la cosa juzgada fraudulenta para deshilar los referidos escenarios de impunidad.

3) La pérdida del rol de los partidos políticos en las instituciones de garantía

En definitiva, los crímenes anteriores no son los únicos donde hay colusión subterránea del poder. Ciertamente, los ilícitos de corrupción como la concusión, cohecho, tráfico de influencias o enriquecimiento ilícito, son manifestaciones propias de los crímenes del poder, en este caso, de la administración pública. En Ecuador la permanencia y persistencia de dichos ilícitos se deben a dos causas principales que hemos identificado en este trabajo:

La primera es que hay una pérdida del rol de los partidos políticos en las instituciones de garantía. Este fenómeno de las actuales democracias constitucionales conecta con la idea de considerar al jefe de Estado como encarnación de la voluntad de general. Pues, una vez que el partido de gobierno se instaura en el poder, las instituciones del Estado son distribuidas entre ellos por cuotas, dando espacio a la corrupción de la administración pública. En Ecuador la corrupción en los espacios públicos, desde el retorno a la democracia en 1979, ha sido un fenómeno normalizado.

La segunda causa es cuando el poder privado-económico desregulado participa también de la apropiación de la cosa pública. Por ejemplo, en el país latinoamericano se descifro una trama de impunidad entre los poderes públicos, el partido de gobierno de ese entonces y el poder económico con el llamado “caso sobornos 2012-2016”, conocido como *Caso Odebrecht*. En este caso se vinculó al primer mandatario, a su partido político y a las empresas que contrataban con el Estado, en el cobro de dineros ilícitos para financiar campañas políticas. Pero la patología descrita no termina. Recién se descubrió que, en el año 2018, el siguiente gobierno presidencial usó dineros públicos en la consulta popular que pretendía cambiar la institucionalidad del país. Lo relatado no pertenece solo a la esfera ecuatoriana, si miramos a Italia en su momento enfrentó el caso *Mani Pulite* y España con el caso *Gürtel*, casos con similares características a las descritas.

4) El poder de los medios de comunicación y la manipulación de la realidad

Un espacio desregulado y transversal para comprender a la gran criminalidad del poder y su impunidad es el poder mediático. Lo cierto es que, en Ecuador la participación de este poder no ha sido nada limpio. En los crímenes de *ius cogens* sucedidos en el régimen de Febres Cordero en 1984-1988, el poder mediático se alineó con el poder político y económico de aquella época, difundieron el miedo sobre el *enemigo interno* y alentaron su eliminación. Los medios que no se alinearon al plan sistemático fueron clausurados. Esta solo es una muestra de la capacidad del poder mediático, si en la época descrita el enemigo seleccionado eran los disidentes, opositores y guerrilleros, ahora la selección estructural del enemigo se centra en “peligrosos delincuentes” que en realidad son parte de la delincuencia menor, compuesto por migrantes, toxicómanos y personas con escasa asistencia social.

En este sentido, el poder mediático en la actualidad juega un papel trascendental al difundir el miedo, estigmatizar y alentar a la persecución penal a dicha criminalidad; este clamor es acogido por las principales autoridades de justicia del Ecuador con el eslogan de que “ningún delito quede en la impunidad”. Sin embargo, esta falacia securitista genera una

inflación de las conductas prohibidas que tendrían respuesta en áreas no penales, lo que ha generado un aumento significativo de la población carcelaria.

Cuando se quiere separar la estrecha alianza del poder económico y del poder mediático responsable, en mayor medida, de la patología descrita, se suele emplear el argumento de la libertad de expresión y comunicación. Hay que reconocer que la constitución del Ecuador en el artículo 312 prohíbe la vinculación de los dos poderes, sin embargo, dicha disposición es incumplida por los constantes cambios de propietarios, testaferros y fraudes de ley. Además, la vinculación todavía no disuelta de los poderes irreductibles a la democratización pone en hibernación al elemental derecho ciudadano a la expresión e información, colocadas en manos del reino mercantilista.

III. Selección estructural del enemigo

En este estado de libertad sin reglas y, por tanto, desde su estado de naturaleza, el poder político se alinea con el poder económico y mediático para seleccionar estructuralmente al enemigo, compuesto por la *delincuencia de subsistencia*. En primera instancia, los enemigos eran los opositores al régimen; estudiantes; organizaciones sociales, campesinas y de trabajadores; es decir, quienes pretendían romper el status quo establecido. En mayor medida esto sucedió en el régimen de Febres Cordero, donde se evidencia una ofensiva propia de un delito de lesa humanidad; el Estado con su institucionalidad y los poderes privados persiguieron, torturaron, encarcelaron y eliminaron al supuesto enemigo interno.

Esta ofensiva encontró sustento en la Ley de Seguridad Nacional derogada en el año 2008, que facultaba a las fuerzas de seguridad a ejecutar los actos violatorios descritos. Un total de 65 casos fueron documentados y entregados a la Fiscalía del Ecuador para su investigación y judicialización. Estas prácticas continuaron en los gobiernos autoritarios posteriores a 1988, debido al régimen presidencial que acoge Ecuador, a la permanencia de las practicas violatorias de las fuerzas de seguridad y, a la irreductibilidad del poder económico y mediático. En su conjunto, abogan por eliminar al *enemigo interno*, que ahora ya no lo conforman los opositores, disidentes o guerrilleros, sino la delincuencia menor, quienes “tienen que morir porque son personas no deseadas y justifica su muerte”, este es el mensaje difundido según el sociólogo Carlos Cueto, quien recoge 68 informes policiales de 1980 hasta el 2010, donde evidencia un patrón generalizado de persecución.

Pero al enemigo no se elimina solo con “enfrentamientos” entre policías y delincuentes, como lo vimos en los casos de Arturo Jarrín, Ricardo Merino y los asesinatos al interior de la

farmacia Fybeca. Las personas enemigas en prisión no pierden de dicha calidad, por ello, se recurre y se consciente las viejas prácticas de la tortura, como ocurrió en el centro carcelario de Turi en mayo de 2016 en la ciudad de Cuenca.

Por consiguiente, existe un constante acoso hacia la delincuencia menor por parte del poder; esto se debe a la ausencia de medidas sociales de educación, trabajo y salud, que disminuirían considerablemente a este sector social. No obstante, la razón principal es que el poder necesita un enemigo para legitimar su violencia política y punitiva, causando de esta forma un incremento de los asuntos penales que genera un gran encarcelamiento sobre los más débiles.

IV. La inflación de conductas penales y el ingreso de personas pobres en prisión

Lo que ha sucedido es que el sistema recurre a las viejas prácticas de inflar los asuntos penales que recaen sobre la delincuencia menor; incluso, antes de la vigencia del COIP, en el 2016, se penalizaba la homosexualidad, las conductas de vagos y de mendigos. Si bien es un avance la derogatoria de dichas disposiciones, no obstante, están presentes las conductas de hurto, abuso de confianza, la penalización del aborto, calumnia, daño a bien ajeno, reemplazo de terminales móviles, entre otros de la especie.

Basta con consultar el catálogo de delitos para darnos cuenta del desgaste del sistema penal ecuatoriano en conductas de fácil solución en áreas no penales. Además, la máxima penalización incuba una baja calidad en la técnica legislativa, con delitos de sospecha, indeterminación de conductas dañosas, lenguaje obscuro, indeterminado y sanciones en leyes penales en blanco, como se evidencia en los delitos de asociación ilícita, ingreso de artículos prohibidos y los delitos de drogas respectivamente. Con lo dicho, se contradice los clásicos postulados garantistas de taxatividad, certeza de la ley penal, necesidad entre pena y delito, lesividad y proporcionalidad de la infracción.

La consecuencia de la inflación de los asuntos penales provoca un gran encarcelamiento de la población menos favorecida. El COIP es severo al castigar los delitos menores con penas que no guardan proporción con la infracción, por ejemplo: por una conducta de robo una persona puede pasar más de diez años en prisión. Debemos añadir que el aumento de la población carcelaria se debe a la falta de proporcionalidad de la infracción, la acumulación de penas puede durar hasta 40 años; como si fuera poco, la medida cautelar de la prisión preventiva se utiliza como regla y no como excepción, convirtiendo al proceso en una suerte de revisión. De esta manera, según cifras oficiales, las cárceles se encuentran en un estado de hacinamiento

crítico, donde hasta el 2019 existían cerca de 40.000 internos de una capacidad total de 28.500. Un punto de inflexión que es tendencia en la región latinoamericana, es el uso de mecanismos penales para perseguir las conductas relacionadas principalmente a la tenencia y consumo de drogas, lo que ha ocasionado una participación conjunta de los poderes públicos y privados en la llamada “guerra contra las drogas”.

La irracional penalización y el encarcelamiento indiscriminado sustrae tiempo, recursos económicos, logísticos y numeroso personal como policías, jueces, y fiscales en pesquisas de fácil resolución en esferas no penales; más bien, se debería encaminar a prevenir el delito con políticas sociales y no criminales. Lo hasta aquí concluido tiene una consecuencia transversal para nuestra investigación, y es que el abordaje sobre la criminalidad de subsistencia con herramientas penales propias del derecho penal máximo y no del mínimo, colocan en el reino de la libertad e impunidad a los crímenes del poder.

V. La impunidad de los sujetos de poder

El enfoque a los crímenes del poder debe ser integral, teniendo en cuenta su pasado autoritario para con los derechos de las víctimas y de la sociedad en su conjunto. En un contexto unitario, el poder en los crímenes de *ius cogens* fue responsable de cientos de ilícitos, cuestión que no ha desaparecido, es decir, la ofensiva de los crímenes del poder es repetitiva, de constantes caídas. Dicha cuestión es confirmada con la selección estructural del enemigo ideada y materializada en el gobierno 1984-1988; en menor medida continuaron sin los elementos de sistematicidad y generalidad en los posteriores gobiernos autoritarios, hasta desembocar en los últimos acontecimientos de la tortura del centro carcelario de Turi en 2016.

Si seguimos observando las ofensivas del poder, en este caso del económico en complicidad con el poder público, al final de los años 90 fue el responsable del *feriado bancario* que obligó a migrar a medio millón de personas; ilícito que provocó una grave crisis económica, social y política que hasta el día de hoy no tiene responsables materiales debido a la complicidad de los sujetos públicos encargados de su investigación, prevención y juzgamiento. También en los delitos del crimen organizado que sacuden a la frontera colombo-ecuatoriana, tanto policías, jueces y fiscales encargados de su prevención y procesamiento se encuentran al servicio de dichos crímenes. De igual manera sucede con los propios de corrupción, que, desde el retorno a democracia hasta los últimos acontecimientos del 2018, se torna en una patología recurrente.

En este contexto, en primer lugar, abogamos por una rigurosa sujeción de los espacios desatendidos por el actual constitucionalismo ecuatoriano y global, es decir, vincular y visibilizar la estrecha alianza entre los poderes políticos, poderes económicos y poderes mediáticos. Precisamente, en esta investigación identificamos el origen de los crímenes del poder que se darían en los siguientes espacios: a) con la idea de jefe de Estado como encarnación de la voluntad general; b) la confusión de los partidos políticos en las instituciones de garantía; c) la subordinación del poder público al económico; y, d) el reino de la libertad del poder mediático con su capacidad de manipular la realidad.

En cuanto exista el compromiso de regulación en el ámbito interno e internacional se deben promover políticas sociales a favor de la llamada delincuencia menor, antes que políticas criminales que inflen los asuntos penales que tengan como resultado el desborde de las prisiones del país latinoamericano. De esta manera, el narcotráfico y el terrorismo se verán afectados por no contar con sujetos desprotegidos de la asistencia social.

