



**Universidad Internacional del Ecuador**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**TESIS DE GRADO PREVIA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE**

**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS**

**TEMA:**

**“LA PROBLEMÁTICA FÁCTICA Y NORMATIVA DEL ARCHIVO  
DEFINITIVO DE LA INDAGACIÓN PREVIA”.**

**AUTOR:**

**FRANCISCO JAVIER SAUD TERÁN**

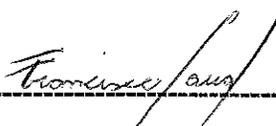
**DIRECTOR:**

**DR. PAUL CAMACHO**

**QUITO -2014**

**Yo, Francisco Javier Saud Teran, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y, que se ha consultado la bibliografía detallada**

**Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, sin restricción de ningún género o especial.**



Handwritten signature of Francisco Saud Teran, written in cursive over a dashed horizontal line.

**Firma**

**Yo, Paul Camacho, certifico que conozco al autor (a) del presente trabajo siendo responsable exclusivo tanto en su originalidad, autenticidad, como en su contenido.**



Handwritten signature of Paul Camacho, written in cursive over a dashed horizontal line.

**Firma**

## **AGRADECIMIENTO**

Un especial agradecimiento al Dr. Paul Camacho, por todo la disponibilidad y tiempo que me entrego para poder realizar esta investigación, de igual forma dejo constancia de todo el apoyo que recibí la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Internacional del Ecuador para poder terminar satisfactoriamente esta investigación.

## **DEDICATORIA**

A mi abuelo querido partiste hace poco, espero que estés orgulloso de mi todo este trabajo fue inspirado por ti, y a mi madre la persona que siempre ha estado a mi lado y que nunca dejo de creer en mí, les dedico esta investigación a Ustedes pilares primordiales en mi vida.

## **SÍNTESIS DE LA TESIS**

Este trabajo de investigación aborda la problemática jurídica y fáctica existente en torno al archivo definitivo de la indagación previa, pues la normativa adjetiva penal ecuatoriana faculta al fiscal para que, a pesar de existir una resolución judicial que autoriza dicho archivo definitivo, si existen nuevos elementos de convicción, se puede solicitar la reapertura de la investigación. Preliminarmente se defiende la tesis de que dicha reapertura atenta contra el principio de cosa juzgada, de esta forma en esta investigación, se recopilan criterios doctrinarios y jurisprudenciales que defienden la teoría de que, efectivamente, la reapertura de la investigación penal que fue archivada definitivamente, atenta contra el principio de cosa juzgada y contra la seguridad jurídica.

## INTRODUCCIÓN

La problemática que existe en relación al archivo definitivo de la indagación previa, radica en que preliminarmente se determina la vulneración al principio de cosa juzgada, por cuanto la declaratoria del juez en donde dispone dicho archivo, debería generar la seguridad jurídica para quien se ve involucrado dentro de un proceso penal; lo cual no ocurre, pues la normativa adjetiva penal determina que, de encontrarse nuevos indicios acerca de la responsabilidad subjetiva de la infracción penal, pueda reabrirse la investigación. Para realizar este análisis se inició, en el primer capítulo con el análisis histórico y doctrinario del principio de la cosa juzgada, así como de las características del mismo; también se estudia el marco doctrinario referente a la naturaleza e importancia del archivo, tanto definitivo como provisional de la indagación previa, así como de la reapertura de la investigación en el uno y otro caso.

En un segundo capítulo se realiza un análisis acerca del marco jurídico que sustenta la investigación, es de esta manera que, partiendo del estudio del derecho constitucionalmente consagrado, a la seguridad jurídica y la importancia de que las resoluciones firmes y ejecutoriadas de cualquier operador jurídico se mantengan como tal, es decir inamovibles y firmes, pues de lo contrario se está vulnerando el principio de cosa juzgada, y al mismo tiempo el derecho a la seguridad jurídica; con estos parámetros se realiza el análisis de las normas jurídicas relacionadas con las variables componentes de la investigación, es decir, se estudia y analiza el archivo provisional y definitivo de la indagación previa en el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, así como también en otras legislaciones de la región, como México y Argentina.

Este tema de investigación es bastante controvertido por diversos tratadistas, por lo menos en la región latinoamericana, por ello fue necesario buscar y encontrar un fallo que sustente la tesis de investigación, es de esta forma que en el capítulo tercero, denominado, “Análisis de casos prácticos”, se realiza una recopilación de índices estadísticos cuantitativos y cualitativos en nuestro país acerca de casos que han sido archivados definitivamente; en este orden de ideas, y para darle mayor sustento a la tesis defendida en este trabajo investigativo, se estudia también la sentencia C-1154/05 emitida por la Corte

Constitucional de Colombia, una de las más emblemáticas del mundo y de nuestra región. Para finalizar este capítulo se esboza una propuesta de reforma jurídica al Código de Procedimiento Penal, a fin de subsanar esta clara vulneración al principio de cosa juzgada y consecuentemente al derecho a la seguridad jurídica.

Finalmente en el cuarto y último capítulo, se realizan a manera de conclusiones y recomendaciones, dentro de las cuales se recopilan los argumentos sustanciales para defender la posición de que la reapertura de las investigaciones, cuando la indagación previa has sido archivada definitivamente con autorización judicial, corroborándose de esta forma la hipótesis planteada durante el diseño del plan de tesis.

## **CAPÍTULO I**

### **ANTECEDENTES DOCTRINARIOS DE LA COSA JUZGADA Y DEL ARCHIVO DE LA INDAGACIÓN PREVIA**

#### **1.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA**

El archivo provisional y definitivo de la indagación previa son dos figuras jurídicas que facultan al fiscal a fin de que, de no hallar mérito en su investigación para determinar la responsabilidad del individuo, o de considerar que no existe infracción alguna, archive la indagación.

En ambos casos la ley prevé la posibilidad de reabrir la investigación penal. En el archivo provisional no hay ningún problema en que se reinicie la investigación por parte de la Fiscalía; el problema radica básicamente en que en el archivo definitivo, el auto del juez que determine el archivo definitivo de la Indagación Previa y la extinción de la acción penal, en virtud del principio de la cosa juzgada, no debería abrirse nuevamente, inclusive por proteger el derecho a la seguridad jurídica del imputado, que ya se cree liberado del proceso indagatorio; ahora bien el mismo Código de Procedimiento Penal establece en el capítulo referente a la indagación previa que si llegase a manos del fiscal

nuevas pruebas que le permitan imputar a una determinada persona, y la acción no estuviese prescrita según las reglas generales, este podrá iniciar nuevamente la investigación, pero esta vez se inicia ya la instrucción fiscal. En este punto se deja en tela de duda la vigencia y eficacia jurídica del principio de la Cosa juzgada en materia penal, pues su carácter sacramental se estaría viendo vulnerado.

Por su parte el código penal no considera al archivo definitivo como una causa de la extinción de la acción penal. Según nuestro marco jurídico el Fiscal puede darle nuevamente vida a la investigación mediante una instrucción fiscal a pesar de que la providencia que declaró el archivo definitivo del proceso goce del efecto de cosa juzgada. Al respecto el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal estatuye en su inciso segundo:

Art. 215. Inc. 2.-

Sin embargo, si llegaren a poder del Fiscal elementos que le permitan imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, iniciará la instrucción aunque el plazo hubiere fenecido, siempre que la acción penal no hubiere prescrito según las reglas generales. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

Sin embargo no solamente la prescripción extingue la acción penal, sino que también la muerte del procesado por ejemplo, en tal caso la Fiscalía mal podría instaurar la Instrucción Fiscal cuando el procesado ha fallecido, aduciendo que tiene pruebas para demostrar el elemento objetivo o subjetivo del tipo penal.

## 1.2. LA COSA JUZGADA.

La cosa juzgada es una institución jurídica del Derecho Procesal, en virtud de la cual, una sentencia firme es inamovible a menos que existan circunstancias supervinientes, mismas que dependen de cada caso concreto, así por ejemplo, a pesar de existir cosa juzgada en una sentencia penal condenatoria, mediante un Recurso de Revisión se podría revocar la condena cuando existan nuevos elementos probatorios que demuestren la inocencia del sentenciado. Asimismo vale precisar que esta institución se relaciona directamente con el derecho a la seguridad jurídica, constitucionalmente tutelado. Un sustento de aquello lo da el Diccionario Jurídico Mexicano al determinar lo siguiente:

Cosa juzgada. 1. (Del latín *res judicata*.) Se entiende como tal la inmutabilidad de lo resuelto en las Sentencias o resoluciones firmes, salvo cuando éstas puedan ser modificadas por circunstancias supervinientes.

Esta institución establecida por razones de seguridad jurídica, es una de las más difíciles de precisar, ya que sobre su naturaleza jurídica, límites y efectos se han elaborado numerosas doctrinas y se han producido acalorados debates... (**Diccionario Jurídico Mexicano, 1982**)

Al mismo tiempo debemos anotar que, a más del derecho a la seguridad jurídica, este instituto jurídico procesal guarda estrecha relación con el principio de *Non bis in ídem*, consagrado también constitucionalmente. Sin embargo cabe aclarar así mismo que éste último se relaciona con el derecho a no ser procesado penalmente por la misma causa, lo que en el tema de análisis no resulta pertinente por cuanto la indagación previa no se considera parte del proceso penal aún.

### 1.2.1. COSA JUZGADA EN EL DERECHO PENAL

Una vez entendida la noción procesal y jurídica del significado e importancia de la institución procesal de la cosa juzgada, bien vale decir que en el ámbito penal, tiene una perspectiva diferente, de esta manera el tratadista mexicano Víctor Fairén establece la existencia de dos teorías que buscan explicar la naturaleza jurídica de las sentencias penales y su relación con el efecto de la cosa juzgada, bien sea esta formal o material, en este sentido, al citar a Gómez Orbaneja, determina lo siguiente:

El objeto o tema de sentencia penal es un hecho individualizado, considerado por la acusación – al abrirse el juicio oral – como delito; no un título determinado de delito ni una determinada consecuencia jurídico-penal.

Y continúa diciendo:

Mas en torno al concepto de hecho penal – y ello nos sirve para delimitar objetivamente la cosa juzgada – hay dos doctrinas predominantes A) la teoría realista o histórica, para la cual, el hecho se identifica con los datos de lugar, tiempo, resultado, etcétera; B) la teoría normativa, para la cual requiere la norma penal calificadora, sin la cual el hecho, a efectos penales, no es posible seleccionarlo, identificarlo, individualizarlo. Con lo cual se nos plantea que sea el hecho, al que afecte la cosa juzgada, que es uno de sus elementos identificadores. De ahí la trascendencia de que se fijen los elementos esenciales y accidentales del hecho. **(FAIRÉN GUILLÉN, 1992, pág. 526 y 527)**

De acuerdo a la primera teoría, el hecho tiene que ser particularizado histórica y materialmente, dejando de lado los caracteres de la ley, en este caso penal; resumiendo a (FAIRÉN GUILLÉN, 1992, pág. 527), puede iniciarse un segundo proceso penal sobre el mismo hecho, aplicando una norma jurídica distinta, o como él mismo lo dice: “...se podría proceder por el mismo hecho fundándose en elementos incluidos en su *unidad material*”.

Por otra parte, la segunda teoría nos habla acerca de los elementos normativos positivos que refieren a los hechos procesados y a los hechos juzgados, de esta forma Muñoz Rojas, citado por el mismo Víctor Fairén, sostiene lo siguiente:

La calificación jurídica del hecho, contenida en la sentencia, no es, sin embargo, la determinante del dato objetivo de la cosa juzgada, y la razón es fácil de comprender, ya que, si así fuese, bastaría cambiar la calificación jurídica del mismo hecho para encontrarnos con un hecho nuevo y, por tanto, respecto de él no cabría formula la excepción de cosa juzgada. (FAIRÉN GUILLÉN, 1992, pág. 527)

En el mismo sentido el ya referido Gómez Orbaneja nos ilustra con la siguiente explicación:

*...no es cierto que se pueda prescindir incondicionalmente de una consideración normativa del hecho para establecer su identidad. Si se prescindiera, no cabría, por ejemplo, penar como encubridor al que hubiera*

sido acusado como autor (o viceversa), ya que el hecho del encubridor es histórica o materialmente distinto del autor. Correlativamente, se podía volver a proceder acusándole de autor, al que ya hubiese sido condenado – o absuelto – *como encubridor...* *Aún más: por ejemplo, en el delito de homicidio, sería absurdo decir que la muerte del sujeto pasivo no constituye un elemento esencial del hecho. Sin embargo, al condenado por homicidio frustrado no se le podría perseguir de nuevo a pretexto de que la muerte se ha comprobado – o incluso ha resultado- con posterioridad. (FAIRÉN GUILLÉN, 1992, pág. 527 y 528)*

Ahora bien, sea de una u otra manera, lo cierto es que en materia penal el principio de la cosa juzgada no es absoluto, pues en determinadas ocasiones, incluso cuando el proceso está concluido, y del procesado se encuentra cumpliendo la condena, cabe el Recurso de Revisión si aparecieren nuevas pruebas que demostraran de manera fehaciente la inocencia del sentenciado, o peor aún, la inexistencia del delito. Esta situación, revista una importancia trascendental dentro de nuestro estudio, porque estamos aceptando dentro de nuestra concepción, que cuando se trata de favorecer a la plena vigencia de los derechos humanos, la regla no puede ser absoluta si aplicándola al caso concreto es, por demás injusta; en el proceso penal entonces, se está poniendo en juego un derecho de carácter fundamental, como es la libertad, por lo que los efectos de la cosa juzgada no siempre pueden aplicarse de una manera taxativa e inamovible, a más de esto se debe considerar que están en juego otros derechos, como el derecho al patrimonio, a la honra, etc., todos constitucional e internacionalmente tutelados, y se pueden ver restringidos o anulados mediante una sentencia penal desfavorable al reo.

### 1.2.2. CARACTERÍSTICAS

La principal característica de esta figura jurídica del Derecho Procesal, es que brinda una garantía a las partes litigantes en lo referente a la inamovilidad del fallo final del juez, y es precisamente eso lo importante, por cuanto, la persona que resulto favorecida de una sentencia, tiene el derecho a estar segura de que ese fallo es definitivo, para de esta manera proceder a la ejecución del mismo, en este sentido el efecto de la sentencia una vez ejecutoriada, impide que se siga un nuevo proceso por la misma causa, entre las mismas partes, al efecto, el profesor Néstor Raúl Correa Henao realiza la siguiente descripción:

¿Cuál es el valor probatorio de una sentencia de tutela en otro proceso judicial? (...) *el fallo de tutela es mera prueba en ese segundo proceso de responsabilidad, mas no cosa juzgada.* En esas condiciones, los hechos, las pruebas y demás aspectos de la tutela no tienen el carácter de indiscutibles. Al contrario, son discutibles en la nueva sede judicial. Tal afirmación, empero, habría que atenuarla para la parte resolutive del fallo de tutela, el cual no puede ser modificado en el nuevo proceso, abstracción hecha, desde luego, de la tutela transitoria. Y esta afirmación, a su vez, tiene un segundo matiz: una cosa es el fallo que concede la tutela –que es indiscutible-, y otra cosa es el fallo que niega la tutela, el cual no comporta una exoneración para otros regímenes jurídicos, de suerte que el campo queda aún más despejado para futuros pronunciamientos. (CORREA HENAO, 2005, pág. 292)

Entonces de acuerdo a esta premisa, podemos colegir que las características de la cosa juzgada son, a decir de Nattan Nisimblat, son:

...i) *el fallo de tutela es mera prueba* en un segundo proceso judicial;

ii) el fallo de tutela no hace tránsito a cosa juzgada material, es, por lo tanto, un fallo meramente formal;

iii) el proceso de tutela, atípico como se lo reconoce, violaría el derecho a la defensa de la parte contra quien se concede el amparo o de quien, habiéndolo pedido, no le es concedido, en virtud de la imposibilidad de controvertir las pruebas o de aportar las necesarias para ejercer el pleno derecho a la defensa ;y,

iv) la ausencia de defensa técnica torna en reversible la decisión adoptada en la sentencia de tutela. (NISIMBLAT, 2009, pág. 264)

Haciendo una comparación analógica con estos procesos de tutela constitucional, podemos entender el espíritu el mismo, de esta manera la cosa juzgada material tendría efectos con otros procesos judiciales, mas, la cosa juzgada en sentido formal, hace referencia a los procedimientos internos dentro del proceso en general, que precluyen y no pueden volverse a tramitar.

### **1.2.3. CLASIFICACIÓN**

Doctrinariamente se conocen y son universalmente aceptadas dos tipos de cosa juzgada, una de orden formal y otra de orden material, en esta forma el tratadista Víctor Fairén explica que:

Se trata de dos figuras diferentes aunque relacionadas. Hay resoluciones judiciales que surten los dos efectos (...) – las sentencias - ; pero hay otras que (las resoluciones ordinarias en interlocutorias de un proceso) que solo surten efectos de cosa juzgada formal se refiere al interior del proceso y la cosa juzgada material se refiere a las relaciones de ese proceso ya resuelto; de vincular a otro proceso en curso; efecto exterior al primer proceso. Puede decirse que la cosa juzgada es una consecuencia de la preclusión. (FAIRÉN GUILLÉN, 1992, pág. 519)

Bajo esta perspectiva, tenemos las siguientes clases de cosa juzgada:

#### **1.2.3.1. LA COSA JUZGADA FORMAL**

El jurista antes citado, con referencia a este tipo de cosa juzgada refiere lo siguiente:

Todas las resoluciones judiciales vinculan al juez o tribunal que las dictó una vez firmadas, y son invariables si contra ellas no cabe recurso alguno; o bien, si lo hay, cuando este ha sido resuelto, o ha sido desaprovechado al no interponerse en tiempo y forma, o se le ha desistido. Se trata, en el primer caso – y en los demás -, de la inimpugnabilidad de esta resolución dentro del mismo proceso. Faceta de preclusión. (FAIRÉN GUILLÉN, 1992, pág. 520)

La doctrina penal acepta que el principio de cosa juzgada, o que la preclusión, opere incluso dentro de las actuaciones judiciales, en un sentido formal, que se desarrollan en el proceso penal. Sí el Fiscal le solicita al juez penal, dentro de una indagación previa el archivo definitivo de la misma, y no habiendo impugnación a la resolución judicial que la acepta, la facultad para interponer recurso alguno precluye, y sobre la indagación previa en general surte efecto de cosa juzgada material, pues no se podrá en lo sucesivo iniciar una nueva acción penal que tenga identidad de causa.

La Suprema Corte de la Nación en México, siguiendo la línea lógica de pensamiento expuesta en el párrafo anterior, lo entendió así, y al efecto se cita un extracto del siguiente fallo:

CONFORME AL TEXTO Y ESPIRITU DEL ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL, AL MINISTERIO PUBLICO LE ES CONFERIDA LA ACCION PERSECUTORIA DEL DELITO, DE MANERA QUE LOS PARTICULARES NO PUEDEN SUPLANTAR, EN ESA FUNCION, A LA AUTORIDAD EN QUIEN LA SOCIEDAD HA DEPOSITADO DE MODO EXCLUSIVO LA ACTIO, SIN DUDA ALGUNA PARA EVITAR LOS EXCESOS A QUE DABA LUGAR LA VENGANZA PRIVADA; Y ARRANCADO ASI EL PODER DE SOLICITAR LA ACTUACION DE LA CONCRETA VOLUNTAD DE LA LEY, AL PARTICULAR, ESTE HA DE ACUDIR AL ORGANO MINISTERIO PUBLICO EN DENUNCIA O QUERRELLA, EN TERMINOS DEL ARTICULO 16 DE LA PROPIA CARTA FUNDAMENTAL DE LA NACION, COMO REQUISITO PREVIO, SI QUIERE QUE EL PODER DE OBRAR ADQUIERA LAS FORMAS PROCESALES. DEL MISMO MODO, LA JURISDICCION ESTA IMPEDIDA DE INICIAR LA SECUELA SIN EL PREVIO JUS AGERE DEL MINISTERIO PUBLICO, DE MANERA QUE LA DECISION SOBRE LA PROCEDENCIA O IMPROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCION PERSECUTORIA, ESTA LIBRADA A FAVOR DEL MINISTERIO

PUBLICO, SUJETA AL PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD; Y SI EL PROCURADOR DE JUSTICIA DEL ESTADO ACTUO DENTRO DE LAS FACULTADES QUE LE OTORGAN DIVERSOS ARTICULOS APLICABLES DE LA LEY ORGANICA RESPECTIVA, HA DE CONCLUIRSE QUE EL ACUERDO DICTADO POR EL MISMO, AL ORDENAR QUE NO SE EJERCITARA LA ACCION PENAL, LO FUE DENTRO DE SU ESFERA JURIDICA, CREANDO UNA SITUACION DE PRECLUSION, A FAVOR DE LA INDICIADA Y EN CONTRA DE LA DENUNCIANTE. EN EFECTO, YA SEA QUE SE ADMITA QUE LA DENUNCIANTE PUEDE ACUDIR AL JUICIO DE GARANTIAS CONTRA LAS RESOLUCIONES DE ESTA INDOLE, O QUE SE SOSTENGA QUE LE ESTA IMPEDIDO DEMANDAR LA PROTECCION CONSTITUCIONAL CONTRA ESE ACTO DE AUTORIDAD, ES INDISCUTIBLE QUE CAUSO ESTADO LA RESOLUCION QUE DECLARO QUE NO HABIA DELITO QUE PERSEGUIR, Y QUE EL MINISTERIO PUBLICO, A TRAVES DE UNO DE SUS AGENTES, NO PUEDE REVIVIR LA AVERIGUACION CONCLUSA, DANDOLE CARACTER REVOCATORIO AL ACUERDO DE SU SUPERIOR, Y DESTRUYENDO LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA; Y SI SON LOS MISMOS HECHOS, AUNQUE EJECUTADOS EN DISTINTOS TIEMPOS Y CON DIVERSA CLASIFICACION, LOS QUE FUERON OBJETO DE LA DECLARACION ALUDIDA DEL PROCURADOR DE JUSTICIA, DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL Y DEL AUTO DE FORMAL PRISION COMBATIDO, SE LLEGA A LA AFIRMACION DE QUE APRECIADO ESE ACTUAR DE LA INCULPADA COMO NO ILICITO PENAL, NO PODIA CON POSTERIORIDAD SER ENJUICIADO COMO HECHO CONSTITUTIVO DE DELITO, POR LA CONTRADICCION LOGICA QUE ESTO IMPLICA Y LA NEGACION JURIDICA QUE LLEVA EN SI. (ACCION PENAL, PRECLUSION DE LA RESOLUCION QUE ORDENA EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL MINISTERIO PUBLICO, 1950)

Tal y como se colige de esta sentencia, la justicia mexicana es de opinión, que la preclusión de la resolución del Ministerio Público que ordena el no ejercicio de la acción penal, surte el efecto de cosa juzgada por lo que es inamovible.

### **1.2.3.2. LA COSA JUZGADA MATERIAL**

Esta institución Jurídica pone fin a acciones judiciales que quieran interponerse después de ejecutoriado el fallo resolutorio del juez de última instancia, de esta forma tiene efectos exteriores, con relación a la sentencia, y al proceso en sí, debido a que le impide a cualquiera de las partes en litigio, que demande nuevamente por la misma causa, y con el mismo objeto, es decir, con identidad objetiva y subjetiva. Esto también en relación con el derecho a la seguridad jurídica.