Con la sujeción y límites al poder desregulado, y la asistencia social a los desprotegidos, los crímenes del poder en su diversa fenomenología se verán al descubierto. Sin embargo, bien recoge Perfecto Andrés Ibáñez, que del poder hay que esperar caídas brutales aún bajo los marcos de legalidad y rigurosos controles. Con esta característica propia e impune del poder, nuestra segunda salida de contención será la inclusión de la herramienta procesal llamada cosa juzgada fraudulenta, que permita deshilar los entramados de impunidad del poder como sucedió en los crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos, específicamente en el caso «González y otros».

VI. La cosa juzgada y su disfunción frente al poder

Con la impunidad de los crímenes del poder, el poder judicial ecuatoriano no rinde las garantías suficientes para investigar y juzgar con independencia e imparcialidad. Desde su retorno a la democracia, este poder ha sido víctima de constantes asedios y discordias que dificultan la separación rígida de poderes y el respeto irrestricto a la ley.

Cuando se ha sorteado esporádicamente las barreas políticas y jurídicas en un crimen del poder, como son los crímenes de *ius cogens*, ha encontrado, como respuesta a nuevos procesos que pretenden deshilar los entramados de impunidad, la alegación de la garantía de la cosa juzgada. No obstante, el verdadero fundamento de la garantía alegada es frenar a la arbitrariedad pública e ilegalidad privada frente a nuevas investidas repetitivas del poder punitivo en contra de los más desprotegidos; aquella fue la idea floreciente de la ilustración y

que recogen los textos constitucionales como en el artículo 76.6 i) del Ecuador. Pero no lo contrario, es decir, que los poderes irreductibles a la democracia usen a su favor para beneficiarse de una meditada absolución.

Por ello, concebimos a la cosa juzgada como una garantía imprescindible de defensa, que otorga seguridad jurídica a los intervinientes en la necesidad de colocar el punto final a las controversias sociales. Es decir, por regla general cuando la garantía se ha colocado de forma debida o justa no debe flexibilizarse. Pero cuando esto no es así, esto es, cuando hay una actitud de colocar el punto final con el ánimo de favorecer a una meditada absolución de los responsables, la garantía debe derribarse, o en su defecto no existiría *non bis in idem* como tal.

Los aportes doctrinarios y jurisprudenciales no establecen el método, ni la forma o el momento procesal para nulificar la absolución fraudulenta cuando esta es definitiva. Por tanto, planteamos una garantía integral con base a los elementos internos y externos que serán la base para identificar la correcta configuración de la cosa juzgada.

VII. La construcción de la cosa juzgada fraudulenta

La garantía de la cosa juzgada no es inmutable cuando sus elementos internos (identidad del sujeto activo, objeto y causa de persecución) están colocados con los elementos externos (independencia e imparcialidad judicial) que dan valor o legitiman los procesos judiciales en su conjunto. La configuración dolosa o aparente de sus dos elementos dan lugar a la llamada cosa juzgada fraudulenta.

En el sistema adversarial acusatorio ecuatoriano la dirección y cuidado del proceso en las distintas etapas procesales (instrucción, preparatoria de juicio, la propia de juicio, y las etapas de impugnación: apelación, nulidad y casación) están en manos del juez, pero, por su naturaleza, el fiscal desempeña un papel investigativo como recolector de elementos probatorios y de la acusación.

En las etapas procesales y en las de impugnación los sujetos procesales referidos por sus amplias facultades en el proceso, pueden colocar los elementos internos y externos de forma dolosa o aparente con acciones u omisiones, dando lugar a la cosa juzgada fraudulenta. Esto lo vimos en los crímenes de lesa humanidad del periodo presidencial de 1984-1988, y en las violaciones a los derechos humanos que se registraron en este trabajo de 1988 al 2016. Si bien la actuación del poder judicial en el primer periodo fue una cuestión normalizada, aquello no significa que haya cesado; es por eso que sostenemos que los procesos se colocan de forma fraudulenta en los casos «González y otros», «Ivonne Cazar», y se intentan colocar bajo el

resguardo del *non bis in idem* los casos de «Damián Peña», y la tortura de «Turi». Aquello se debe a la permanencia de las fuerzas de seguridad con las prácticas violatorias heredadas de la Ley de Seguridad Nacional, y por la intromisión constante de los poderes irreductibles a la democracia en el Poder judicial.

Una situación similar sucede con los crímenes del poder, sean del crimen organizado, del poder económico y de los poderes políticos con los fenómenos de corrupción. Pues, tanto jueces y fiscales encargados de su prevención, investigación y juzgamiento, desde el retorno a la democracia, no rinden las garantías suficientes para enfrentar a la gran criminalidad del poder. En consecuencia, planteamos identificar la cosa juzgada fraudulenta con la exigencia de los elementos internos y externos, es decir, la dolosa configuración por parte de jueces y de fiscales en uno de sus resguardos o en su conjunto, provocan un vicio en las distintas etapas del proceso o en las propias de impugnación.

A continuación, veremos tres puntos que nos encaminarán a la construcción de la cosa juzgada fraudulenta:

a. Los elementos internos de la cosa juzgada

Estos se caracterizan por ser la identidad del sujeto activo, objeto o bien jurídico protegido y la causa de persecución. La primera tiene que ver con la correcta identificación del sujeto que se investiga o procesa; si bien el proceso penal persigue acciones y no autores, una vez cometida la infracción es imprescindible colocar de manera debida al sujeto activo. Cuando relatamos el patrón de impunidad del poder judicial influenciado por los poderes ocultos en la democracia, vimos cómo en los crímenes de lesa humanidad perpetrados en contra de Arturo Jarrín, Ricardo Merino y la tortura a la población civil de Azuay, la justicia ecuatoriana ocultó la participación de los responsables a pesar de conocerlos. Otra de las hipótesis confirmadas en cuanto a la identificación del sujeto activo es que jueces y fiscales pueden posicionarlo de forma correcta, pero con la intención de concluir su no participación y de esta manera la garantía del *non bis in idem* surta efecto en las siguientes investigaciones.

El segundo elemento tiene relación con el objeto de persecución o el bien jurídico que el Estado debe proteger por medio del poder judicial. En los casos «González y otros» y «Turi», se concluye que las investigaciones protegían bienes policiales o de la administración pública, y no los derechos de las víctimas a la vida, libertad o integridad personal. En tanto que los casos de «Arturo Jarrín», «Azuay» e «Ivonne Cazar», los procesos ni siquiera se encaminaron a proteger los bienes jurídicos violados, es decir, es ausente la protección del Estado según las resoluciones judiciales examinadas.

El último requisito para que en el ámbito interno se configure la cosa juzga es la causa de persecución. La correcta colocación del bien jurídico protegido da sentido al delito de persecución. Por tanto, hay fraude cuando con conciencia y voluntad se tipifica erróneamente el ilícito que se persigue. Por ejemplo, en el caso «González y otros» las infracciones investigadas fueron abuso de facultades y homicidio inintencional, cuando de los hechos y de los recaudos procesales se desprende una ejecución extrajudicial, torturas y desaparición forzada. También hay fraude si en la resolución está ausente el delito a perseguir como se dio de manera unánime en los casos «Azuay», «Arturo Jarrín» e «Ivonne Cazar».

Los tres elementos en el caso ecuatoriano no están bien configurados, ni en los delitos de lesa humanidad ni en las violaciones a los derechos humanos estudiados en esta tesis. Por la naturaleza de los crímenes dichos elementos deben colocarse en la justicia ordinaria con los resguardos de independencia e imparcialidad judicial, el hecho de que se haya seguido en una jurisdicción policial entraña una injusticia. Pero también se debe destacar que los casos del periodo de Febres Cordero pasaron al conocimiento de la justicia ordinaria donde se confirmó el *non bis in idem* a favor de los de los perpetradores y del proceso. Lo mismo ha sucedido con las violaciones de derechos humanos posteriores. Es decir, tampoco la justicia ordinaria es garantía de una correcta colocación de dichos elementos.

b. Los elementos externos de la cosa juzgada

Para configurar estos elementos se requiere de una justicia independiente e imparcial. Si embargo, no es el caso ecuatoriano, toda vez que desde su retorno a la democracia ha enfrentado constantes asedios cuando se trata de investigar a los sujetos de poder. Por ello, la naturaleza de la independencia judicial la extraemos de los postulados nacientes de la Revolución Francesa hasta la incorporación en las constituciones contemporáneas que buscan la separación de poderes y la sujeción a la ley; con la característica funcional de sujetar al vértice constitucional, incluso, en este contexto, el propio poder legislativo está sujeto a vínculos y límites normativos. Entonces, con los actuales textos constitucionales el poder judicial adquiere legitimidad formal y sustancial, con su papel en contra de la mayoría. Por tanto, rescatamos dos características sustanciales de la independencia judicial: la externa, que posiciona a la magistratura contra poderes externos; y, la interna, que es el gobierno intrínseco frente a sí mismo.

La independencia externa se garantiza con el nombramiento del juez mediante concurso y la inamovilidad en el cargo; sin descartar las responsabilidades administrativas, civiles y

penales en el ejercicio de sus funciones. En esencia, esta garantía en el caso ecuatoriano no se cumple si tomamos como base los casos «Azúay», «Arturo Jarrín» y «González y otros», pues, estos sucesos se resolvieron en la jurisdicción policial. Un rasgo característico del patrón de impunidad fue que el poder político sustrajo la competencia de la justicia común para colocar los procesos en estados de cosa juzgada, y, frente a las denuncias de los familiares en la jurisdicción ordinaria, los jueces y fiscales resolvían a favor del *non bis in idem*. Es decir, los jueces de la función policial no tenían competencia, no estaban nombrados ni capacitados para conocer dichos ilícitos, pero también la justicia ordinaria con sus resguardos bien asegurados no fue garantía de una resolución favorable para las víctimas y la sociedad.

Otra característica de la independencia judicial externa es la reserva de la jurisdicción. Con ella se busca que el poder ejecutivo y legislativo no invadan el terreno del poder judicial en la interpretación y aplicación de las normas. Al sustraer la competencia de la jurisdicción ordinaria a la policial para resolver los crímenes de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos, se viola lo dicho por la Constitución del Ecuador en su art. 60 y por el COFJ art. 227, y por la amplia jurisprudencia de la Corte IDH analizada. Con ello, se colocó los casos mencionados en estados de cosa juzgada que fueron ratificados por la justicia ordinaria. En este terreno tanto jueces y fiscales no realizaron diligencias necesarias y fallaron a favor del *non bis in idem* procesal y personal, dejando en la impunidad los casos estudiados y cientos de la especie.

Lo cierto es que este patrón de impunidad fue un sello característico de la década de los 80 y principios del nuevo milenio. Ahora, los procesos pasaron a manos de la jurisdicción común, pero con la existencia de la cosa juzgada fraudulenta colocados en la justicia policial y ratificados por jueces y fiscales de ese entonces. Si bien el caso «González y otros» sorteó por primera vez dicho obstáculo procesal, aquello no significa que los demás casos tengan el mismo puerto de llegada por la amplia discrecionalidad judicial al no encontrar sustento normativo que permita nulificar dichas resoluciones. Desde otro ángulo, también hay casos como el de «Ivonne Cazar» que se inició y terminó en la justicia ordinaria, es decir, no hubo la sustracción total de la competencia, pero en el proceso se realizaron diligencias procesales aparentes o fraudulentas como delegar la investigación a los perpetradores o que el juez del caso sea un familiar cercano a una de las acusadas, sin haberse excusado o recusado. Lo mismo sucedió en la tortura de «Turi» y la muerte de «Damián Peña», las investigaciones se radicaron en la justicia común, pero tanto jueces y fiscales aparentaron tener sus resguardos de independencia e imparcialidad bien posicionados.

La independencia judicial interna protege al juez de intervenciones que puedan venir de su propio gobierno, como de jueces llamados superiores y los órganos de control. Aquí alertamos un problema funcional para el correcto ejercicio de la independencia judicial en su conjunto como es la presencia de los aforamientos, la carrera judicial que es un peligro y la jurisprudencia que obliga.