El jurista (FAIRÉN GUILLÉN, 1992, pág. 521), al referirse a la cosa juzgada material, explica que ésta “...es la exclusión – teórica – de la posibilidad de volver a tratar y a decidir sobre el mismo asunto con firmeza...” y si acaso llegare a iniciarse un segundo proceso, éste tendría que culminar con un fallo judicial que condene al imputado por segunda ocasión, violando de esta forma el principio constitucional de non bis in ídem.

Visto en este sentido, el caso que nos ocupa, en ningún momento corresponde a este tipo de cosa juzgada, porque al hablar de indagación previa, no estamos hablando de un proceso y menos aún de una sentencia, por lo que los efectos exteriores de la institución de la cosa juzgada no pueden invocarse, sino únicamente la cosa juzgada material.

#### **1.2.4. LA COSA JUZGADA Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA**

La razón de ser del principio de la cosa juzgada se basa precisamente en el principio de orden constitucional denominado seguridad jurídica, a su vez constituye un pilar y una característica fundamental dentro del estado de derecho, el pleno respeto al ordenamiento jurídico, que, sin ser el único, representa uno de los presupuestos esenciales para construir un estado democrático; bajo esta perspectiva el derecho a la seguridad jurídica adopta dos dimensiones plenamente identificables; por un lado, representa la obligación del legislador y de toda autoridad pública que tenga potestad normativa, de adecuar tanto en la forma, así como en el fondo las leyes y reglamentos, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución.

En consecuencia de aquello la seguridad jurídica, en cuanto a la existencia de normas claras y previas, así como su aplicación por parte de los operadores jurídicos, es un requisito fundamental, dentro de un Estado de Derecho, y más aún en un Estado de derechos como es el Ecuador, de acuerdo al artículo 1 de la Carta Magna ecuatoriana.

Dicho esto es fácil comprender que un régimen jurídico que no respeta la constitución, con actuaciones administrativas o jurídicas que no se sujetan a los parámetros legales preestablecidos, constituyen arbitrios que destruyen la esencia misma de la convivencia social en democracia, porque nunca la voluntad de unos pocos debe prevalecer arbitrariamente por sobre la voluntad y los intereses del pueblo; así como tampoco, la voluntad de la mayoría puede ni debe imponerse sobre los derechos de las fuerzas minoritarias.

De esta forma, la expedición de normas jurídicas procesales o sustantivas, implica que se alcance en la mayor medida de lo posible el valor justicia, de esta manera el fin del modelo de Estado neoconstitucionalista, se fundamenta en la protección de los derechos fundamentales, como fin primordial y último del Estado en todos los niveles de su gestión política y administrativa; el campo legislativo no puede quedarse atrás, por lo que se vuelve imperiosa la necesidad, de que en virtud del derecho a la seguridad jurídica, y del valor justicia y democracia, se propenda a salvaguardar los derechos humanos y fundamentales de las personas, que, por una u otra circunstancia se ven inmersas en una investigación penal.

Con esto se quiere decir, que la seguridad jurídica es un derecho que, no por el sólo hecho de estar vinculado a una investigación criminal o a un proceso penal, se lo puede coartar o limitar, sino que por el contrario, debe ser la premisa fundamental de todo el pre proceso y proceso penal, pues se están jugando otros derechos, como la vida, la integridad física y moral, la libertad, entre otros valores directrices de la persona como ser humano.

Diremos también que el derecho a la seguridad jurídica, está contemplado en la Constitución en el artículo 82, mismo que tiene concordancia con el principio de unidad jurisdiccional contemplado en el artículo 84 del cuerpo constitucional, en virtud del cual, el órgano legislativo está en la obligación de adecuar formal y materialmente las leyes a fin de que no contradigan, ni en el fondo ni en la forma a la Carta de Montecristi.

Por otro lado, bien vale señalar la apreciación que hace (CARBONELL, pág. 585) al respecto cuando expresa que: “Los derechos de seguridad jurídica son tal vez los que más clara relación guardan con el concepto de Estado de derecho en sentido formal. De esta manera, Carbonell propone un concepto formal de Estado de Derecho, en el que los ciudadanos y los operadores jurídicos respeten y cumplan con sus obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico; esto, bajo la concepción neoconstitucionalista de que los preceptos dogmáticos de la Constitución, están dirigidos, no solo al legislador para que los desarrolle programáticamente mediante la expedición de leyes, sino también a los operadores jurídicos que aplican directamente la Constitución, cuando una norma infraconstitucional la contradice.

De esta forma la seguridad jurídica se expresa en el cumplimiento de los mandatos constitucionales por parte de los destinatarios públicos y privados de la norma fundamental, para de esta manera frenar el poder o *Ius Puniendi* del Estado, en este sentido (PECES-BARBA, 2003, pág. 8) nos refiere que “...en su dimensión de justicia formal, la función de seguridad jurídica ayuda a limitar el voluntarismo del poder y a crear sensación de libertad en los ciudadanos. Por ello es que, la vinculación entre poder político y ciudadanía, se realiza a través del Derecho, mientras el poder político lo crea, los ciudadanos lo acatan, pero para que esta adhesión entre estos dos actores del Estado funcione, se hace necesario que el gobierno, a través de todo su aparato institucional, cumpla con el rol que así mismo se impuso y respete las reglas de juego contenidas en el ordenamiento jurídico, pues caso contrario, significaría un fracaso del sistema jurídico y del Estado de Derecho como tal.

La ley procesal penal ecuatoriana no es clara, y estatuye que el archivo definitivo de la indagación previa, a pesar de su carácter de definitivo, puede reabrirse, creando un estado de inseguridad en el procesado, pues éste a su vez, ya sufrió las consecuencias de verse involucrado en una investigación criminal con las connotaciones que ello implica,

y no puede pasar lo mismo por segunda ocasión, por negligencia del legislador y de la Fiscalía.

### **1.3. EL ARCHIVO PROVISIONAL Y DEFINITIVO DE LA INDAGACIÓN PREVIA.**

De acuerdo a nuestra legislación procesal penal, la indagación previa, no es parte del proceso penal, es una etapa pre procesal. Está a cargo de la Fiscalía, que a su vez es el titular de la acción penal pública. Durante esta pre-fase del proceso penal se recogen elementos que sean suficientes para deducir una imputación, misma que se denomina inicio de la instrucción fiscal.

Si durante el plazo de un año, no se recopilaran los elementos suficientes para iniciar la acción penal, el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal determina que el Fiscal debe disponer el archivo provisional o definitivo de la investigación, este último con la venia del juez de garantías penales.

Cuando el archivo es provisional, el investigado está en la posibilidad de comprender que su exclusión de la investigación no es definitiva y que en cualquier momento, hasta antes de que opere la prescripción de la acción penal; con el archivo definitivo en cambio, ya se crea en el procesado la tranquilidad y la seguridad de que está libre de una nueva inclusión en la investigación, y posteriormente en el proceso penal, por lo que volver a reabrir la indagación penal, sería atentar contra el principio de cosa juzgada formal y contra el derecho a la seguridad jurídica.

### **1.3.1. NATURALEZA Y ALCANCE DEL ARCHIVO DEFINITIVO.**

El archivo definitivo, determinado en el artículo innumerado, a continuación del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, determina que esta figura jurídica penal procede cuando el fiscal no ha logrado obtener elementos de convicción dentro del plazo de un año en los delitos sancionados con prisión, y dos años en aquellos reprimidos con reclusión.

La implicación jurídica de este tipo de archivo radica en el hecho de que el juez declara la extinción de la acción penal y mediante providencia declarara el archivo definitivo de la causa, estamos entonces aduciendo que la reapertura de este proceso investigativo implica a su turno la vulneración de ese estado de seguridad del procesado, que se ve en una situación de inestabilidad.

Otro efecto jurídico del archivo definitivo de la indagación previa es la acción por denuncia maliciosa o temeraria que puede interponer quien fue denunciado falsamente.

En sustento de lo dicho, se trae a colación lo estatuido por el artículo en análisis que dispone lo siguiente:

Art. ...- Archivo Provisional y Definitivo.- En todos los delitos, que lleguen a conocimiento de la fiscalía sea por partes informativos, informes o

por cualquier otra noticia del ilícito en tanto no se hubiere iniciado la instrucción fiscal, el fiscal podrá solicitar al juez de garantías penales el archivo provisional de la investigación, cuando de ella no se haya podido obtener resultados suficientes para deducir una imputación. De encontrarse nuevos elementos de convicción, el fiscal podrá reabrir la investigación y proseguirá con el trámite. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

En este caso, no existe problema alguno, pues la redacción del texto legal supone de por sí el carácter provisional del archivo de la investigación criminal. Otra cosa sería, si es que se utilizará el término “archivo definitivo” como su sucede en la continuación del mismo artículo, que a continuación se cita:

Si no se llegaren a establecer elementos de convicción, la investigación penal se archivará definitivamente dentro de un año en los casos de delitos sancionados con prisión y dentro de dos años en los casos de delitos sancionados con reclusión. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

Cumplidos estos plazos, supondría que nace un estado de seguridad jurídica para la persona que estuvo en zozobra por ser objeto de una investigación criminal, durante un año y dos años, dependiendo si el delito era de prisión o reclusión; pero este archivo pierde el carácter de definitivo cuando la redacción del texto del artículo en análisis, asombrosamente nos refiere que se puede reabrir la indagación, vulnerando de esta manera el derecho a la seguridad jurídica, constitucionalmente consagrado, y es así que el Código de Procedimiento Penal faculta al fiscal a reabrir la investigación tal como se lee a continuación:

El ofendido podrá solicitar al fiscal la reapertura de la investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante el fiscal superior, quien tendrá facultad de revocar la decisión de archivo y disponer que se continúe con la investigación, decisión que la adoptará en el plazo máximo de diez días. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

De igual manera, la normativa adjetiva en materia penal es clara al determinar que cuando transcurre el tiempo de plazo para que el fiscal investigue el delito, se declara extinta la acción penal, y se ordena el archivo definitivo; en este sentido la norma analizada, en el mismo artículo en estudio, determina que:

Transcurrido el plazo para el cierre de la indagación previa, el fiscal hará conocer al juez de garantías penales, quien verificará las exigencias legales y de ser el caso declarará la extinción de la acción y dispondrá el archivo definitivo del caso, calificando si la denuncia es maliciosa o temeraria. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

Con la declaratoria de la extinción de la acción penal, quedaría entendido, que el derecho que tenía la fiscalía, como titular de la acción penal pública en el Ecuador, también se extingue; y de esta manera no se puede volver a caminar sobre lo andado, es decir, que no es posible que un derecho que, judicialmente fue declarado extinto, vuelva a nacer, a pesar de que se pensaba definitivo.

Agustín Gordillo en su “Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas”, con relación a la extinción manifiesta:

La suspensión del acto acarrea la cesación sólo provisional de sus efectos jurídicos. En cambio la extinción implica la cesación definitiva de ellos y del acto. (GORDILLO, s.f.)

Realizando una abstracción del concepto, podemos destacar con claridad absoluta que, si el legislador hubiese querido específicamente, revivir el derecho para accionar penalmente de la fiscalía, hubiese utilizado el término, “suspensión de la acción”, pero al referirse a la “extinción de la acción penal”, hace entender que la acción penal y el pre proceso indagatorio, mueren y desaparecen de la vida jurídica, como actos.

Ya remitiéndonos específicamente al campo de la materia que nos ocupa, la acepción en sí misma del término extinción, de acuerdo con Guillermo Cabanellas, constituye:

Toda causa que las anula o las torna ineficaces, por carecer el acto de derecho para entablarlas. (CABANELLAS, 2003, pág. 160)

De acuerdo a Ricardo Vaca Andrade, con respecto y relación a los efectos jurídicos de la extinción de la acción penal existen:

...ciertas causas que extinguen o agotan la posibilidad de que el órgano jurisdiccional cumpla con su cometido e instaure un proceso penal, neutralizando, tornando inútil cualquier gestión judicial que tienda a materializar la función sancionadora del Estado. (VACA ANDRADE, 2009, pág. 348)

Como se vislumbra entonces, al referirse el Código de Procedimiento Penal a la declaratoria judicial de la extinción de la acción penal, como efecto de la disposición de archivo definitivo de la investigación criminal, está contemplando al mismo tiempo que surta el efecto de cosa juzgada, y en consecuencia el derecho del fiscal para accionar penalmente, ya no tiene validez ni eficacia jurídica, desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal.

#### **1.4. REHABILITACIÓN DE LA INDAGACIÓN PREVIA DESPUÉS DEL ARCHIVO.**

La misma disposición legal citada con antelación estatuye que el ofendido podrá solicitar la reapertura de la indagación, en concordancia con lo que dispone el artículo 215 del mismo cuerpo legal, que establece la reapertura de la investigación penal, de hallarse nuevos elementos de convicción que permitan imputar la autoría a una persona determinada.

Como se aprecia, el archivo definitivo de la indagación se produce ante la imposibilidad del fiscal de encontrar indicios que le permitan imputar a una persona determinada, es decir, que no existen elementos suficientes para probar, en la fase procesal pertinente, la existencia del elemento subjetivo del tipo penal, es decir la responsabilidad del sujeto activo de la infracción criminal. Decimos esto en razón de que, lo primero que se demuestra y se investiga en todo proceso penal, es la materialidad del delito, ya que si no existe la misma, mal podría decirse que puede nacer la responsabilidad penal, en tal virtud, aún si el fiscal tiene todos los elementos de convicción para demostrar la existencia del delito, con lo que no cuenta es con los indicios que le permitan llegar al responsable del mismo.

El archivo definitivo de las investigaciones criminales se da entonces, en este caso, ya que no existen fundamentos para imputar a alguna persona un delito, pero la ley adjetiva penal establece la posibilidad de que estos indicios aparezcan en un futuro, por lo que determina la reapertura de investigación.

La tesis de la inconstitucionalidad de esta reapertura de la indagación previa una vez archivada definitivamente, se sustenta en los propios principios constitucionales del debido proceso, consagrados en el artículo 76 de la Carta de Montecristi.

### **1.5. ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS O DE LA ACTUACIÓN PENAL EN COLOMBIA.**

En Colombia, la figura jurídica penal que por analogía corresponde al archivo de la indagación previa, se denomina archivo de las diligencias, y procede cuando la Fiscalía conoce un hecho que por sus circunstancias no constituye delito, de esta forma cabe señalar que no tiene los mismos efectos jurídicos que si lo tiene la legislación ecuatoriana, pues de acuerdo a un fallo jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, este archivo es revocable y no causa la extinción de la acción penal, así la sentencia en mención, en su parte pertinente dispone lo que acto seguido se cita en su sentido literal:

Sin entrar en detalles doctrinarios sobre el tipo objetivo, se puede admitir que *“al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la*

*descripción del resultado penado”. Cuando el fiscal no puede encontrar estos elementos objetivos que permiten caracterizar un hecho como delito, no se dan los presupuestos mínimos para continuar con la investigación y ejercer la acción penal. Procede entonces el archivo. (DIFERENCIAS ENTRE ARCHIVO Y PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN, 2007)*

Y bajo esta misma premisa, continua diciendo:

En tales términos, amén de no revestir el carácter de cosa juzgada, el archivo de las diligencias constituye una aplicación directa del principio de legalidad que dispone que el fiscal deberá ejercer la acción penal e investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron.

Y en este sentido, la legislación de este país no confunde ni mezcla los términos de archivo provisional y definitivo, sino que deja a criterio del fiscal la reapertura del proceso investigativo, siempre y cuando no precluyó el derecho para accionar, en tal sentido:

La competencia para tomar la decisión de archivo de las diligencias recae en el ámbito exclusivo del fiscal, sin que con ella se disponga la extinción de la acción penal, lo que no descarta ciertos aspectos jurídicos que deben analizarse: i) la naturaleza de la decisión; ii) el fundamento material de la decisión; y iii) las repercusiones de la decisión para las víctimas en el proceso. (DIFERENCIAS ENTRE ARCHIVO Y PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN, 2007)

Como se puede apreciar con claridad, el Derecho Colombiano no distingue entre archivo definitivo o archivo provisional, sino que soslaya un concepto unitario, y determina que el archivo de las diligencias de investigación penales, no produce la extinción de la acción penal, por lo que cabe su reapertura, esto en un sentido taxativo, a diferencia de la legislación ecuatoriana que dispone que ante el archivo definitivo de la investigación penal, el juez debe declarar la extinción de la acción penal, produciéndose de esta manera el efecto de cosa juzgada.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO JURÍDICO**

#### **2.1. EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.**

Como se había dicho y manifestado con anterioridad, el pleno respeto a la institución de la cosa juzgada, por parte de los operadores jurídicos, y en especial los operadores de justicia, se relaciona íntima y directamente con el principio constitucional de la seguridad jurídica, en este sentido, la Carta de Montecristi determina lo que a continuación se cita:

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.

Como queda claro este derecho reviste en dos dimensiones, en primer lugar, implica la preexistencia de normas jurídicas, claras, previas y sobre todo constitucionales, tanto en el fondo como en la forma, respetando de esta manera la Constitución y el modelo democrático del Estado; hasta este punto, la labor le corresponde al legislador, en su rol de elaborar y aprobar las leyes bajo el procedimiento constitucionalmente previsto para aquello; así mismo cabe recalcar que existen órganos administrativos con potestad para crear Derecho, es decir normas jurídicas de carácter obligatorio, denominados reglamentos, los cuales también deben respetar el principio constitucionalmente tutelado de la seguridad jurídica.

Por otra parte también, el texto constitucional citado estatuye que estas normas, claras, previas y constitucionales, deben ser aplicadas por los órganos y actores jurídicos respectivos a su turno, de esta manera se garantiza teóricamente la posibilidad y la obligatoriedad del fiel cumplimiento de interpretaciones y disposiciones en Derecho, a través de la fase estructural de los derechos fundamentales denominada concreción de la norma jurídica por parte del órgano judicial.

Asimismo, la obligación constitucional de la Asamblea Nacional es la de adecuar el ordenamiento jurídico de orden legal, de acuerdo a los postulados constitucionales, tanto orgánicos como dogmáticos, en este sentido, el artículo 84 de la Carta de Ciudad Alfaro nos refiere lo que se cita:

Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los

actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Entendida la seguridad jurídica en estos dos sentidos ahora es viable comprender que el hecho de que la ley procesal penal, no respete el sacrilegio de la cosa juzgada, implica la imposición de un régimen en donde la seguridad jurídica del procesado es inexistente o casi nula, pues la ley mencionada manda, como se analizará más adelante, a pesar de que ordena que el juez, una vez declarado el archivo definitivo de la indagación previa, declare también la extinción de la acción penal, el pre-proceso puede reabrirse nuevamente, vulnerando así la cosa juzgada de esa resolución del juez que ya precluyó.

## **2.2. EL ARCHIVO DE LA INDAGACIÓN PREVIA.**

Nuestro Código de Procedimiento Penal al referirse, en primer lugar a la indagación previa, determina lo que a continuación se cita:

Art. 38.- El fiscal podrá solicitar al juez de garantías penales la desestimación, el archivo provisional y el archivo definitivo de las investigaciones.

Queda visto entonces que ambas facultades están dadas por ley, junto con la desestimación, al titular de la acción penal pública, es decir a la Fiscalía, órgano que en virtud de los elementos de convicción recopilados o existentes actúa.

En razón de estas afirmaciones el fiscal puede optar por dos vías, en primer lugar el archivo provisional de la causa, y en segundo lugar el definitivo, sobre el cual se sostiene la tesis de que opera el principio de cosa juzgada.

### 2.2.1. ARCHIVO PROVISIONAL.

Al referirse a este tipo de archivo nuestra legislación procesal penal refiere lo que a continuación se cita:

Art. ...- Archivo Provisional y Definitivo.- En todos los delitos, que lleguen a conocimiento de la fiscalía sea por partes informativos, informes o por cualquier otra noticia del ilícito en tanto no se hubiere iniciado la instrucción fiscal, el fiscal podrá solicitar al juez de garantías penales el archivo provisional de la investigación, cuando de ella no se haya podido obtener resultados suficientes para deducir una imputación. De encontrarse nuevos elementos de convicción, el fiscal podrá reabrir la investigación y proseguirá con el trámite. **Nota:** Artículo agregado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

Como queda entendido, si de la investigación criminal no se deducen resultados suficientes como para iniciar la imputación penal por lo que por el principio inclusive de oportunidad penal, no tiene sentido que se continúen desperdiciando los recursos del Estado en deducir una imputación que al final se está seguro que no concluirá con éxito para el accionante.

Tal y como prevé la norma jurídica adjetiva penal en este puntual caso, permite la reapertura de la investigación, confirmando de esta manera la denominación de esta figura jurídica penal.

Otra característica importante es que el fiscal es quien tiene la facultad y la titularidad para solicitar al juez de garantías penales que opere este tipo de archivo.

### **2.2.2. ARCHIVO DEFINITIVO.**

En lo referente al Archivo Definitivo de la investigación penal, nuestra legislación procesal estatuye lo siguiente:

Art. ...- Archivo Provisional y Definitivo.- (Inc. 2)

Si no se llegaren a establecer elementos de convicción, la investigación penal se archivará definitivamente dentro de un año en los casos de delitos sancionados con prisión y dentro de dos años en los casos de delitos sancionados con reclusión.

El ofendido podrá solicitar al fiscal la reapertura de la investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante el fiscal superior, quien tendrá facultad de revocar la decisión de archivo y disponer que se continúe con la investigación, decisión que la adoptará en el plazo máximo de diez días.

Transcurrido el plazo para el cierre de la indagación previa, el fiscal hará conocer al juez de garantías penales, quien verificará las exigencias legales y de ser el caso declarará la extinción de la acción y dispondrá el archivo definitivo del caso, calificando si la denuncia es maliciosa o temeraria. **Nota:** Artículo agregado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

De esta forma el archivo definitivo operaría ante la inexistencia completa de elementos de convicción suficientes durante un año en los delitos sancionados con prisión, y dentro de dos años en los delitos reprimidos con pena de reclusión, la consecuencia lógica de este aserto es la inmediata declaración de la extinción de la acción penal por parte del juez de garantías penales, esto lo hará como resulta obvio mediante una providencia judicial, con los efectos consecuentes de este acto.

En caso de que el juez no acepte el archivo, ya sea provisional o definitivo de la investigación criminal, debe remitirlo al fiscal superior a fin de que designe otro agente que se encargue de la indagación; y esto tiene su razón de ser, es decir, el hecho de que no se le conmine al mismo fiscal a que continúe con el proceso, y es porque como abogado tiene derecho a no defender o patrocinar causas que no estén de acuerdo con su convicción moral, por otro lado también resultaría absurdo que se proceda de esa manera, pues si no está convencido de que existen elementos de convicción suficientes, mal podría llevar a cabo con éxito la investigación criminal y peor aún deducir la instrucción fiscal. Lo antedicho, tiene su fundamento jurídico positivo en el siguiente enunciado legal.

Art. ...- En los casos de desestimación o archivo, si el juez de garantías penales considera improcedente este requerimiento, enviará el

expediente al fiscal superior, quien dispondrá que se continúe con la investigación a cargo de un fiscal distinto al que solicitó la desestimación o archivo.