Las tres patologías se encuentran unidas por un hilo conductor único: la política. El Consejo de la judicatura del Ecuador no brinda las garantías de una independencia sólida; hemos visto que desde el 2008 hasta el 2019 intervino en la promoción, pero también destitución de los jueces de todos los niveles, principalmente de los de la Corte Nacional de Justicia encargados de procesar a los sujetos de poder que gozan de aforamientos. En lo que va de su funcionamiento se destituyeron a 145 jueces de todo el país y 19 jueces de la alta corte ecuatoriana. Si retrocedemos en el tiempo, en el año 2004 también se destituyeron a 27 altos magistrados; por dicha intromisión a la independencia judicial, Ecuador fue sancionado en el 2013 por la Corte IDH.

Lo que se ha visto a lo largo del tiempo es una intervención política del órgano de control de la justicia ecuatoriana, según lo han dicho el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre independencia judicial y la Corte IDH. Ahora bien, en el camino de esta tesis y como lo comentamos en su momento, la Corte Constitucional del Ecuador emitió la sentencia no. 3-19-CN/20, del 29 de julio del 2020, que declara la exigencia de una declaración judicial previa para destituir a los jueces por dolo, negligencia manifiesta o error inexcusable. Lo cual es un freno importante a las facultades sancionatorias del Consejo de la Judicatura, es decir, se limitará el intervencionismo político en la destitución de jueces. Pero la cuestión va más allá; también se debe cambiar la forma de concebir a la carrera judicial como una carrera hacia arriba, hacia el vértice más cotizado del escalafón; más bien, se debe apelar por una conformación judicial horizontal, sin jerarquías, donde se distingan los jueces solo por el ejercicio de sus funciones, como sucede en Italia.

Es decir, todavía el Consejo de la Judicatura ecuatoriano tiene la facultad de organizar la carrera judicial por intermedio de los concursos, que, si bien es una garantía funcional de la independencia judicial externa junto con la estabilidad y la remuneración, lo cierto es que el vértice que se sigue promocionando tienen la tarea de juzgar a los sujetos de poder envueltos de aforamientos procesales. En tal virtud, una propuesta para lograr una independencia judicial interna sólida es eliminar los aforamientos procesales que en gran medida atentan el derecho a la igualdad de la ley de todos los ciudadanos. Si vemos en España los supuestos por aforamientos pueden llegar a los 10.000; en tanto que, en Ecuador para el 2019, la Fiscalía

recibió 345 denuncias que caminan a paso lento; esto se debe por la gran capacidad de influencia de los sujetos de poder en el Consejo, y este a su vez en el vértice jurisdiccional.

También se debe concebir a la jurisprudencia que emana la Corte Nacional de Justicia del Ecuador como un diálogo horizontal y no como una imposición vertical. Si tomamos la idea rígida de la jurisprudencia como vinculante en gran medida condiciona la fuente de legitimidad de los jueces de menor jerarquía, como es la sujeción irrestricta a la constitución y a la ley. En ningún caso tampoco se debe entregar a los jueces superiores facultades de emitir resoluciones con fuerza de ley, ya que dicha facultad invade las funciones propias del legislativo.

Por lo anterior, se busca que los jueces de todos los niveles no estén sujetos al control del Consejo de la Judicatura y tampoco de la Corte Nacional de Justicia por medio de la jurisprudencia o de las resoluciones con fuerza de ley. Esto se debe a que el órgano de administración de la justicia ecuatoriana tiene una estrecha alianza con el poder político de turno; en tal virtud, la composición judicial y las resoluciones de los jueces superiores impregnan capilarmente a los jueces de menor jerarquía. En consecuencia, como ya se ha dicho, se debe cambiar la organización judicial por una que garantice una independencia judicial interna y externa sólida, para, desde ese punto de partida, entablar la responsabilidad administrativa, civil y penal que recaen sobre los jueces y fiscales encargados de las indagatorias.

Con las patologías descritas en la independencia judicial externa e interna no se pueden cerrar procesos de forma debida o justa. Por tanto, visibilizar sus problemas e impulsar los cambios enunciados nos ayudarán a ser cautelosos en el cierre de los procesos judiciales bajo el resguardo del *non bis in idem*. En este estado, la independencia judicial en su conjunto pasa a formar parte de la imparcialidad judicial, y se espera un compromiso del juez con la Constitución y la Ley, es decir, las dos garantías pasan a ser una cuestión cultural más que institucional. De la imparcialidad judicial deseamos un juez neutral, ajeno de intereses personales e institucionales, en otras palabras, buscamos la objetividad en la decisión sujeto al principio de legalidad y, por tanto, que se inhiba la amplia discrecionalidad judicial.

Este estándar en el caso ecuatoriano claramente no se cumple, según los casos extraídos para nuestro análisis. Un patrón generalizado de impunidad es el interés personal e institucional de jueces y de fiscales en la indagatoria; no con el fin de aclarar los sucesos sino de propender una meditada impunidad. La forma de conseguir dicho objetivo en primera instancia fue la sustracción de la competencia de la justicia ordinaria a la policial; claramente en esta esfera la imparcialidad no se cumple, pues el manejo del proceso estaba en manos de los propios

perpetradores. Pero tampoco significa que la garantía de imparcialidad judicial en la justicia ordinaria se respete. El sistema de impunidad hasta hoy vigente se trata de delegar la investigación a las instituciones de los responsables donde el espíritu de cuerpo de las fuerzas de seguridad predomina.

Si bien es cierto que en la actualidad se intenta no delegar la práctica investigativa a las fuerzas de seguridad, sin embargo, el desplazamiento de las investigaciones a unidades no especializadas en crímenes internacionales al interior de fiscalía hace que esta práctica sea recurrente. Con ello, los responsables de los casos «Damián Peña» o la tortura de «Turi», tienen el manejo de la investigación en sus manos, y, con la práctica, se ha visto que intimidan a testigos, desaparecen evidencias, acomodan declaraciones y forjan pruebas documentales con la finalidad de que la verdad no sea descubierta.

c. Los elementos normativos de la cosa juzgada

A las dos grandes categorías que identifican la cosa juzgada fraudulenta, es decir, a los elementos internos y externos, y por la casuística del caso ecuatoriano, añadimos los elementos normativos extraídos del art. 10 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el art. 9 del estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el art. 29 del ERCPI, y jurisprudencia de la Corte IDH. En su conjunto coadyuvan a verificar procesos seguidos fuera de la jurisdicción ordinaria, procesos sin las garantías procesales reconocidos por el derecho internacional, y procesos sin diligencias necesarias, realizando acciones procesales de forma incorrecta, aparente o fraudulenta, que tienen la intención de reducir el riesgo de responsabilidad penal del imputado ante la justicia.

Aparte de la independencia e imparcialidad judicial, en el caso ecuatoriano los procesos se siguen sin las garantías reconocidas por el derecho internacional. Del ERCPI, de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH recogemos varias vulneraciones que sufrieron las víctimas. Por ejemplo, el derecho a la vida, que prohíbe las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas; el derecho al acceso a la justicia de las víctimas, que se ve vulnerado con la negativa de acceder al expediente, aportando, solicitando y contradiciendo los medios de prueba, el plazo razonable en la investigación se cumple de manera simbólica por el ánimo de instaurar la cosa juzga a favor de los perpetradores. Además, los medios de impugnación ordinarios y constitucionales son insuficientes para revisar la absolución fraudulenta, lo que conlleva al incumplimiento del Estado ecuatoriano a eliminar las barreras jurídicas internas para que las víctimas accedan a la justicia.

A los derechos violados en el proceso se suma el derecho de las víctimas y la sociedad a conocer la verdad. Este derecho se encuentra vulnerado en su doble dimensión. En primer lugar, a las víctimas y a sus familiares de manera directa a saber qué sucedió; en este sentido, los procesos seguidos en la jurisdicción policial y en la ordinaria se encaminaron a encubrir la responsabilidad de los perpetradores, es decir, se intentaron asegurar que la verdad nunca fuera descubierta. La segunda dimensión involucra a la sociedad y su conjunto a conocer su pasado, a responder las preguntas de ¿cómo, cuando, donde sucedió y quien los cometió?; esto con la finalidad de que la sociedad democrática tenga presente los crímenes del ayer, que conlleve, por un lado, a un resarcimiento público y moral de las víctimas directas, y por otro, evitar su eventual repetición.

Con el patrón de impunidad recogido en los casos «Azúay», «Arturo Jarrín», «Ivonne Cazar» y «González y otros», las acciones y omisiones de jueces, fiscales y de auxiliares de la justicia se realizaron de forma incorrecta o aparente, que dieron como resultado la colocación de la cosa juzgada fraudulenta a favor de los responsables y en perjuicio de las víctimas y de la sociedad. Entonces, el proceso no se efectuó con prontitud, efectividad, exhaustividad, independencia, imparcialidad y transparencia de acuerdo la normativa interna e internacional. Al contrario, la actuación procesal se dirigió bajo el ánimo de consolidar investigaciones jurídicamente impunes.

VIII. La absolución fraudulenta identificada en la estructura del proceso y en la interpretación probatoria

Los procesos en estados de cosa juzgada presentan errores o resultados injustos en su resolución final como es el caso de las absoluciones fraudulentas o de las condenas erróneas. En un poder judicial abstraído de sus garantías de independencia e imparcialidad judicial los dos escenarios son jurídicamente posibles, esto en virtud de que el poder se puede usar para favorecer a los culpables con resoluciones dolosas o también para sentenciar a inocentes. Estas dos resoluciones se identifican en la estructura del proceso y por la dolosa o mala interpretación del estándar de “libre valoración probatoria” manejada en nuestras latitudes.

Para identificar los resultados injustos generados por la estructura del proceso fue necesario separarnos por un momento del debido proceso. Aunque las garantías orgánicas y procesales son un freno en contra de la arbitrariedad pública y privada, en cierta medida impiden alcanzar la verdad de los procesos penales, incluso la verdad que persigue el proceso penal garantista es la de la hipótesis acusatoria y no la verdad material. Pero esto no significa

que impulsemos el proceso sin las garantías de presunción de inocencia, la carga de la prueba, el *non bis in idem*, el derecho a guardar silencio, entre otras, al contrario, son la base del proceso penal garantista edificadas desde la ilustración y son el puerto de llegada en las constituciones contemporáneas.

En este sentido, fuera del proceso, es decir, desde una construcción legislativa, los errores en las resoluciones se aprecian mejor, como en el caso del falso hallazgo inculpatario, que es la condena a un inocente, y, el falso hallazgo exculpatario, que es la absolución fraudulenta. Estas resoluciones son válidas cuando pasan el filtro de valoración de prueba y los resultados son verdaderos y las inválidas son todo lo contrario. De este grupo, el sistema de impugnaciones ecuatoriano y también el español, no edifica la causal para revisar o rescindir las resoluciones absolutorias fraudulentas consideradas inválidas cuando estas son definitivas.

Es de nuestro interés visibilizar las resoluciones fraudulentas, inválidas, no revocables. La fuente en el proceso de dichas resoluciones se debe a la dolosa o mala interpretación del estándar de libre valoración probatoria, por su amplio espacio de discrecionalidad judicial en la valoración de indicios y elementos probatorios. Con esto no queremos decir que estemos en contra del estándar de libre valoración probatoria de condenar más allá de la duda razonable, simplemente identificamos un espacio donde el intérprete entrega mayor o menor peso a los elementos de prueba del que realmente le corresponde, para dar paso a una absolución fraudulenta pero también a una condena errónea. La intención dolosa de favorecer a una meditada absolución determina la disfunción del estándar, como precisamente sucedió en los crímenes de *ius cogens* analizados en el caso ecuatoriano.