**Nota:** Artículo agregado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

Asimismo lo referido y citado guarda estrecha relación con el principio de oportunidad penal, que a continuación se fundamenta:

Art. ...- Oportunidad.- El fiscal en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes, podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada cuando:

1. El hecho constitutivo de presunto delito no comprometa gravemente el interés público, no implique vulneración a los intereses del Estado y tenga una pena máxima de hasta cinco años de prisión.

2. En aquellos delitos donde por sus circunstancias el infractor sufiere un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal o cuando tratándose de un delito culposo los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad.

Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio, el fiscal no podrá abstenerse en ningún caso de iniciar la investigación penal.

**Nota:** Artículo agregado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

Este principio de oportunidad, recae justamente sobre una de las facultades discrecionales que posee el titular de la acción penal pública.

A fin de fortalecer el principio de seguridad, y garantizar los derechos de las partes, el archivo de la causa también procede definitivamente, cuando las circunstancias que rodean al delito y al proceso, se enmarcan dentro del artículo citado, y para ello se debe respetar de igual forma el principio constitucional del debido proceso, para lo cual la siguiente disposición jurídica refiere lo siguiente:

Art. ...- Trámite.- A pedido del fiscal, el juez de garantías penales convocará a una audiencia donde las partes deberán demostrar que el caso cumple con los requisitos legales exigidos. El ofendido será notificado para que asista a esta audiencia. Su presencia no será obligatoria.

En caso de que el juez de garantías penales constate que el delito no sea de los establecidos en el numeral 1 del artículo anterior o que los afectados no sean las personas descritas en el numeral 2 del mencionado artículo; enviará su resolución al fiscal superior para que el trámite sea continuado por un nuevo fiscal.

En caso de que el juez de garantías penales no estuviese de acuerdo con la apreciación, enviará al fiscal superior para que de manera definitiva se pronuncie sobre el archivo del caso.

La autoridad de la Fiscalía que conociere el reclamo lo resolverá en el plazo de diez días. Si se revoca la decisión del fiscal de origen, el caso pasará a conocimiento de otro fiscal, para que inicie la investigación, o en su caso, se continúe con la tramitación de la misma. Si se ratifica la decisión de abstención, se remitirá lo actuado al juez de garantías penales para que declare la extinción de la acción penal respecto del hecho.

La extinción de la acción penal por los motivos previstos en este artículo, no perjudica, limita ni excluye el derecho del ofendido para perseguir por la vía civil el reconocimiento y el pago de la indemnización de perjuicios derivados del acto objeto de la denuncia.

**Nota:** Artículo agregado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

La seguridad jurídica de la partes procesales entonces se encuentra garantizada con la intervención del fiscal, el juez de garantías penales y el fiscal superior, de tal manera que de optarse por el archivo o provisional de la indagación, haya precedido un procedimiento claro y previo, en el que se respeten los derechos constitucionales.

### **2.3. REAPERTURA DE LA INVESTIGACIÓN FISCAL.**

Nuestro Derecho Positivo permite que una vez que se haya archivado la indagación previa por parte del juez de garantías penales y por parte de la fiscalía, ya sea este provisional o definitivo, lo que invita a pensar que es ilógico que si se está hablando de un archivo definitivo, la misma ley, vulnerando el principio de cosa juzgada, permita la reapertura de un pre-proceso que ya se cerró definitivamente, en

este sentido el artículo innumerado a continuación del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, estatuye lo siguiente:

Art. ...- (Inc. 1. )- Archivo Provisional y Definitivo.- En todos los delitos, que lleguen a conocimiento de la fiscalía sea por partes informativos, informes o por cualquier otra noticia del ilícito en tanto no se hubiere iniciado la instrucción fiscal, el fiscal podrá solicitar al juez de garantías penales el archivo provisional de la investigación, cuando de ella no se haya podido obtener resultados suficientes para deducir una imputación. **De encontrarse nuevos elementos de convicción, el fiscal podrá reabrir la investigación y proseguirá con el trámite.** (Código de Procedimiento Penal, 2000)

En esta parte la normativa procesal penal es clara en determinar que existe la posibilidad, bajo la concurrencia de presupuestos fácticos y normativos, de reabrir la indagación previa cuando el archivo es provisional y con el tiempo aparecen nuevos elementos de convicción que le lleven a la Fiscalía a tener indicios suficientes para deducir una acción penal. Si estamos hablando y remitiéndonos al archivo provisional no hay ningún problema, pues el procesado adopta la idea de que el archivo es temporal y se espera de que en algún momento pueda reabrirse.

Asimismo la propia normativa, como ya quedó expuesto establece que de no haber elementos de convicción suficientes, la investigación criminal se archivará definitivamente, en tal sentido se entendería que el procesado goza de la seguridad jurídica y moral de que no se va a volver a abrir el proceso indagatorio, sin embargo el artículo antes citado nos continua refiriendo lo siguiente en el plexo de su contenido:

El ofendido podrá solicitar al fiscal la reapertura de la investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante el fiscal superior, quien tendrá facultad de revocar la decisión de archivo y disponer que se continúe con la investigación, decisión que la adoptará en el plazo máximo de diez días. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

Como queda en evidencia, se deja la pauta para que el ofendido solicite la reapertura de la causa, aun cuando en el inciso anterior de la ley se refiere a que el archivo es definitivo. De esta forma el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, y en concordancia con el artículo citado anteriormente, determina, a partir de su inciso tercero lo que a continuación se cita:

De no existir fundamentos para deducir la imputación, la indagación no podrá mantenerse abierta por más de un año, y transcurrido este plazo, el fiscal dispondrá el archivo provisional del expediente o solicitará al juez su archivo definitivo, según fuera el caso; este plazo se contará desde la fecha en la cual el fiscal dio inicio a la indagación previa.

Sin embargo, si llegaren a poder del Fiscal elementos que le permitan imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, iniciará la instrucción aunque el plazo hubiere fenecido, siempre que la acción penal no hubiere prescrito según las reglas generales.

Sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa; las actuaciones de la Fiscalía, de la Función Judicial, de la Policía Judicial y de otras instituciones y funcionarios que intervengan en la indagación previa, se mantendrán en reserva de terceros ajenos a ésta y del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido, y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados, de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones. El personal de las instituciones

mencionadas que habiendo intervenido en estas actuaciones, las divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan atentando contra el honor y al buen nombre de las personas en general, serán sancionados conforme a lo previsto en el Código Penal.

**Nota:** Artículo reformado por Art. 19 de Ley No. 101, publicada en Registro Oficial 743 de 13 de Enero del 2003.

**Nota:** Incisos 3o. y 5o. sustituidos por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo del 2009. (Código de Procedimiento Penal, 2000)

De la sola lectura de este artículo se denota la intención del legislador de crear un régimen de inseguridad jurídica pues expresa que a pesar de que el archivo sea definitivo, se pueda legar a reabrir la causa si llegasen a manos del fiscal elementos de convicción suficientes, sin importar los efectos de la cosa juzgada.

Como ya se analizó en líneas anteriores, el efecto de la extinción del ejercicio de la acción penal, es precisamente que el fiscal no pueda retomar ese derecho, pues caso contrario, no estaríamos hablando de extinción, sino más bien de suspensión provisional de la acción penal pública.

De esta forma, el archivo definitivo de la indagación previa, en la práctica, solo constituye una forma de archivo provisional, y no brinda ningún tipo de estabilidad y seguridad jurídica.

## **2.4. ANÁLISIS DEL ARCHIVO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.**

Una vez analizados los presupuestos ya establecidos, es fácil deducir que, la normativa en estudio y análisis vulnera el derechos a la seguridad jurídica previsto en la constitución, en el artículo 82; asimismo se irrespeta el principio de cosa juzgada, a su vez relacionado con el principio de non bis in ídem, es decir que no se puede volver sobre lo andado en un proceso penal, ya ejecutoriado, aun cuando algunos tratadistas dicen que la investigación pre-procesal no es proceso, cabe decir que del mismo modo existen criterios jurisprudenciales de orden constitucional que afirman que en estos casos si opera la cosa juzgada, por lo menos formal.

Al referirse a la cosa juzgada nuestra legislación procesal penal refiere lo que a continuación se cita:

Art. 41.- Efecto de cosa juzgada.- Las sentencias ejecutoriadas en los procesos civiles no producen el efecto de cosa juzgada en lo penal, excepto las que deciden las cuestiones prejudiciales indicadas en el artículo anterior.

Las sentencias ejecutoriadas en los procesos penales, producen el efecto de cosa juzgada, en lo concerniente al ejercicio de la acción civil, solo cuando declaran que no existe la infracción o, cuando existiendo, declaran que el procesado no es culpable de la misma.

Por tanto, no podrá demandarse la indemnización civil derivada de la infracción penal mientras no exista una sentencia penal condenatoria

ejecutoriada que declare a una persona responsable de la infracción.  
(Código de Procedimiento Penal, 2000)

Como queda visto el legislador, al referirse al efecto de la cosa juzgada penal, solo se refiere a la material, y parece haberse olvidado de que en la doctrina se reconoce también el efectos de cosa juzgada formal que trae consigo la preclusión de las etapas procesales en el transcurso de las mismas; de esta forma, solo se hace referencia a la ejecutoriedad de las sentencias, es decir, cosa juzgada material.

Aplicando la teoría de la cosa juzgada material, resultaría obvio que la providencia judicial del juez de garantías penales, que declara extinta la acción criminal, al no impugnarse en el término de tres días, precluyó y adopta los efectos de la cosa juzgada formal.

## **2.5. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO.**

### **2.5.1. EL ARCHIVO DE LA INVESTIGACION PENAL EN ARGENTINA**

De acuerdo a los tratadistas argentinos Lorenzo Bustillos y Giovanni Rionero el archivo de la investigación criminal por parte del fiscal es la suspensión del proceso por cuanto el resultado de la investigación es insuficiente para sostener la acusación penal; bajo esta perspectiva el Código de Procedimiento Penal de Argentina establece lo siguiente:

Art. 315.- Archivo fiscal. Cuando el resultado de la investigación resulte insuficiente para acusar, el Ministerio Público decretará el archivo de las actuaciones, sin perjuicio de la reapertura cuando aparezcan nuevos elementos de convicción. De esta medida deberá notificarse a la víctima que haya intervenido en el proceso. Cesará toda medida cautelar decretada contra el imputado a cuyo favor se acuerda el archivo. En cualquier momento la víctima podrá solicitar la reapertura de la investigación indicando las diligencias conducentes... (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARGENTINO)

Bajo esta lupa, el tratadista Moreno Brandt aduce que la sola lectura de este artículo no pone fin al proceso penal ni impide su continuación, y que en consecuencia la instrucción fiscal puede reabrirse en caso de hallarse nuevos indicios o elementos de convicción.

### **2.5.2. EL ARCHIVO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL EN MÉXICO**

En México, la legislación penal procesal se sintetiza en la promulgación del Código de Procedimiento Penal, cuerpo legal que en su artículo 221 determina lo que a continuación se cita:

Art. 221.- La etapa de investigación tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos materia de la denuncia o querrela, la obtención de la información y la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación, contra una o varias persona a las que se les impute la comisión de un delito, o en su caso determinar el archivo definitivo. (Código de Procedimiento Penal, 2009)

Asimismo los artículos 79 y 222 determinan la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, y los artículos 224 y 225 nos remiten al archivo temporal y definitivo en su orden, mismos que están sujetos al control y garantía de los jueces penales ante la oposición de la víctima.

El artículo 293 por su parte se refiere a la reapertura de la investigación penal y estatuye lo siguiente:

**Artículo 293.- Reapertura de la investigación.-** Hasta antes del fin de la audiencia intermedia, las partes podrán reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que hubieren formulado al Ministerio Público después de dictado el auto de vinculación a proceso y éste las hubiera rechazado.

Si el Juez acepta la solicitud, ordenará al Ministerio Público reabrir la investigación y proceder al cumplimiento de las diligencias, en el plazo estrictamente necesario para ello el cual no podrá exceder de quince días. En dicha audiencia, el Ministerio Público podrá solicitar la ampliación del plazo, por una sola vez, hasta por quince días más.

El Juez no decretará ni renovará aquellas diligencias que en su oportunidad se hubieren ordenado a petición de las partes y no se hubieren cumplido por negligencia o hecho imputable a ellas; tampoco las que fueren manifiestamente impertinentes; las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, o aquellas que hubieren sido solicitadas con fines *puramente dilatorios...* (Código de Procedimiento Penal, 2009)

## **2.6. ESBOZO ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REAPERTURA DE LA INDAGACIÓN PREVIA ARCHIVADA DEFINITIVAMENTE.**

### **2.6.1. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EFICACIA DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN.**

Con la aprobación de la Carta de Montecristi en el año 2008, se introdujo también dentro de la filosofía constitucional de nuestro sistema jurídico, la tendencia del neoconstitucionalismo, cuya principal característica se centra en la protección inmediata y

prioritaria del hombre y sus derechos humanos, a diferencia del Estado Positivista que promulga la eficacia de la norma legal como fin principal de la conducta humana. Bajo esta lupa, la adopción de garantías es de suma importancia para promover el respeto de los derechos fundamentales, y el respeto mismo al régimen democrático.

La Carta de Montecristi a su vez, trae consigo un nuevo enfoque en la concepción del Derecho Constitucional en el Ecuador, en tal sentido, la filosofía neoconstitucionalista impone un nuevo modelo hermenéutico de aplicación del Derecho y propone un nuevo esquema de fuentes del Derecho, esquema que se encuentra encabezado por la Constitución, como norma fundamental del Estado; seguida de los Tratados y Convenios Internacionales, que cabe recalcar, en ciertas circunstancias tienen un rango constitucional y supraconstitucional; a continuación se encuentran las leyes orgánicas y ordinarias; los reglamentos, entre otras normas infraconstitucionales. Bajo este panorama la Constitución, como fuente principal del Derecho, adopta características novedosas en relación a la Carta Política de 1998, en tal razón, el principio de supremacía constitucional se interrelaciona simbióticamente con el de eficacia directa.

En relación al principio de supremacía el tratadista (REY Cantor, pág. 774) explica lo siguiente:

La doctrina de la supremacía de la Constitución es una construcción elaborada en el plano de los principios, que formula un deber ser, y que se incorpora así *a la formación constitucional...* La “supremacía” conlleva el sometimiento de las normas inferiores a las superiores o sea las constitucionales. Aquellas verticalmente subordinadas a éstas, a fin de fortificar esa relación de *dependencia y contribuir a mantener dicha “integridad”, guardando así un equilibrio normativo.*

De esta forma entendemos que, la incorporación de la Constitución como fuente directa del Derecho, implica al mismo tiempo la introducción de la eficacia directa y suprema de los principios contenidos en Ley de Leyes; en esta virtud, es de asumir también que las técnicas hermenéuticas tradicionales del positivismo jurídico, se encuentran caducas a la luz de esta nueva filosofía, por cuanto los principios contenidos en la Constitución se constituyen en verdaderos mandatos de optimización, tal y como los catalogo el profesor (Alexy, 1986, pág. 86) al decir que:

*... los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.*

Por otro lado (Ávila Santamaría, 2012, pág. 63), siguiendo la corriente alexyana, determina que:

El principio es una norma ambigua, general y abstracta. Ambigua porque requiere ser interpretada y recreada, no da soluciones determinantes sino que da parámetros de comprensión; ambigua también porque, en su estructura, *no tiene hipótesis de hecho, como tampoco determina obligaciones o soluciones...* El principio es general porque rige para todas las personas o colectivos, públicos o privados. Finalmente es norma abstracta porque puede iluminar o servir como parámetro de interpretación para cualquier norma jurídica y para cualquier situación fáctica, carece de concreción.

Si entendemos esto, podemos a su vez colegir que, la aplicación suprema y directa de los principios, implica necesariamente la implementación de nuevas técnicas y principios argumentativos, como la ponderación de principios, la teleología, la proporcionalidad, entre otras, que son indispensables a fin de que los postulados fundamentales previstos en la Carta Magna gocen de eficacia directa, sin que sea menester el desarrollo programático por parte del legislador; o, si alguna norma de rango legal está en contra de la constitución, esta carece de validez sin que para ello sea necesaria la declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional; al respecto debemos entender que, como lo expresa (Montaña Pinto, 2012, pág. 80), “...*el constituyente quiso convertir a la Constitución en un ícono, mediante el cual los ciudadanos puedan resolver todos sus asuntos...*”. En este sentido, la Constitución deja de estar dirigida únicamente hacia el legislador para que la desarrolle, sino que el receptor de esta norma es todo operador jurídico.

El mismo jurista (Montaña Pinto, 2012, pág. 80) indica que:

*...lo importante de este constitucionalismo materializado, asumido por la nueva constitución, es que en un país como Ecuador, formalmente civilista, (...) ha encontrado la manera de vincular a todo juez, funcionario público y a cada persona a la Constitución, convirtiéndolos en promotores naturales y veladores de los valores y de su eficacia.*

Los nuevos paradigmas que conlleva el neoconstitucionalismo se reflejan precisamente en entender la Constitución, ya no como un cúmulo de dogmas y principios que no pasan de estar plasmados utópicamente en un papel sino en considerar a la Carta Magna como una norma jurídica con efecto vinculante, lo que en sí se materializa en el principio de aplicación directa de la Constitución, postulado que es explicado de la siguiente forma por (Vergottini, 2004, pág. 159):

La Constitución, en tanto máxima fuente del derecho de un ordenamiento, obviamente es de naturaleza perceptiva; por tanto, a ella se atribuye una eficacia inmediata y directa. Esta consideración, que aparece fundada con referencia al complejo normativo constitucional, sin embargo puede revelarse inexacta si *se consideran las diversas normas constitucionales...*

Las normas constitucionales que por su naturaleza son idóneas a valer, por sí mismas, como reglas tienen eficacia directa, y pueden ser aplicadas inmediatamente sin necesidad de normas específicas y que impliquen su ejecución: se trata de normas referidas a la institución y a la esfera de competencia de los órganos constitucionales y de las que regulan los derechos fundamentales y que valen en cuanto tales tanto para el ciudadano como para la administración y la jurisdicción que deben tutelarlos.

En este orden de ideas, la falta de norma jurídica programática infraconstitucional, no obsta para la consecución y protección eficaz y efectiva de los derechos fundamentales consagrados en la constitución. Los postulados orgánicos y dogmáticos desarrollados lingüísticamente en la Carta de Montecristi, bien sean éstos, principios, derechos fundamentales o garantías de cualquier índole, deben ser aplicados por los operadores jurídicos y de justicia, de tal manera que se efectivice la tutela prioritaria del hombre, por encima de las leyes injustas e inconstitucionales.

Por último cabe resaltar que este principio de aplicación directa de la Constitución se encuentra consagrado en el artículo 11, número 3 del cuerpo normativo referido, así como su concordancia con el principio de supremacía constitucional se colige tácitamente a lo largo del desarrollo de la Carta de Ciudad Alfaró, en especial en los artículos 424 y 425, que engloba dentro de esta característica de aplicabilidad directa también a los tratados y convenios internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano.

## **2.6.2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

Tomando en consideración la supremacía y la eficacia directa como características fundamentales de la Constitución en el margen de la filosofía neoconstitucionalista, se hace necesario también el estudio de la figura jurídica denominada, control de constitucionalidad, pues ésta constituye el instrumento más efectivo para lograr la realización del principio de unidad jurisdiccional y el pleno respeto a la seguridad jurídica, que exige la persistencia de normas jurídicas constitucionales y claras.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional representa el conjunto normativo de orden procesal del Derecho Constitucional ecuatoriano, y es precisamente esta normativa jurídica la que da las pautas necesarias a la Corte Constitucional del Ecuador para calificar la constitucionalidad de todos los actos del poder público, sean estos legislativos, administrativos o judiciales, incluso de los actos provenientes de los particulares que atenten contra los dogmas constitucionales. Bajo estos lineamientos, el control constitucional de las leyes se convierte en una potestad indiscutible de la Corte Constitucional, bajo el sistema concentrado de control de constitucionalidad, en tal sentido (SACHEZ Gil, 2002) al definir esta figura jurídica determina que: “El control constitucional, concebido lato sensu, estriba en aquellos medios jurídicos que previenen, reparan, nulifican o sancionan, la violación de las disposiciones constitucionales”.

### **2.6.2.1. SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL**

La doctrina constitucionalista a nivel mundial reconoce la existencia de dos sistemas de control de constitucionalidad, por una parte se encuentra el control concentrado, que se refiere a la existencia de un solo órgano central y con el monopolio absoluto para ejercer jurisdicción constitucional y velar por el pleno respeto de la Carta Fundamental en los órdenes legislativos o parlamentarios, judiciales y administrativos; este órgano, según el ordenamiento jurídico ecuatoriano está constituido por la Corte Constitucional del Ecuador, que tiene potestades exclusivas de control de constitucionalidad sobre los fallos de la Corte Nacional de Justicia, mediante el conocimiento de la Acción Extraordinaria de Protección, o también cuando ejerce el control de los tratados y convenios internacionales. En tal sentido nuestra Constitución estatuye lo siguiente:

Art. 429.- La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito.

Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Como veremos a continuación, este órgano de control tiene potestades constitucionales exclusivas dentro del referido control constitucional de los actos del poder público, pero asimismo existen ámbitos del control que son desconcentrados a nivel de juzgados de primer nivel que realizan el control de constitucionalidad, entonces estamos refiriéndonos al denominado sistema de control difuso de constitucionalidad. Estos jueces de primer nivel tienen, en su calidad de garantistas, competencias exclusivas sobre acciones de protección por ejemplo, o enfocándonos dentro de las garantías jurisdiccionales, las figuras jurídicas

como el Habeas Corpus, el Habeas Data, entre otras, que pasarán a conocimiento de la Corte Constitucional únicamente cuando sean objeto de impugnación.

Este sistema de control constitucional se refleja de igual forma en la potestad y obligación de los jueces de primer nivel, de inaplicar las normas jurídicas de orden legal, que atenten contra la Constitución o los tratados y convenios internacionales vinculantes para nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del principio de eficacia directa de estas normas jurídicas fundamentales.

Como conclusión podemos destacar que en nuestro ordenamiento jurídico procesal constitucional, opera un sistema mixto de control de constitucionalidad, por cuanto existen potestades que son exclusivas del máximo órgano de control constitucional, pero al mismo tiempo coexisten

#### **2.6.2.2. TIPOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.**

Existen dos tipos de control de constitucionalidad, y estos guardan relación con los efectos de la sentencia o fallo que declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad, si estos efectos son únicamente inter partes, y se aplican al caso concreto, es un control concreto de constitucionalidad, determinado de la siguiente forma en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Art. 141.- Finalidad y objeto del control concreto de constitucionalidad.- El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales.

Los jueces aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. (LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, 2011)

Como se evidencia, este tipo de control se aplica en cada caso concreto, dentro de cada proceso judicial, por lo que, la inaplicación de una norma jurídica presuntamente inconstitucional tiene efecto vinculante únicamente para las partes litigantes.