Para determinar el ánimo de favorecer una absolución fraudulenta mal interpretando el estándar de condenar más allá de la duda razonable usamos la garantía de motivación o explicación del fallo, en la cual el intérprete sienta las razones que dieron lugar a la resolución final como un verdadero ejercicio del saber sobre el poder. En tal virtud, la garantía de motivación se torna trascendental para identificar los errores, principalmente en la absolución fraudulenta; con ello, descartamos las variantes de cambiar el estándar de valoración de prueba por uno objetivo, que encierra al intérprete en fórmulas que en teoría inhiben la arbitrariedad judicial; aunque la carga subjetiva también está presente en dicho estándar, pero sin la garantía de motivación que defendemos.

IX. El sistema de impugnaciones ordinario y constitucional frente a las absoluciones fraudulentas

En complejas estructuras de criminalidad del poder los medios de impugnación que regula el COIP como la apelación, la nulidad, la casación y la revisión son insuficientes para enmendar una absolución fraudulenta. Esto se debe a la sustracción de las garantías orgánicas de la jurisdicción de jueces y de fiscales que impiden plantear los recursos en los plazos establecidos. Incluso, una variante identificada en los delitos de *ius cogens* en Ecuador es la tramitación de los diferentes recursos, pero con la finalidad de agotar las clásicas vías de impugnación y, en consecuencia, colocar el punto final de forma definitiva en la justicia ordinaria.

El sistema de impunidad ecuatoriano en los delitos de lesa humanidad y violaciones a los derechos humanos se identificó después de varias décadas, donde los recursos ordinarios que recoge el COIP eran extemporáneos, debido a la vigencia del principio de preclusión y la seguridad jurídica que envuelve al sistema. Pero no significa que en la actualidad los recursos sean suficientes, ni eficientes, en virtud de la permanencia de las fuerzas de seguridad del Estado y la sustracción de las garantías orgánicas de independencia e imparcialidad, supeditados a un órgano de control con una clara conexión política con sujetos de poder privilegiados con aforamientos.

En este estado de cosas, el recurso de revisión permite de manera excepcional y en cualquier tiempo nulificar o rescindir una sentencia con una condena errónea, pero no una sentencia absolutoria fraudulenta. El principal fundamento de la revisión de condenas es el triunfo de la verdad material sobre la seguridad jurídica, y en eso estamos de acuerdo. Pero el principal argumento para no dar paso a la revisión de las sentencias o autos fraudulentos es el descrédito de la justicia y la seguridad jurídica; apoyar esta postura es sinónimo de una justicia incapaz. Ahora bien, frente a la impunidad de los crímenes del poder consideramos que investigar, procesar, enjuiciar y buscar la responsabilidad de los grandes crímenes reivindica las bases fundantes de la democracia con el pasado, como es la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas y la sociedad.

Al realizar un contraste de los motivos de revisión tipificada en la LECrim, art. 954 y el COIP, art. 958, llegamos a la conclusión que también pueden servir para revisar una absolución fraudulenta. De manera puntual, el legislativo debería agregar a las causas de revisión el supuesto de: “si la sentencia ha sido dictada en virtud de documentos o testigos falsos o informes periciales maliciosos”. También, a la legislación ecuatoriana le haría falta

incorporar la causal recogida por el legislador español: “cuando haya recaído sentencia penal firme condenando por el delito de prevaricación a algunos magistrados o jueces intervinientes en virtud de alguna resolución recaída en el proceso”. Este último supuesto en virtud de que el COIP, art. 268, regula el delito de prevaricación judicial pero no tipifica la causa de revisión cuando gracias a dicha resolución se hubiera beneficiado de una sentencia absolutoria con contenido fraudulento.

Además, el Estado ecuatoriano al ser parte de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH debe asumir sus mandatos como obligatorios, pero en primera línea le corresponde al legislativo eliminar las barreras jurídicas internas para que las víctimas accedan a la justicia según las sentencias analizadas del sistema interamericano. En este sentido, para evitar la amplia discrecionalidad judicial de asumir los mandatos como obligatorios o no, es necesario que incluya a este recurso la causal de revisión cuando exista una petición de dicho órgano internacional de revisar o rescindir las sentencias domésticas que entrañen una injusticia. Sobre esta causal, el Estado colombiano incorporó en su Código de Procedimiento Penal el llamado control judicial previo, pero redujo la procedencia a infracciones en procesos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario.

Con esto no queremos decir que los supuestos de revisión sean difusos y que sean aplicables a todos los delitos. Como se ha analizado en esta tesis nos interesa que la revisión sea sobre los crímenes que comete el poder en su diversa fenomenología, sean del narcotráfico, el terrorismo, los crímenes del poder económico, los propios de corrupción, y las violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Es decir, nos interesa atacar y sostener los crímenes donde el poder irreductible a la democracia sustrae las garantías de independencia e imparcialidad judicial. De esta manera, se descarta la procedencia de los *delitos de subsistencia* donde está involucrada la criminalidad menor compuesta por los pobres, toxicómanos y migrantes.

En este sentido, y siendo consecuentes con nuestra propuesta, también al COIP le haría falta por añadir una causal propia de revisión de sentencias fraudulentas que será aplicable a los delitos enunciados con anterioridad, en base a la identificación del contenido de la cosa juzgada con sus elementos internos y externos; donde uno de sus elementos o en su conjunto se hayan colocado mediante acciones u omisiones dolosas de jueces y de fiscales.

En consecuencia, se excluyen de este supuesto las sentencias absolutorias que se hayan obtenido de manera debida o justa, es decir, sin la intención de colocar la cosa juzgada de manera dolosa o fraudulenta. Tal es el caso que un responsable material puede ser declarado

inocente por la persuasión de la defensa o por errores propios de la acusación o del juez en el curso del proceso.

Por otra parte, la jurisdicción constitucional es un mecanismo de impugnación nuevo en el sistema judicial ecuatoriano. En la constitución del 2008 se incluyó la acción extraordinaria de protección como una vía para revisar las sentencias y autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, donde se violen por acción u omisión derechos constitucionales. En este sentido, la LOGJCC que regula el procedimiento constitucional entró en vigor en octubre del 2009, y, por tanto, su disposición transitoria quinta excluye las resoluciones de antes del 2008, año en el que entró en vigor la constitución ecuatoriana. Con ello, las resoluciones con estados de cosa juzgada fraudulenta anteriores al año indicado no son procedentes, es decir, los crímenes de *ius cogens* de 1984-1988 y de los siguientes gobiernos donde se dieron violaciones a los derechos humanos.

Pero esto tampoco significa que la acción extraordinaria de protección sea un mecanismo eficiente para rescindir las sentencias absolutorias fraudulentas de casos posteriores al 2008. En este terreno, es necesario impulsar cambios sustanciales para cerrar los procesos en la esfera interna y, de esta manera, evitar las responsabilidades objetivas del Estado por violar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. En este sentido, y, como también se han propuesto en otros trabajos de investigación, a la acción constitucional es necesario que se aclare la expresión de la LOGJCC, art. 62.8: si para la admisión del recurso se debe “sentenciar sobre asuntos de relevancia y trascendencia nacional”, en virtud de que se deja espacio a la discrecionalidad del interprete la calificación de relevante o trascendente, es decir, son términos polisémicos que engloban una variedad de interpretaciones que colocan en riesgo el derecho subjetivo de los intervinientes, pero también el objetivo.

Además, se debería aclarar la regulación ambigua de la constitución del Ecuador, donde en el art. 94 establece que la acción procede “contra sentencias o autos definitivos”, en tanto que el art. 437 constitucional dice que procede cuando en el “juzgamiento se ha violado [...]”. Se debería dejar claro si procede sobre la sentencia o sobre el juzgamiento, que son dos pasajes procesales diferentes marcados por el principio de preclusión. En especial, se debería enumerar los actos en contra los que procede y establecer de forma clara sobre qué tipo de resoluciones o momentos procesales cabe.

Por otra parte, también afirmamos que la acción extraordinaria de protección es improcedente para revisar las absoluciones fraudulentas por el método de interpretación literal y teleológico que utiliza la Corte ecuatoriana al resolver las acciones. Con los métodos

empleados el intérprete se encuentra en la real prohibición de ampliar los límites legales de la norma, en virtud de que en materia penal la norma se interpreta de forma cerrada. En este sentido, existe una prohibición legal y constitucional de ampliar o de crear una norma para resolver los casos concretos bajo los métodos escogidos. Sin embargo, la Corte puede escoger otros métodos de interpretación como la ponderación y resolver a favor de la justicia sobre la seguridad del ordenamiento. Esto puede ocurrir con el cambio de la línea jurisprudencial de quien se encuentre al frente del problema jurídico. Aunque es una salida real, sin embargo, como observamos a lo largo de esta tesis, nuestra propuesta es de carácter normativa, es decir, incluir vía legislativa la causal de revisión para resolver las absoluciones de nuestro interés.

X. Un equilibrio entre la decisión justa y la seguridad jurídica

Una de las tensiones identificadas en el trabajo fue entre la justicia y la seguridad jurídica cuando se trata de revisar la sentencia condenatoria errónea. El sistema de impugnaciones ecuatoriano y español dan paso a la revisión de esta resolución, pero no permiten revisar la sentencia condenatoria fraudulenta. En este sentido, la propuesta de incluir la revisión de dichas resoluciones conforme a los supuestos enunciados y bajo estricta excepcionalidad saldará una cuenta pendiente en la justicia ecuatoriana para con las víctimas, la verdad, la justicia y la reparación de las violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Pero si observamos con detenimiento las causales de revisión propuestas en la conclusión IX, permiten extender a los delitos de la criminalidad del poder explicados a lo largo de esta investigación.

La incorporación normativa para revisar las absoluciones fraudulentas comulga con los principios fundantes del Estado de derecho, como es la separación de poderes y el principio de legalidad. De esta forma, el juez que conozca la revisión bajo los supuestos tasados incorporados por el legislativo realizará un ejercicio de subsunción del hecho jurídico y la causa aplicable al caso en concreto. Bajo este panorama, se prohíbe al juez crear la regla para rescindir sentencias o autos fraudulentos mediante el ejercicio de ponderación, método que según lo analizado es invasivo al poder legislativo y genera discreción en la decisión.

Resaltamos desde otro ángulo la sentencia del caso «González y otros» que fue la primera en declarar la cosa juzgada fraudulenta en Ecuador, en base a las obligaciones adquiridas por el Estado de investigar y sancionar los delitos de interés internacional. A pesar de que el legislativo no eliminó los obstáculos jurídicos que impiden a las víctimas acceder a la justicia, frente a ello, la Corte Nacional de Justicia, bajo la amplia jurisprudencia de la Corte

IDH y con la aplicación del Control de Convencionalidad, declaró la cosa juzgada fraudulenta de los procesos que descansaban bajo la garantía del *non bis in idem*. La sentencia fue necesaria y alentadora al deshilar el sistema de impunidad político y judicial del Ecuador de aquella época.

No obstante, acoger dicha sentencia como única fuente de derecho para resolver los siguientes casos es arriesgado, esto por la amplia discrecionalidad que entraña el método de ponderación y la ambigua aplicación del control de convencionalidad en los juzgados y tribunales de justicia del Ecuador. Ya lo demostramos en su momento con la resolución del caso de «Ivonne Cazar» que se apoya en el resguardo del *non bis in idem* frente a las nuevas investigaciones que activó la Fiscalía del Ecuador para ubicar a la joven desaparecida y sancionar a sus responsables. Entonces, la propuesta normativa rígida que impulsamos no da espacio de discreción a los jueces y tribunales para revisar los procesos que descansen bajo la garantía de la cosa juzgada, al contrario, se convierte en un imperativo legal de obligatorio cumplimiento.

Aunque es cierto que si tomamos los elementos internos y externos que lo componen llegaremos a la conclusión que no existe garantía como tal en los procesos, es decir, están colocados bajo una aparente legalidad. Sin embargo, la declaración debe ser realizada por el poder judicial previa incorporación legislativa, de esta manera, se garantiza el debido proceso a los perpetradores que en su momento negaron a las víctimas y a la sociedad a conocer la verdad. Por tanto, se impulsa y se protege la seguridad jurídica que debe primar en el ordenamiento, pero sin nublar la justicia, la verdad material y el justo proceso de los presuntos responsables y de las víctimas.

Bibliografía

Libro

Andrés Ibáñez, Perfecto. «Garantismo y Proceso Penal». En *Garantismo y Derecho Penal*, coordinado por Juan Oberto Sotomayor Acosta. Bogotá: Temis, 2006.

___. Prólogo a *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, de Luigi Ferrajoli, IX-XVII. Madrid: Trotta, 2011.

___. «Ética en la independencia judicial». En *El buen jurista*. Coordinado por Cristina García Pascual, 23-59. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

___. *Tercero en discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Constitucional*. Madrid: Trotta, 2015.

___. «La independencia judicial y los altos tribunales». En *La independencia judicial: un constante asedio*, directores Jordi Nieva Fenoll y Eduardo Oteiza, 165-184. Madrid: Marcial Pons, 2019.

___. Prólogo a *Italia oculta. Terror contra Democracia*, de Giuliano Turone. Madrid: Trotta, 2019.

Aniyar de Castro, Lola y Rodrigo Codino. *Manual de Criminología Sociopolítica*. Buenos Aires, Ediar, 2013.

Armenta Deu, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2018.

Atienza, Manuel. *Filosofía del Derecho y Transformación Social*. Madrid: Trotta, 2017.

Ávila Martínez, Ariel Fernando. «Crimen organizado, narcotráfico y seguridad». En *El Crimen organizado y gobernanza en la región Andina: cooperar o fracasar*, editado por Catalina Niño, 29-40. Quito: Friedrich Ebert Stiftung, 2011.

Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos: una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2013.

Ballesteros, Tomás Vicente. *El proceso de Revisión Penal*. Barcelona: Bosch, 2013.

Barbacetto, Gianni, Peter Gómez y Marco Travaglio. *Mani Pulite. La vera Storia*. Milano: Chiarelettere, 2012.

Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Editado por Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2011.

Benavente Chorres, Hesbert. *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: concepto y modalidades*. Barcelona: Bosch, 2012.

Benjamín, Walter. *Obras, libro I vol.2*. Madrid: Abada Editores, 2008.

___. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. México: ITACA, 2008.

Bernal Sarmiento, Camilo Ernesto. «Daños sociales y delitos estatal-corporativos en la crisis europea. Una lectura criminológica». En *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*, coordinado por Iñaki Rivera Beiras, 113-129. Barcelona: Anthropos, 2014.

Bernal Sarmiento, Camilo Ernesto, Sebastián Cabezas Chamorro, Alejandro Forero Cuéllar, Iñaki Rivera Beiras e Iván Vidal Tamayo. «Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados». En *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*, coordinado por Iñaki Rivera Beiras, 35-80. Barcelona: Anthropos, 2014.

Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 2017.

Canosa Usera, Raúl. *Control de Convencionalidad*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

Colombes, Adolfo. *América como civilización emergente*. Buenos Aires: Amargord, 2008.

Comisión de la Verdad. *Informe de la Comisión de la Verdad. Sin verdad no hay justicia. Resumen Ejecutivo*. Editado por Andrea Ávila y Francisco Terán. Ecuador: ediecuatorial, 2010. Edición en PDF. ISBN-978-9978-92-852-3.

___. *Informe de la Comisión de la verdad. Sin verdad no hay justicia. Tomo 2: Crímenes de lesa humanidad*. Editado por Andrea Ávila y Francisco Terán. Ecuador: ediecuatorial, 2010. Edición en PDF. ISBN-978-9978-92-848-6.

___. *Informe de la Comisión de la verdad. Sin verdad no hay justicia. Tomo 3: Relatos de casos. Periodo 1984-1988*. Editado por Andrea Ávila y Francisco Terán. Ecuador: ediecuatorial, 2010. Edición en PDF. ISBN-978-9978-92-848-6.

___ . *Informe de la Comisión de la verdad. Sin verdad no hay justicia. Tomo 4: Relatos de casos. Periodo 1988-2008*. Editado por Andrea Ávila y Francisco Terán. Ecuador: ediecuatorial, 2010. Edición en PDF. ISBN-978-9978-92-848-6.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Derecho a la verdad en las Américas*. OEA: 2014. Edición en PDF. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Derecho-Verdad-es.pdf>

Cortés Domínguez, Valentín y Víctor Moreno Catena, *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Roque de Depalma, 1985.

De Santa Olalla, Pablo Martín. *El laberinto italiano. Del fenómeno Berlusconi a la crisis actual 1994-2014*. Madrid: Liber Factory, 2014.

Díez-Picazo, Luis María. *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica Grijalbo Mondadori, 1996.

Encalada Hidalgo, Pablo. *Teoría Constitucional del delito*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.

España Torres, Hugo. *El testigo*. Quito: El Conejo, 1996.

Ferrajoli, Luigi. «Garantías y Derecho Penal». En *Garantismo y Derecho Penal*, coordinado por Juan Oberto Sotomayor Acosta. Bogotá: Temis, 2006.

___ . *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta, 2009.

___ . *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta, 2011.

___ . *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.

___ . *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2014.

___ . *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2016.

___ . *Constitucionalismo más allá del Estado*. Madrid: Trotta, 2018.

___ . *El paradigma garantista*. Madrid: Trotta, 2018.

___ . Prólogo a *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, de Nicolás Guzmán, 11-18. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2018.

- Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- ___. Prefacio a *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, de Larry Laudan, 17-20. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Forgione, Francisco. *La experiencia italiana en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción*. México: INACIPE, 2020.
- Friedrichs, David O. *Trusted Criminals. White Collar Crime in Contemporary Society*. Belmont: Wadsworth Cengage Learning, 2010.
- García Figueroa, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.
- García Manrique, Ricardo. *El valor de la Seguridad Jurídica*. Madrid: Iustel, 2012.
- García Pascual, Cristina. *Legitimidad democrática y poder judicial*. Valencia: Alfons el Magnànim, 1997.
- ___. *Norma Mundi: la lucha por el derecho internacional*. Madrid: Trotta. 2015.
- Garland, David. *La cultura del control*. Barcelona: GEDISA, 2005.
- Gil Botero, Enrique. *Control de convencionalidad en Colombia. Una experiencia de diálogo judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Gil Calvo, Enrique. *Los poderes opacos: austeridad y resistencia*. Madrid: Alianza Editorial, 2013.
- Glenny, Misha. *McMafia: A Journey Through the Global Criminal Underworld*. New York: Alfred A. Knopf, 2008.
- Gootenberg, Paul. «Talking Like a State: Drugs, Borders and the Language of Control». En *Illicit Flows and Criminal Things: states, borders, and the other side of globalization*, editado por Willem van Shendel e Itty Abraham, 10-27. Bloomington: Indiana University Press, 2005.
- Gómez Colomer, Juan Luis e Iñaki Esparza Leibar. *Tratado Jurisprudencial de aforamientos procesales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Grijalva Jiménez, Agustín. «Perspectivas y Desafíos de la Corte Constitucional». En *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*,

coordinado por Ramiro Ávila Santamaria, Agustín Grijalba Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, 257-278. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

Guzmán, Nicolas. *Delitos en el mercado financiero*. Buenos Aires: Hammurabi, 2014.

___. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2018.

Hitters, Juan Carlos. *Revisión de la Cosa Juzgada*. Buenos Aires: Platense, 2001.

Hobbes, Thomas. *Tratado sobre el ciudadano*. Madrid: Trotta, 1999.

Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle. *Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Ibáñez Guzmán, Augusto J. *El Sistema Penal en el Estatuto de Roma*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Ippolito, Darío. *El Espíritu Del Garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*. Madrid: Trotta, 2018.

Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

Kant, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Traducido por Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Tecnos, 2005.

Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho: introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. Madrid: Trotta, 2011.

La Torre, Massimo y Marina Lalatta Costerbosa. *¿Legalizar la tortura? Auge y declive del Estado de Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Laudan, Larry. *Verdad, error y proceso penal, Un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Linz, Juan J. *La quiebra de las democracias*. Madrid: Alianza, 1985.

López, Sebastián. «La Acción Extraordinaria de Protección y las decisiones judiciales». En *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, editado por Claudia Escobar García. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.

- Lucas, Kintto. *Ecuador cara y cruz. Del levantamiento del noventa a la Revolución Ciudadana*. Quito: CIESPAL, 2015.
- Lukes, Steven. *El poder: un enfoque radical*. Madrid: Siglo XXI, 2007.
- Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal penal*. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.
- Mann, Michael. *Las fuentes del poder social*. Madrid: Alianza Editorial, 1991.
- Martínez Arrieta, Andrés y Miguel Ángel Encinar del Pozo. *El Recurso de Casación y de Revisión Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Mate, Manuel Reyes. *Medianoche en la historia: comentarios a las tesis de Walter Benjamín. Sobre el concepto de historia*. Madrid: Trotta, 2006.
- Morgenstern, Federico. *Cosa Juzgada Fraudulenta: Un Ensayo Sobre La Cosa Juzgada irrita*. Montevideo-Buenos Aires: B de f, 2015.
- Morrison, Wayne. «La imaginación criminológica. Bajo la globalización: recordando lo desaparecido». En *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*, coordinado por Iñaki Rivera Beiras, 223-252. Barcelona: Anthropos, 2014.
- Muñoz Machado, Santiago. *La reserva de jurisdicción*. Madrid: Wolters Kluwer, 1989.
- Navarro, Vicenç y Juan Torres López. *Los amos del mundo: Las armas del terrorismo financiero*. Barcelona: Espasa libros, 2012.
- Nieto García, Alejandro. *El desgobierno judicial*. Madrid: Trotta, 2004.
- Nieva Fenoll, Jordi y Eduardo Oteiza, dirs. *La independencia judicial: un constante asedio*. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- O'Donnell, Guillermo. *Disonancias, críticas democráticas a la democracia*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007.
- Olásolo Alonso, Héctor. *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Delitos Transnacionales: dilemas políticos y normativos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Olásolo Alonso, Héctor y Pablo Galain Palermo. *Los desafíos de derecho internacional penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Ollé Sesé, Manuel. *Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional: de la Justicia Universal a la Jurisdicción Penal Interestatal*. Navarra: Aranzadi, 2019.

- Ortells Ramos, Manuel, dir. *Introducción al Derecho Procesal*. Navarra: Aranzadi, 2015.
- Oyarte, Rafael. *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- Paladines, Jorge Vicente. Presentación a *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, de Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Días Dos Santos, XI-XVI. Quito: El siglo, 2019.
- ___. *Derecho Penal de Auschwitz. La continuación del «Estado dual»*. Bogotá: Ibáñez, 2020.
- Parkin, Michael, Gerardo Esquivel y Mercedes Muñoz. *Macroeconomía*. México: Pearson Educación, 2007.
- Pena González, Wendy. *El concepto de terrorismo*. Salamanca: Ratio Legis, 2019.
- Peñañiel, Diego. «El Terrorismo de Estado en Ecuador: autoritarismo, seguridad y derechos humanos (1984-1988)» En *Justicia Transicional En la Región Andina*, coordinado por Gabriel Orozco, Diego Peñañiel y Jenny Vargas, 7-50. Quito: FLACSO, 2017.
- Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- Pérez Tremps, Pablo. *El recurso de Amparo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Prat Westerlindh, Carlos. *Manual Práctico del Recurso de Casación Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- Prieto Sanchís, Luis. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2013.
- Ramírez Gallegos, Franklin y Jaques Paul Ramírez. *La estampida migratoria ecuatoriana. Crisis, redes transnacionales y repertorios de acción migratoria*. Buenos Aires: Centro de Investigaciones Ciudad, 2005.
- Radbruch, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Olejnik, 2019.
- Ricoeur, Paul. *Una interpretación de la cultura*. Madrid: Siglo XXI, 1990.
- Rivas, Leonardo C. *Cosa Juzgada en la Ciencia jurídica y en la legislación ecuatoriana*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1954.