Por otra parte la misma LOGJCC determina que existe otro tipo de control constitucional, denominado control abstracto, cuyos efectos son generales y no se remite a ningún caso concreto, y este tipo de control es potestad exclusiva de la Corte Constitucional, cuyos fallos tienen efecto vinculante y constituyen jurisprudencia constitucional obligatoria, en este sentido, la norma legal mencionada estatuye lo siguiente:

Art. 74.- Finalidad.- El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. (LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, 2011)

Artículo que guarda concordancia con la siguiente disposición legal:

Art. 75.- Competencias.- Para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para:

1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de:
  - a) Enmiendas y reformas constitucionales.
  - b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales.
  - c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley.
  - d) Actos normativos y administrativos con carácter general.
2. Resolver las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por la Presidenta o Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes.
3. Ejercer el control de constitucionalidad en los siguientes casos:
  - a) Proyectos de reformas, enmiendas y cambios constitucionales.
  - b) Convocatorias a referendo para reforma, enmienda y cambio constitucional.
  - c) Decretos que declaran o que se dictan con fundamento en los estados de excepción.
  - d) Tratados internacionales.
  - e) Convocatorias a consultas populares, excepto aquellas en las que se consulta la revocatoria del mandato.
  - f) Estatutos de autonomía y sus reformas.
4. Promover los procesos de inconstitucionalidad abstracta, cuando con ocasión de un proceso constitucional, encuentre la incompatibilidad entre una disposición jurídica y las normas constitucionales. (LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, 2011)

Una norma jurídica de rango legal, al ser objetada constitucionalmente, es objeto de control abstracto de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, es decir, que los efectos son vinculantes para todo el Ecuador, lo que a su vez significaría la eliminación de la norma jurídica declarada inconstitucional del ordenamiento jurídico, o la ratificación definitiva de su constitucionalidad. También puede suceder que una norma jurídica pueda ser declarada inconstitucional aun cuando no ha sido impugnada, esto sucede porque la Corte al aplicar el principio de *Iura Novit Curia*, puede ejercer el control constitucional abstracto de oficio ante la presencia de una norma legal atentatoria de los derechos constitucionales en alguno de los procesos que se ventilan a su conocimiento.

### **2.6.3. TESIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REAPERTURA DEL ARCHIVO DEFINITIVO DE LA INDAGACIÓN PREVIA.**

Si tenemos en cuenta todos los parámetros anteriores como presupuestos valorativos de las normas del Código de Procedimiento Penal vigente se puede colegir con claridad que el derecho a la Seguridad Jurídica adopta, bajo la filosofía neoconstitucionalista, un plano en el que merece la atención prioritaria por parte del juzgador, por cuanto goza de supremacía constitucional y aplicación directa.

Bajo este punto de vista, y desde una perspectiva constitucionalista, la acción de inconstitucionalidad del Código de Procedimiento Penal, en lo referente a la reapertura de la indagación previa, tendría como efecto el control abstracto de constitucionalidad de la Corte Constitucional, órgano que debería determinar la constitucionalidad de esta

normativa legal, y si al dilucidar establece vicios de fondo, el fallo tendría que disponer la derogación de la ley.

Desde otro punto de vista, se puede considerar que la Constitución es, como ya se dijo, una norma fundamental de aplicación suprema y con eficacia directa, tal y como lo determina el artículo 426, en este sentido, todos los operadores de justicia se encuentran en la obligación, como garantistas de los derechos, de ejercer control difuso y concreto de constitucionalidad del artículo 215 del Código Adjetivo Penal, que posibilita la reapertura de la investigación fiscal aun cuando ha sido archivada definitivamente, e inaplicar dicha norma legal, por ser contraria a la Constitución y atentar contra el principio de cosa juzgada material y el derecho a la seguridad jurídica.

En conclusión se puede afirmar que los jueces de primer nivel están facultados constitucional y legalmente para ejercer este control concreto y difuso de constitucionalidad con efecto inter partes. Podrán existir opiniones encontradas muy respetables que afirman que esta potestad está vedada al juez de primer nivel por el principio de *in dubio pro legislatore*, o de presunción de constitucionalidad de la ley, sin embargo hay que acotar que al referirnos a los derechos humanos opera con mayor prevalencia el principio de *in dubio pro homine*. Y para que el efecto sea vinculante con efectos generales, la Corte Constitucional debe declarar la inconstitucionalidad de dicha norma, mediante la acción de inconstitucionalidad presentada en contra de esta sección del Código de Procedimiento Penal, o a su vez, aplicando el principio de *Iura Novit Curia*, (el juez conoce el Derecho), conocer de oficio y resolver sobre dicha inconstitucionalidad. Este pronunciamiento tendrá entonces rango de jurisprudencia constitucional obligatoria.

### CAPÍTULO III

#### ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS

#### 3.1. ÍNDICES ESTADÍSTICOS CUANTITATIVOS Y CUALITATIVOS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES QUE ORDENAN EL ARCHIVO DEFINITIVO DE LA INDAGACIÓN PREVIA EN EL ECUADOR.

Según datos obtenidos de la Unidad Interinstitucional de Depuración de Causas de la Fiscalía de Pichincha, desde el mes de diciembre del año 2011 hasta el mes de julio del año 2012 la Fiscalía General del Estado archivo definitivamente un total de 5753 causas de diferentes delitos; dentro de esta cifra existen diferentes tipos de delitos.

Para determinar los índices estadísticos de acuerdo al tipo de delito se utilizó la siguiente fórmula de muestreo probabilístico:

$$n = \frac{N}{E^2 (N-1)+1}$$

Donde:

En donde al reemplazar los datos tenemos:

$$n = \frac{5479}{0.05^2 (5479 - 1) + 1}$$

$$n = 374$$

De acuerdo a esta fórmula, para obtener un coeficiente de error admisible del 0.005, tuvo que hacerse el análisis de 374 expedientes, para determinar, la tendencia cualitativa, acerca de la frecuencia y cantidad de indagaciones previas que se archivan definitivamente, de esta manera a continuación se muestra la siguiente tabla, en la que constan los índices cuantitativos y cualitativos antes referidos:

**Tabla 1: Índices cuantitativos y cualitativos del archivo definitivo**

<b>DELITOS</b>	<b>DICIEMBRE DE 2011 A JULIO DE 2012</b>	<b>PORCENTAJES</b>
<b>ROBO</b>	213	56,95%
<b>ASALTO Y ROBO</b>	42	11,23%
<b>ABIGEATO</b>	6	1,60%
<b>DELITOS INFORMÁTICOS</b>	10	2,67%
<b>ESTAFA</b>	18	4,81%
<b>HURTO</b>	21	5,61%
<b>ACOSO SEXUAL</b>	3	0,80%
<b>DESAPARICIÓN</b>	6	1,60%
<b>INTIMIDACIÓN</b>	12	3,21%
<b>AMENAZAS</b>	7	1,87%
<b>VIOLACIÓN</b>	6	1,60%
<b>ABUSO DE CONFIANZA</b>	16	4,28%
<b>CHEQUE SIN FONDOS</b>	3	0,80%
<b>INJURIAS</b>	4	1,07%
<b>USURAS</b>	7	1,87%
<b>TOTAL</b>	<b>374</b>	<b>100,00 %</b>

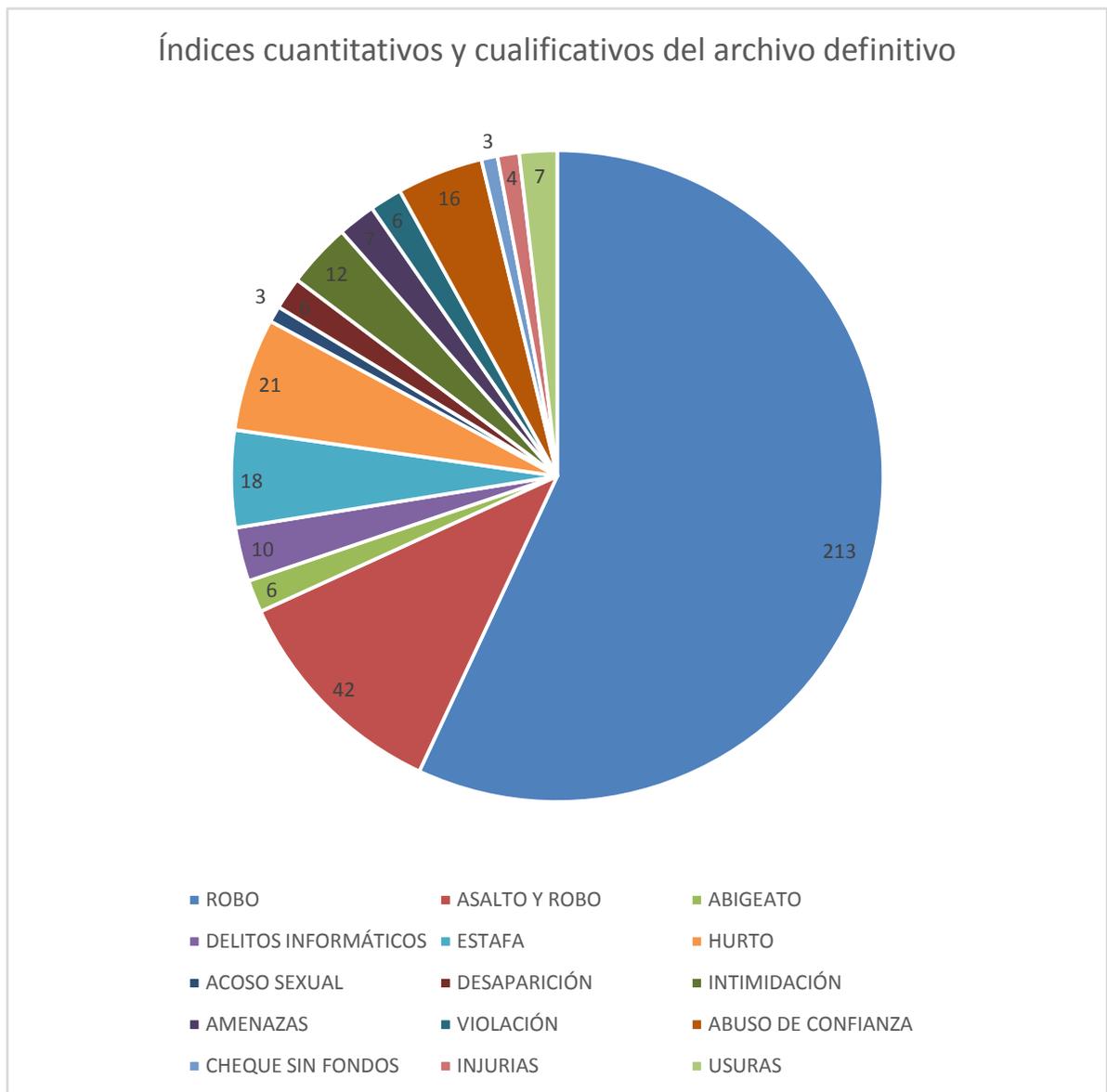
Elaborado por: Francisco Saud

Fuente: Archivo Central de la Fiscalía de Pichincha

Como se aprecia en esta tabla, la mayor tendencia en cuanto al archivo definitivo de investigaciones por parte de la Fiscalía, se da en los delitos de robo, en donde se presenta casi el 57% de los casos, seguido del asalto y robo con un 11,23%, el hurto con el 5,61%, la estafa con el 4,81%, y los demás delitos que oscilan entre el 0,8% y el

2,67%. Estos delitos, en su mayoría son proferidos en contra de los bienes patrimoniales de las víctimas. En la siguiente gráfica se muestra de una manera más didáctica e ilustrativa la tendencia descrita en líneas anteriores:

**Gráfico 1: Índices cuantitativos y cualitativos del archivo definitivo**



Elaborado por: Francisco Saud

Fuente: Archivo Central de la Fiscalía de Pichincha

De lo anterior podemos concluir que la tendencia de archivar indagaciones en delitos por robo, en su gran mayoría, se debe a que, cómo se trata de delitos contra los bienes patrimoniales de las personas, las víctimas, en muchos de los casos, no prosiguen con la tramitación de la causa, y éstas quedan archivadas.