- Rivera Beiras, Iñaki, coord. *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*. Barcelona: Anthropos, 2014.
- Rojas Aravena, Francisco. «Violencia en América Latina: La inequidad, el crimen organizado y la debilidad estatal inhiben el desarrollo humano». En *América Latina y el Caribe: Globalización y conocimiento. Repensar las ciencias sociales*, editado por Francisco Rojas Aravena y Andrea Álvarez-Marín, 311-360. Montevideo: UNESCO, 2011.
- Roxin, Claus. *Derecho penal parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría jurídica del delito*. Madrid: Civitas, 1997.
- Roxin, Claus y Bernd Schünemann. *Derecho Procesal Penal*. Traducido por Mario Moretti y Darío Rolón. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2019.
- Sánchez López, Francisco. *¿Democracia no lograda o democracia malograda? Un análisis del sistema político del Ecuador: 1979-2002*. Quito: Flacso, 2008.
- Schumpeter, Joseph. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona: Aguilar, 1984.
- Serra Cristóbal, Rosario. *La guerra de las cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Madrid: Tecnos, 1999.
- Shklar, Judith. *Los rostros de la injusticia*. Barcelona: Herder, 2013.
- Silva, Elpidio José. *La justicia desahuciada. España no es un país para jueces*. Barcelona: Ediciones Península, 2014.
- Sutherland, Edwin H. *El delito de cuello blanco*. Montevideo: B de F, 2009.
- Taruffo, Michele. *Proceso y Decisión lecciones mexicanas de derecho procesal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- _____. «Consideraciones generales sobre la independencia judicial». En *La independencia judicial: un constante asedio*, dirigido por Jordi Nieva Fenoll y Eduardo Oteiza, 13-22. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Terchek, Ronald J. y Thomas C. Conte. *Theories of Democracy: A Reader*. Boston: Rowman & Littlefield, 2000.
- Thompson, John. *Los media y la modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- Thoumi, Francisco y Merilee Grindle. *La política de la Economía del Ajuste: La actual experiencia ecuatoriana*. Quito: FLACSO, 1992.

Tokatlian, Juan Gabriel, comp. *La guerra contra las drogas en el mundo andino. Hacia un cambio de paradigma*. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2009.

Vélez Tangarife, Álvaro. *Economía política de las drogas en la frontera norte ecuatoriana*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019.

Vidal Tamayo, Iván. «Políticas de Mercado y Daño Social: ¿La pérdida de una generación?». En *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*, coordinado por Iñaki Rivera Beiras, 130-141. Barcelona: Anthropos, 2014.

Villavicencio Valencia, Fernando y Cristian Zurita Ron. *Arroz Verde - La industria del soborno*. Quito: La fuente, 2019.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

_____. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2012.

_____. Introducción a *Un mundo con drogas. Los caminos alternativos a la prohibición: Holanda, Estados Unidos, España, Suiza, Bolivia, y Uruguay*, de Emilio Ruchansky, IV-VIII. Buenos Aires: Debate, 2015.

Zaffaroni, Eugenio Raúl e Ílison Días Dos Santos. *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Buenos Aires: Ediar, 2019.

Zolo, Danilo. *La justicia de los vencedores: de Nuremberg a Bagdad*. Madrid: Trotta, 2007.

Artículo de Revista:

Atienza, Manuel. «Dos versiones del Constitucionalismo». *Revista Doxa* 34 (2011): 73-88. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.04>.

Aubry, Manon y Thomas Dauphin. «Bancos en el exilio: cómo los principales bancos europeos se benefician de los paraísos fiscales». Informe de *Oxfam International* (2017): 1-52. <https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/Informe%20Bancos%20en%20el%20exilio.pdf>

Ávila Santamaría, Ramiro. «Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2009): 775-793. ISSN 1510-4974.

Bachrach, Peter y Morton S. Baratz. «Two Faces of Power». *American Political Science Review* 56, n.º 4 (1962): 947-952. <https://doi.org/10.2307/1952796>.

- Barona Vilar, Silvia. «La revisión penal». *Justicia: revista de derecho procesal* 4 (1987): 849-882. ISSN 0211-7754.
- Bergalli, Roberto. «Criminología del “White-Collar crime”: forma-estado y proceso de concentración económica». *Estudios Penales y Criminológicos* VII (1984): 28-69. <http://hdl.handle.net/10347/4304>.
- Bustamante Rúa, Mónica María. «La relación del estándar de prueba de la duda razonable y la presunción de inocencia desde el garantismo procesal en el Proceso Penal Colombiano». *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín* 9, n.º 17 (2010): 71-94. ISSN: 1692-2530.
- Calvo Rojas, Eduardo. «La denominada “doctrina jurisprudencial vinculante” en el anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial». *Jueces para la Democracia* 80 (2014): 24-32. ISSN 1133-0627.
- Camisón Yagüe, José Ángel y Silvia Soriano Moreno. «Informes de Resultados de 2016 y 2017 sobre las recomendaciones propuestas por el GRECO para la prevención de la corrupción judicial en España: crónica de incumplimientos». *Teoría y Realidad Constitucional* 41 (2018): 337-356. <https://doi.org/10.5944/trc.41.2018.22120>.
- Carnevali Rodríguez, Raúl e Ignacio Castillo Val. «El Estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente». *Ius et Praxis* 17, n.º 2 (2011): 77-118. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000200005>.
- Castilla Juárez, Karlos A. «¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 13 (2013): 51-97. ISSN 1870-4654.
- Castilla Juárez, Karlos A. «La Independencia Judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano». *Estudios Constitucionales* 14 n.º 2 (2016): 53-100. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200003>.
- Checa-Godoy, Antonio. «La banca y la propiedad de los medios: el caso de Ecuador». *Revista Latina de Comunicación Social* 67 (2012): 309-337. <http://dx.doi.org/10.4185/RLCS-067-950-125-147>.
- Clérico, Laura. «Hacia el análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad». *Revista Derecho del Estado* 41 (2018): 67-96. <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.03>.
- Costa, Gino. «La situación de la seguridad en América Latina», *Revista electrónica de Derechos Humanos* 31 (2012): 1-11.

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3342/1/RAA31%20Gino%20Costa.pdf>.

- Cuesta Davu, Ajani Akin. «Responsabilidad del Estado por simple cambio de jurisprudencia en el derecho colombiano». *Revista Ratio Juris* 11, n.º 23 (2016): 47-71. ISSN 1794-6638.
- Del Campo, Esteban. «El populismo en Ecuador». *FLACSO – Sede Quito, Serie: Análisis y Discusión* 2 (1977): 2-53. <https://www.flacsoandes.edu.ec/agora/62987-el-populismo-en-ecuador>.
- Díez Ripollés, José Luis. «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7 (2005): 1-37. ISSN 1695-0194.
- Erazo Caravantes, Judith, Susana Navarro García y Eduardo Woltke. «Normas Mínimas desde la perspectiva psicosocial para los procesos de búsqueda de personas migrantes desaparecidas». *Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial*. México: 2016-2019. <https://www.refworld.org/es/pdfid/5d9269bc7.pdf>
- Ferrajoli, Luigi. «Constitucionalismo Garantista y Constitucionalismo Principialista». *Revista Doxa* 34 (2011): 15-53. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>.
- __. «Justicia penal y Democracia. El contexto extraprocesal». Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez. *Jueces para la democracia* 4 (1988): 3-7. ISSN 1133-0627.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano». *Estudios Constitucionales* 9 (2011): 531-622. ISSN 0718-0195.
- García Ramírez, Sergio. «El control judicial interno de convencionalidad». *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México* 28 (2011): 123-159. ISSN: 1870-2147
- Friedrichs, David O. «Transnational Crime and global criminology: Definitional, Typological and Contextual Conundrums» *Social Justice* 34 n.º 2 (108) (2007): 4-18. <http://www.jstor.org/stable/29768431>.
- Fuentes Osorio, Juan L. «Los medios de comunicación y el Derecho Penal». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7 (2005): 16-51. ISSN 1695-0194

- Gascón Abellán, Marina. «Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos». *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005): 127-139. <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.10>.
- Graells Font, Roger. «“Fue un juicio horrible”: la dura crítica a la sentencia de Luigi Ferrajoli». *Sin permiso* (2019). <https://www.sinpermiso.info/textos/fue-un-juicio-horrible-la-dura-critica-a-la-sentencia-de-luigi-ferrajoli>.
- Gascón Abellán, Marina Felicia. «¿Para qué sirve la teoría?». En *Anuario de Filosofía del Derecho* 29 (2013): 125-140. ISSN-0518-0872.
- Henríquez, Miriam Lorena y José Ignacio Núñez. «El control de convencionalidad: ¿hacia un no positivismo interamericano?». *Revista Boliviana de Derecho* 21 (2016): 326-339. ISSN 2070-8157.
- Hitters, Juan Carlos. «CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países? (El caso Fontevecchia Vs. Argentina)». *Estudios Constitucionales* 15, n.º 2 (2017): 533-568. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000200533>.
- Ibarra B., Víctor. «La condena de la venganza privada tras la justicia punitiva. Contraste y continuidad entre *La Orestíada* de Esquilo y el derecho hegeliano». *Ideas y Valores* 65 (162) (2016): 291-314. <https://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v65n162.46041>.
- Juan Sánchez, Ricardo. «Proceso penal y nuevas tendencias del derecho penal: El uso político-Criminal del proceso y su configuración para la aplicación de la norma penal secundaria». *Revista General de Derecho Procesal* 45 (2018). ISSN-e 1696-9642.
- Llabrés Fuster, Antoni. «Rebelión no, sedición tampoco (A propósito de la STS 459/2019, de 14 de octubre, sobre el *procés*)». *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 26 (2019): 77-110. <https://doi.org/10.36151/td.2019.16>.
- López Ulla, Juan Manuel. «El “Derecho a la Verdad” en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* 69 (2013): 127-164. <https://hdl.handle.net/10171/36689>.
- Marín Vásquez, Ramiro Alonso. «El estándar de prueba de conocimiento más allá de duda Razonable. Análisis y Evaluación de la sentencia de casación 36.357 (26-10-2011) de la Corte Suprema de Justicia de Colombia». *Revista Derecho Penal y Criminología* 35, n.º 99 (2014): 113-138. <https://doi.org/10.18601/01210483.v35n99.05>.

- Moreno Urigüen, Hernán. «Ecuador-Colombia: entendiendo el problema fronterizo». *Flacso Chile, Serie Documentos Electrónicos* 1, (2008): 1-14. <http://www.flacsochile.org/wp-content/uploads/2015/05/Ecuador-Colombia.-Entendiendo-el-problema-fronterizo.pdf>.
- Nogueira Alcalá, Humberto. «Los desafíos del control de convencionalidad del “corpus iuris” interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales». *Boletín mexicano de derecho comparado* 45, n.º135 (2012): 1167-1220. ISSN 2448-4873.
- Ortiz Sarkis, Miguel. «Orígenes y Desarrollo del Crimen Organizado en América Latina (1916-2013)». *Revista Política y Estrategia* 121 (2013): 129-150. ISSN: 0716-7415.
- Pacheco Prado, Lucas. «La Política Económica del Gobierno de Febres Cordero». *Ecuador Debate* 8 (1985): 11-30. <http://hdl.handle.net/10469/9932>.
- Pazmiño Freire, Patricio. «La acción extraordinaria de protección: eficacia y efectividad en el orden garantista». *Umbral: Revista de Derecho Constitucional* 3 (2013): 17-42. ISSN: 1390-6615.
- Pegoraro, Juan S. «La Necesidad de Jano. Teoría sociológica y delito organizado» *Seguridad Urbana, Democracia y Límites Del Sistema Penal: Actas de La Reunión Internacional “Escenario Global, Gobierno Local y Seguridad de Los Ciudadanos”* (2003): 35-50. ISBN: 84-7786-894-8.
- Pisarello Prados, Gerardo. «Ferrajoli y los derechos fundamentales». *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho* 4 (2001). ISSN-e: 1138-9877.
- Prieto, Carlos Andrés. «Bandas Criminales en Colombia: ¿Amenaza a la seguridad regional?». *Revista Opera* 12 (2012): 181-204. ISSN-e 1657-8651.
- Rivera Santiviáñez, José Antonio. «El amparo constitucional contra sentencias judiciales con autoridad de cosa juzgada. Una perspectiva del tema en Bolivia». *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional* 6 (2002): 445-462. ISSN 1138-4824.
- Rivera Beiras, Iñaki. «La memoria: categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales». *Revista Crítica Penal y Poder* 1 (2011): 40-55. <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/108697/1/618031.pdf>.
- Ruiz-Morales, Manuel L. «La evolución de la población reclusa española en los últimos treinta años». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 71 (2018): 403-490. ISSN 0210-3001.

Sánchez, Ana V. «La relación entre la propiedad y dominancia de los medios de comunicación masiva y la libertad de expresión e información social de las personas. El caso de la Televisión» *Flacso Andes* (2010): 1-25. <https://flacsoandes.edu.ec/web/imagesFTP/1272496601.trabajoepistemologiadelacomunicacionacvera.pdf>

Sánchez, Lorena Isabel. «El Ecuador frente al Plan Colombia. Inseguridad en la frontera colombo-ecuatoriana». *Revista IIDH* 38 (2003): 199-249. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R06728-5.pdf>.

Serra Cristóbal, Rosario. «La elección de los miembros del Consejo General del Poder Judicial: una propuesta de Consejo más integrador e independiente». *Teoría y Realidad Constitucional* 31 (2013): 299-322. <https://doi.org/10.5944/trc.31.2013.10310>.

Taruffo, Michele. «Tres observaciones sobre “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan». *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 28 (2005): 115-126. <https://doi.org/10.14198/DOXA2005.28.09>.

Vicente Paladines, Jorge. «” Duros contra los débiles y débiles contra los duros”: la lección no aprendida». *Defensa y Justicia* 18 (2015): 11-15. ISSN: 1390-8707.

Artículo en periódicos o magazines

«437.000 personas asesinadas en todo el mundo en 2012, según un nuevo estudio de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)». Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Acceso el 10 de junio de 2020. <https://www.unodc.org/colombia/es/press/2014/Marzo/estudio-mundial-homicidio.html>.

«Delincuencia organizada transnacional: la economía ilegal mundializada». Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Acceso el 24 de febrero de 2020. <https://www.unodc.org/colombia/es/press/2014/Marzo/estudio-mundial-homicidio.html>

«Ecuador se sitúa en el segundo puesto con menor tasa de homicidios de América del Sur, por debajo de Chile». *El Comercio*, 26 de febrero de 2019. Acceso el 12 de junio de 2020. <https://www.elcomercio.com/actualidad/violencia-homicidios-tasa-sudamerica-ecuador.html>

«Ecuador: Injerencia política en el poder judicial». *Human Rights Watch*, 20 de abril de 2018. Acceso el 14 de noviembre de 2019. <https://www.hrw.org/es/news/2018/04/20/ecuador-injerencia-politica-en-el-poder-judicial>

- «El Proceso Cóndor en Italia concluye con la absolución de la mayoría de los imputados», *Agencia EFE*, 17 de enero de 2017. Acceso el 24 de febrero de 2020. <https://www.efe.com/efe/espana/mundo/el-proceso-condor-en-italia-concluye-con-la-absolucion-de-mayoria-los-imputados/10001-3151481>
- «El rastro de una masacre». *Plan V*, 13 de octubre de 2014. Acceso el 3 de marzo de 2020. <https://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/el-rastro-una-masacre>
- «Entre 1979 y 1997, el Congreso designaba a los magistrados». *El Universo*, 18 de septiembre de 2011. Acceso el 4 de febrero de 2020. <https://www.eluniverso.com/2011/09/18/1/1355/1979-1997-congreso-designaba-magistrados.html>
- «Fue asesinado por asesinato y la mujer apareció viva». *INFOBAE*, 16 de junio de 2005. Acceso el 27 de mayo de 2019. <https://www.infobae.com/2005/06/16/190512-fue-ejecutado-asesinato-y-la-mujer-aparecio-viva/>
- «La lucha de las Dolores». *El Universo*, 19 de noviembre de 2004. Acceso el 4 de marzo de 2020. <https://www.eluniverso.com/2004/11/19/0001/10/8FA708B482DB40E7B04B6FB984A4FA0A.html>
- «Reportes de campaña ratifican irregularidades en Arroz Moreno». *Periodismo de Investigación*, 8 de julio de 2020. Acceso el 19 de octubre del 2020. <https://periodismodeinvestigacion.com/2020/07/08/arroz-moreno/>
- «Resumen de informe sobre la crisis carcelaria en Ecuador». Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, 26 de junio de 2019. Acceso el 10 de febrero de 2020. <https://www.cdh.org.ec/informes/398-resumen-del-informe-del-cdh-sobre-crisis-carcelaria-en-ecuador.html>
- «Tres nuevos jueces discrepan sobre la reorganización judicial». *El Universo*, 23 de noviembre de 2006. Acceso el 2 de marzo de 2019. <https://www.eluniverso.com/2006/11/23/0001/8/F8CBB151D46348C0BA794A391E5781A8.html>
- «Una batalla se libra por juicio a exjueza y exfiscal vinculadas al cartel de Sinaloa». *Plan V*, 10 de febrero de 2020. Acceso el 8 de junio de 2020. <https://www.planv.com.ec/investigacion/investigacion/una-batalla-se-libra-juicio-exjueza-y-exfiscal-vinculadas-al-cartel>
- Arana, Silvia. «Un millón y medio de hombres afroamericanos muertos o encarcelados en EE.UU». *Resumen Latinoamericano*, 3 de mayo de 2015. Acceso el 10 de junio de

2020. <https://www.resumenlatinoamericano.org/2015/05/03/un-millon-y-medio-de-hombres-afroamericanos-muertos-o-encarcelados-en-eeuu/>
- Carrión, Fernando. «Por Ecuador pasan 480 toneladas de drogas anuales». *Plan V*, 3 de septiembre de 2018. Acceso el 8 de julio de 2020. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/guayaquil-la-ciudad-con-mas-incautaciones-droga-ecuador>
- España, Sara. «El narcotráfico desafía a la policía del Ecuador con un coche bomba». *EL País*, 28 de enero de 2018. Acceso el 18 de julio de 2020. https://elpais.com/internacional/2018/01/28/america/1517100537_451733.html
- Fiscalía General del Estado del Ecuador. «Fiscalía vincula a la alias “Guacho” al proceso por delincuencia organizada y terrorismo». *Boletín de Prensa FGE N.º 141-DC- 2018*, 12 de junio de 2018. Acceso el 21 de julio de 2020. <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalia-vincula-a-alias-guacho-al-proceso-por-delincuencia-organizada-y-terrorismo/>
- Fiscalía General del Estado del Ecuador. «Comunicado Oficial». *Comunicado Oficial FGE N.º 003-DC-2019*, de 18 de abril de 2019. Acceso el 11 de junio de 2020. <https://www.fiscalia.gob.ec/comunicado-oficial-16/>
- Fiscalía General del Estado del Ecuador. «Prisión preventiva para dos procesados por presunto delito de lavado de activos». *Boletín de Prensa FGE N.º 435-DC-2020*, 21 de mayo de 2020. Acceso el 8 de junio de 2020. <https://www.fiscalia.gob.ec/prision-preventiva-para-2-procesados-por-presunto-delito-de-lavado-de-activos/>
- Nogueira, Humberto y Gonzalo Aguilar. «Caso Norín Catrimán: nuevamente la Corte Suprema respetuosa del derecho internacional de los derechos humanos». *Diario Constitucional.cl.*, 17 de junio de 2019. Acceso el 1 de julio de 2019. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/caso-norin-catriman-nuevamente-la-corte-suprema-respetuosa-del-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos/>
- Ortiz Fonnegra, María Isabel. «Cárceles sin rejas y en las que los presos pueden tener videojuegos». *El Tiempo*, 21 de octubre de 2018. Acceso el 26 de junio de 2020. <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/como-son-las-carceles-abiertas-de-finlandia-y-su-sistema-penitenciario-283630>
- Pachana, Allen. «Caso “González y otros”: un desaparecido rearma la tragedia». *Vistazo*, 1 de agosto de 2016. Acceso el 4 de marzo de 2020. <https://www.vistazo.com/actualidad/caso-gonzalez-y-otros-un-desaparecido-rearma-la-tragedia-EYVI30776>

Reyes Rincón. «Sentencia del “procés”: penas de 9 a 13 años para Junqueras y los otros líderes por sedición y malversación». *El País*, 15 de octubre de 2019. Acceso el 8 de junio de 2020. https://elpais.com/politica/2019/10/14/actualidad/1571033446_440448.html

Rivadeneira, Germanico. «Relator de las Naciones Unidas preocupado de la independencia de la justicia ecuatoriana». *Pichincha Comunicaciones*, 29 de septiembre de 2019. Acceso el 20 de noviembre de 2019. <https://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/relator-de-las-naciones-unidas-preocupado-de-la-independencia-de-la-justicia-ecuatoriana/>

Tesis o tesina

Baraybar do Carmo, Jose Pablo. «Diferencias en los patrones de lesiones por arma de fuego asociadas a la mortalidad en las violaciones a los derechos humanos y en conflictos armados. Un estudio exploratorio». Tesis doctoral. Universidad de Granada, 2016. <http://hdl.handle.net/10481/43489>.

Chalco Salgado, José. «Hiperpresidencialismo y principio democrático en Ecuador». Tesis doctoral. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019. <http://hdl.handle.net/10644/7075>.

Estrella C., Carmen. «La acción extraordinaria de protección». Tesis maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010. <http://hdl.handle.net/10644/1138>.

Pazmiño Freire, Leoncio Patricia. «La acción extraordinaria de protección en Ecuador: cuestiones de legitimidad y eficacia». Tesis doctoral. Universitat de València, 2015. <http://hdl.handle.net/10550/45813>.

Zalamea León, Diego. «Del Derecho penal mínimo al Derecho penal estratégico una propuesta política, criminal desde el Ecuador». Tesis doctoral. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014. <http://hdl.handle.net/10644/4098>.

Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

Castresana, Carlos. «Límites y obstáculos a los procesos de justicia transicional». Seminario presentado en la Universitat de València, Instituto de Derechos Humanos, 17 de octubre de 2019.

Navarro, Susana, Pau Pérez Sales y Franx Kernjak. «Consenso mundial de principios y normas mínimas sobre trabajo psicosocial en procesos de búsqueda e investigaciones forenses para casos de desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales». Guatemala: I Congreso Mundial de Trabajo Psicosocial en

Desaparición Forzada, Procesos de Búsqueda, Exhumación, Justicia y Verdad, 2007. www.bivipas.unal.edu.co/handle/10720/418

Ramos Ávila, J. Isabel. «La construcción mediática de la represión y el terrorismo de estado en Ecuador (1977-1988)». Conferencia pronunciada en el V congreso argentino-Latinoamericano de Derechos Humanos: Discursos y Acciones. Construyendo lazos en clave de Derechos Humanos, Universidad Nacional de Rosario, 7-10 de junio 2016.

Sozzo, Máximo. «Crisis penitenciaria en Ecuador: materiales para la crítica y la acción». Webinar presentado en la Universidad Andina Simón Bolívar - Sede Ecuador, 24 de marzo 2021.

Sitio web

Consejo de la Judicatura. «Consejo de la judicatura notificó a jueces y conjuces de la Corte Nacional de Justicia los resultados de la evaluación», 25 de octubre de 2019. Acceso el 27 de noviembre de 2019. https://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/saladeprensa/noticias/item/7420-cj_notificacion_jueces_cnj.html

Ministerio de Gobierno. «Ecuador redujo drásticamente la tasa de homicidios y asesinatos a escala internacional». Acceso el 12 de junio de 2020. <https://www.ministeriodegobierno.gob.ec/ecuador-redujo-drasticamente-la-tasa-de-homicidios-y-asesinatos-a-escala-internacional/>

Fiscalía General del Estado del Ecuador. «Caso Sobornos 2012-2016». Acceso el 13 de octubre de 2020. <https://www.fiscalia.gob.ec/caso-sobornos-2012-2016/>

Documento legal y jurisprudencia

Informe y documento público

Fiscalía General del Estado. «Rendición de cuentas, 2018». Informe publicado en febrero de 2019. Acceso el 19 de octubre de 2020. <https://www.fiscalia.gob.ec/transparencia/2019/rendicion-de-cuentas/rendicion-de-cuentas-2018-Fiscalia-General-del-Estado.pdf>

Fiscalía General del Estado del Ecuador, Dirección de la Comisión de la Verdad, peritaje: «Crímenes de lesa humanidad y aplicabilidad de la cosa juzgada fraudulenta: análisis del proceso judicial por la muerte de Ricardo Merino Serrano (Proceso Policial 854-86)».

Fondo Comisión de la Verdad. «COSENA». Archivo Nacional del Ecuador, Quito (Carpeta JU-66).

Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. «Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal Especial para Sierra Leona». Doc. S/2000/915, de 4 de octubre de 2000. Versión en PDF.
https://digitallibrary.un.org/record/424039/files/S_2000_915-ES.pdf

Orentlicher, Diane. «Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad». Comisión de Derechos Humanos, 2 de agosto de 2005.
https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1

Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. «Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas». Washington: OEA, 2007.
<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Español%2020507.pdf>

Casos nacionales

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 004-13-SAN-CC, de 13 de junio de 2013, Caso No. 0015-10-AN.

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado. «Defensoría del Pueblo y otros contra Wilson Ramiro Zapata Suarez y otros». Número de proceso: 1772120151819. Consulta:
<http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 12-2015, Suplemento de Registro Oficial n.º 592, de 22 de septiembre de 2015.

Corte Nacional de Justicia, juicio penal por el delito contra la vida, Sentencia del Caso «González y otros» del 16 de diciembre del 2014, causa n.º 1502-2014. Proceso judicial n.º 17721-1631-2013

Fiscalía de Comisión de la Verdad. «Caso Azuay», n.º de delito 010101818050511, del 15 de mayo de 2018. Página de consulta:
<https://www.gestiondefiscalias.gob.ec/siaf/informacion/web/noticiasdelito/index.php>

Fiscalía de Comisión de la Verdad. «Caso Ivonne Cazar», n.º de delito 010101816030423, del 11 de marzo de 2016. Página de consulta:
<https://www.gestiondefiscalias.gob.ec/siaf/informacion/web/noticiasdelito/index.php>

Fiscalía de Comisión de la Verdad. «Caso Damián Peña», n.º de delito 010101818050505, del 14 de mayo de 2018. Página de consulta: <https://www.gestiondefiscalias.gob.ec/siaf/informacion/web/noticiasdelito/index.php>

Fiscalía de Personas y Garantías – Casa de Justicia. «Caso Arturo Jarrín», n.º de delito 170101818112940, del 19 de noviembre de 2018. Página de consulta: <https://www.gestiondefiscalias.gob.ec/siaf/informacion/web/noticiasdelito/index.php>

Juzgado Primero de Garantías Penales. «Ivonne del Rocío Cazar Ramírez contra Cesar Augusto Jerves Rojas y Diego Simón Gomezjurado». Número de proceso: 0165119960095. Consulta: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Juzgado Segundo del Primer Distrito de la Policía Nacional, Juicio N° 074- 87, de 24 de septiembre de 1987, Ecuador.

Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Argentina, Proceso contra *Massera* y otros, n.º 30514, Sentencia de 9 de septiembre de 1999.

Norma jurídica Interna

Código de Procedimiento Penal (*Strafprozessordnung*) (StPO), 7 de abril (*Gaceta de Leyes Federales* I, 15 de abril de 1987, Alemania).

Ley 906 de 2004, 1 de septiembre, Código de Procedimiento Penal Colombiano (Diario Oficial núm. 45.657 de 31 de agosto de 2004, Colombia).

Ley 19.696, 29 de septiembre, Código Procesal Penal de Chile (Ministerio de Justicia, 12 de octubre de 2000, Chile).

Ley 275/79, 2 de agosto, Ley de Seguridad Nacional (*Registro Oficial* núm. 892 de 9 de agosto de 1979, Ecuador).

Decreto Ejecutivo 305, 3 de mayo, Ley de protección e inmunidad de la Comisión e la Verdad (*Registro Oficial* núm. 87 de 18 de mayo de 2007, Ecuador).

Constitución del Ecuador, 20 de octubre (*Registro Oficial* núm. 449 de 20 de octubre de 2008, Ecuador).

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

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 21 de septiembre (*Registro Oficial Suplemento* núm. 52 de 22 de octubre de 2009, Ecuador).

Código Orgánico Integral Penal, de 3 de febrero (*Registro Oficial* núm. 180 de 10 de febrero de 2014, Ecuador).

Real Decreto, de 14 de septiembre, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*BOE* núm. 260 de 17 de septiembre de 1882, España).

Constitución Española, 27 de diciembre (*BOE* núm. 311 de 29 de diciembre de 1978, España).

Ley Orgánica 6/1985, 1 de julio, del Poder Judicial (*BOE* núm. 157 de 2 de julio de 1985, España).

Ley 41/2015, 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (*BOE* núm. 239 de 6 de octubre de 2015, España).

Norma jurídica Internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 de noviembre de 1969, Organización de los Estados Americanos (OEA), disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Convenios de Ginebra, 12 de agosto de 1949. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/publications/convenios-gva-esp-2012.pdf>

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969, disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

Convención para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, 11 de noviembre de 1970. Asamblea General, resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/WarCrimes.aspx>

Declaración de MALABO. "Tercera cumbre América del Sur – África (ASA). 20-22 de febrero de 2013, disponible en: https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2014/09/declaracion_de_malabo-esp%C3%B1ol.pdf

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948. Asamblea General, resolución 217 A (III), disponible en: [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III))

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 1 de julio de 2002, disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, 8 de noviembre de 1994, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resolución 955 disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/ProfessionalInterest/Pages/StatuteInternationalCriminalTribunalForRwanda.aspx>

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 25 de mayo de 1993, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, resolución 827, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo de 1976. Asamblea General, resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, 31 de diciembre de 1950, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional y presentados a la Asamblea General, disponible en: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm>

Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977. Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>

Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas, New York y Ginebra (2016), disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf

Resolución 70/175 de la Asamblea General “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)” A/RES/70/175 (17 de diciembre de 2015), disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/70/175>

Jurisprudencia Nacional Interna

Audiencia Nacional. Sala Penal, Sección 2ª, SAN 20/2018, de 17 de mayo. (España)

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 3-19-CN/20, de 29 de julio del 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 141-18-SEP-CC, de 18 de abril de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 1598-13-EP/19, de 19 de diciembre de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia n.º 021-10-SEP-CC, de 11 de mayo de 2010.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-979/05, de 26 de septiembre de 2005.

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, N.º 26077, Sentencia de 1 noviembre de 2007.

Tribunal Constitucional de España, sentencia 37/2012, de 19 de marzo (*BOE* núm. 88, de 12 de abril de 2012).

Tribunal Constitucional de España, sentencia 240/2005, de 10 de octubre (*BOE* núm. 273, de 15 de noviembre de 2005).

Jurisprudencia Internacional

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Sentencia “Caso Asociación Africana de Malawi y otros c. Mauritania”, de 11 de mayo de 2000.

__. Sentencia “Caso Foro de ONG de derechos humanos de Zimbabwe c. Zimbabwe”, de 21 de mayo de 2006.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Comunicación No. 387/1989, “Caso Arvo O. Karttunen v. Finlandia”, del 5 de noviembre de 1992.

__. Comunicación No. 778/1997, “Caso José Antonio Coronel y otros v. Colombia”, del 29 de noviembre de 2002.

__. Comunicación No. 1436/2005, “Caso Sathasivam y otros c. Sri Lanka”, del 8 de julio de 2008.

__. Comunicación No. 1447/2006, “Caso Abubakar Amirov y otros c. Rusia”, del 2 de abril de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia “Caso Hugo Rodríguez Vs. Uruguay”, de 9 de agosto de 1994.

- ___ . Sentencia “Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana”, de 27 de febrero de 2002.
- ___ . Sentencia “Caso Myrna Chang Vs. Guatemala”, de 25 de noviembre de 2003.
- ___ . Sentencia “Caso Carpio Nicolle y Otros Vs. Guatemala”, de 22 de noviembre del 2004.
- ___ . Sentencia “Caso Huilca Tecse Vs. Perú”, de 3 de marzo de 2005.
- ___ . Sentencia “Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam”, de 15 de junio de 2005.
- ___ . Sentencia “Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala”, de 20 de junio de 2005.
- ___ . Sentencia “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, de 26 de septiembre de 2006.
- ___ . Sentencia “Caso La Cantuta Vs. Perú”, de 29 de noviembre de 2006.
- ___ . Sentencia “Caso Escher y otros Vs. Brasil”, de 6 de junio del 2009.
- ___ . Sentencia “Caso Anzualdo Castro Vs. Perú”, de 22 de septiembre de 2009.
- ___ . Sentencia “Caso Garibaldi Vs. el Brasil”, de 23 de septiembre de 2009.
- ___ . Sentencia “Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela”, de 20 de noviembre de 2009.
- ___ Sentencia “Caso Radilla Pacheco Vs. México”, de 15 de diciembre de 2009.
- ___ . Sentencia “Caso Helman Vs. Uruguay”, de 24 de febrero de 2011.
- ___ . Sentencia “Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina”, de 29 de noviembre de 2011.
- ___ . Sentencia “Caso Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana”, de 24 de octubre de 2012.
- ___ . Sentencia “Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador”, de 25 de octubre de 2012.
- ___ . Supervisión de cumplimiento de Sentencia “Caso Helman Vs. Uruguay”, de 20 de marzo de 2013.

___ . Sentencia “Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) Vs. Ecuador”, de 23 de agosto de 2013.

___ . Sentencia “Caso Norín Catrimán y Otros Vs, Chile”, de 29 de mayo de 2014.

___ . Sentencia “Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia”, de 15 de septiembre de 2015.

___ . Sentencia “Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”, de 31 de enero de 2016.

___ . Sentencia “Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú”, de 22 de junio de 2016.

___ . Supervisión de cumplimiento de sentencia “Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina”, de 22 de noviembre de 2016.

___ . Sentencia “Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala”, de 9 de marzo de 2018.

___ . Sentencia “Caso Valenzuela Ávila Vs. Guatemala”, de 11 de octubre de 2019.

___ . Sentencia “Caso Noguera y otra Vs. Paraguay”, de 9 de marzo de 2020.

___ . Sentencia “Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú”, de 12 de marzo de 2020.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia “Asunto Barberá, Messegué y Jabardo contra España”, de 6 de diciembre de 1988.

___ . Sentencia “Caso Abdülsamet Yaman v. Turquía”, de 2 de noviembre de 2004.

___ . Sentencia “Caso del Rio Prada contra España”, de 21 de octubre de 2013.

___ . Sentencia “Caso Pomilyayko c. Ucrania”, de 11 de febrero de 2016.