### **3.2. ANÁLISIS DE RESOLUCIÓN DE CASOS EN EL ECUADOR.**

A continuación se incluye el análisis de la resolución del archivo definitivo de la indagación, emitida por Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, dentro de la causa 1212 del año 2013, en donde consta lo siguiente:

VISTOS: La señora doctora Cecilia Armas Erazo de Tobar, Directora de Asesoría Jurídica, Encargada, Subrogante del Fiscal General del Estado, desestima la investigación sobre el oficio No. 68-2013, suscrito por la doctora Heidy Priscila León Santín, Fiscal de Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar II del cantón Machala, que informa a la Fiscalía las actuaciones de los jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte *Provincial de Machala, en la que se manifiesta “El día 17 de octubre de 2008, recibió una denuncia presentada por la señora Ángela del Socorro Alvarado, en vista de que su hija de nombres Victoria Karen Jara Alvarado, había sido víctima de abuso sexual continuo por parte de su padre de nombres Freddy Ajenor Japa Sarmiento, por lo que ha dado inicio a la indagación previa No. 04-08, procediendo a realizar las investigaciones respecto de hecho denunciado; que con fecha 20 de octubre se ha llevado a cabo la audiencia de Formulación de Cargos contra el imputado Freddy Ajenor Japa Alvarado, audiencia en la que el señor Juez Quinto de lo Penal*

dictó prisión preventiva, siendo apelado por parte del imputado ante los jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Machala, quienes con fecha 7 de noviembre del 2008 revocaron el auto de prisión preventiva, dictado contra Freddy Ajenor Japa Sarmiento, con el argumento de que no se encontraban reunidos los requisitos del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal, sosteniendo que en el acta de posesión del perito no constaba el nombre de la ofendida Victoria Karen Japa Alvarado, y que eso traía consigo la desvaloración total del examen médico legal, por lo que ha requerido se practique un nuevo examen médico *a la adolescentes ofendida...* (**Archivo definitivo, 2013**)

En el estudio de este particular caso se puede observar que, acertadamente, al no tener los indicios suficientes que permitan imputar la participación de denunciado en la comisión del delito, la fiscalía solicita a la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia el archivo definitivo del expediente; esto en razón de la desvaloración del examen médico legal practicado a la víctima, pues este fue realizado sin la autorización de su representante legal al no constar su firma en el mismo.

Luego de realizar el análisis de las consideraciones jurídicas y fácticas, el órgano judicial resuelve aceptar la desestimación adoptada de la denuncia, en virtud de los artículos 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal y consecuentemente ordena el archivo definitivo de la misma; lo que ya genera un estado de tranquilidad en la persona denunciada por el entendimiento mismo de que el archivo es definitivo, en su acepción más lógica.

La fiscalía en el presente caso, tiene la facultad y al mismo tiempo la obligación de realizar un nuevo examen médico legal a fin de determinar la materialidad del delito, así como la responsabilidad del agresor mediante los exámenes de ADN

correspondientes, sin embargo como titular de la acción pública, la fiscalía solicita el archivo definitivo de la investigación.

Este archivo definitivo no es eficaz en el caso concreto por cuanto, como se puede observar en el portal web de la Función Judicial de Machala, con fecha 28 de junio de 2013, el juez Quinto de Garantías Penales de Machala, avoca conocimiento del proceso penal N°089.A-2008, seguido en contra del mismo procesado que será más tarde beneficiado ya del archivo definitivo de la indagación previa con fecha 14 de enero de 2014 en cambio se reiterado la orden de captura de Fredy Japa; es decir, que el proceso se siguió con otro número de causa pero manteniéndose identidad objetiva y subjetiva dentro de este proceso que había sido archivado definitivamente.

### **3.3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-1154/05 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.**

Esta sentencia reviste fundamental relevancia en el desarrollo y defensa de esta investigación, pues la Corte Constitucional de Colombia dilucida ya sobre la cuestión de la Cosa Juzgada del archivo de las diligencias contemplado en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, que textualmente reza lo siguiente:

**Artículo 79.** Archivo de las diligencias. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o

indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación.

Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanuda mientras no se haya extinguido la acción penal.

Sobre esta norma jurídica existe una demanda de inconstitucionalidad en la que el accionante aduce que la discrecionalidad que tiene el fiscal para continuar o no con la acción penal, genera inseguridad jurídica y corrupción, y que además sobre este archivo de las diligencias operaría a la figura denominada Cosa Juzgada.

Finalmente cabe recalcar en el ordenamiento jurídico colombiano se entiende que una vez archivada definitivamente la investigación, no existe la posibilidad de reabrirla, porque ya tiene el efecto de cosa juzgada, en tal sentido, el siguiente fallo jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia nos refiere lo que a continuación se cita:

4.1. La preclusión de la investigación es una institución procesal, de amplia tradición en los sistemas procesales, que permite la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales, ante la ausencia de mérito para sostener una acusación. Implica la adopción de una decisión definitiva, por parte del juez de conocimiento, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y por ende, se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada. (Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 335 de la Ley 906 de 2004 “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*”, 2011)

De esta forma este órgano judicial constitucional refiere que la preclusión acarrea la cosa juzgada sobre la provincia o acto judicial que ordena el archivo definitivo de la investigación penal.

Y asimismo, la Corte lo relaciona con el principio de presunción de inocencia cuando dice:

Más allá de una potestad derivada de la autonomía que la Constitución asigna al fiscal para el ejercicio de la acción penal, configura un imperativo que pretende introducir, en la fase de investigación, un factor de equilibrio entre los poderes del fiscal y los derechos del imputado, en aras de preservar la garantía de presunción de inocencia que lo ampara. (Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 335 de la Ley 906 de 2004 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*, 2011)

Y de esta misma manera, la Corte sigue refiriendo, como opera la preclusión de la indagación criminal, conocida en nuestro país como indagación previa, y establece dos momentos de la misma:

*“4.3. El régimen establecido por la Ley 906 de 2004 contempla dos oportunidades en que puede presentarse una solicitud de preclusión, supuestos que se encuentran perfectamente caracterizados por el momento procesal en que operan, las causales en que se pueden fundar y los sujetos legitimados para formularla. La primera oportunidad (Arts. 331 y 332 inciso 1º) se presenta (i) durante la investigación (aún desde la fase previa),*

hasta antes de que el fiscal presente el escrito de acusación, (ii) se puede formular con fundamento en cualquiera de las siete (7) causales previstas en el artículo 332, y (iii) el legitimado para hacer la solicitud, según lo prevé la ley, es el fiscal.

La segunda, (Parágrafo Art. 332) puede presentarse (i) durante el juzgamiento, (ii) únicamente con fundamento en dos (1ª y 3ª ) de las causales previstas en el artículo 332, y (iii) los sujetos legitimados para formularla son el fiscal, el ministerio público y la defensa.

En uno y otro caso, por tratarse de una decisión típicamente jurisdiccional, que pone fin a la acción penal, dirime de fondo el conflicto y hace tránsito a cosa juzgada, la solicitud debe ser resuelta por el juez de conocimiento. (Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 335 de *la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, 2011*)

A criterio de este órgano, el fiscal puede solicitar el archivo del proceso, bien sea durante las investigaciones, o bien sea durante el juicio propiamente dicho, y en uno y otro caso opera la figura de la cosa juzgada.

### **3.4. PROPUESTA DE REFORMAS APLICABLES A LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ECUATORIANA.**

En base a los resultados de esta investigación, y la descripción del problema jurídico que resulta de la reapertura de la investigación penal a pesar de haberse providenciado el archivo definitivo, y de haber operado la figura jurídica de la Cosa Juzgada, cabe plantear una solución desde el punto de vista jurídico que se encamine a subsanar las vulneración de los derechos del procesado involucrados, en este sentido a continuación se describe preliminarmente la situación actual de la problemática.

### **3.4.1. SITUACIÓN ACTUAL DEL PROBLEMA JURÍDICO**

#### **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

##### **EL H. CONGRESO NACIONAL**

###### **Considerando:**

Que la Constitución de la República, en su artículo 192, establece que el sistema procesal será un medio para la realización de la Justicia, que hará efectivas las garantías del debido proceso, y que velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia;

Que de acuerdo al ordenamiento constitucional, las leyes procesales procurarán la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites;

Que para lograr la celeridad y eficacia de los procesos, los trámites, en especial la presentación y contradicción de las pruebas, deben llevarse a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios dispositivo, de concentración e inmediación:

Que asimismo, la Constitución de la República, en su artículo 219, establece que el Ministerio Público, prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal; y, En ejercicio de la atribución conferida en el numeral 5 del artículo 130 de la Constitución de la República expide el siguiente:

**Nota:** Considerando reformado por Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 544 de 9 de Marzo del 2009. **CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**

## **LIBRO PRIMERO PRINCIPIOS FUNDAMENTALES**

### **TITULO II**

#### **LA ACCION PENAL**

##### **CAPITULO I**

###### **REGLAS GENERALES**

Art. ...- Archivo Provisional y Definitivo.- En todos los delitos, que lleguen a conocimiento de la fiscalía sea por partes informativos, informes o por cualquier otra noticia del ilícito en tanto no se hubiere iniciado la instrucción fiscal, el fiscal podrá solicitar al juez de garantías penales el archivo provisional de la investigación, cuando de ella no se haya podido obtener resultados suficientes para deducir una imputación. De encontrarse nuevos elementos de convicción, el fiscal podrá reabrir la investigación y proseguirá con el trámite.

Si no se llegaren a establecer elementos de convicción, la investigación penal se archivará definitivamente dentro de un año en los casos de delitos sancionados con prisión y dentro de dos años en los casos de delitos sancionados con reclusión.

El ofendido podrá solicitar al fiscal la reapertura de la investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante el fiscal superior, quien tendrá

facultad de revocar la decisión de archivo y disponer que se continúe con la investigación, decisión que la adoptará en el plazo máximo de diez días.

Transcurrido el plazo para el cierre de la indagación previa, el fiscal hará conocer al juez de garantías penales, quien verificará las exigencias legales y de ser el caso declarará la extinción de la acción y dispondrá el archivo definitivo del caso, calificando si la denuncia es maliciosa o temeraria

## **LIBRO CUARTO**

### **ETAPAS DEL PROCESO**

#### **TITULO I**

##### **LA INSTRUCCION FISCAL Y LA POLICIA JUDICIAL**

#### **CAPITULO II**

##### **LA INDAGACION PREVIA Y LA INSTRUCCION FISCAL**

Art. 215.- Indagación previa.- Antes de resolver la apertura de la instrucción, si lo considera necesario, el Fiscal con la colaboración de la policía judicial que actuará bajo su dirección, investigará los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento.

Si durante la indagación previa tuvieren que adoptarse medidas para las cuales se requiera de autorización judicial, el Fiscal deberá previamente obtenerla.

De no existir fundamentos para deducir la imputación, la indagación no podrá mantenerse abierta por más de un año, y transcurrido este plazo, el fiscal dispondrá el archivo provisional del expediente o solicitará al juez su archivo definitivo, según fuera el caso; este plazo se contará desde la fecha en la cual el fiscal dio inicio a la indagación previa.

Sin embargo, si llegaren a poder del Fiscal elementos que le permitan imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, iniciará la instrucción aunque el plazo hubiere fenecido, siempre que la acción penal no hubiere prescrito según las reglas generales.

Sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa; las actuaciones de la Fiscalía, de la Función Judicial, de la Policía Judicial y de otras instituciones y funcionarios que intervengan en la indagación previa, se mantendrán en reserva de terceros ajenos a ésta y del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido, y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados, de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones. El personal de las instituciones mencionadas que habiendo intervenido en estas actuaciones, las divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan atentando contra el honor y al buen nombre de las personas en general, serán sancionados conforme a lo previsto en el Código Penal.

### **3.4.2. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA**

En base a los fundamentos doctrinarios, jurídicos, al análisis de casos prácticos, y a la situación actual, antes descrita, de acuerdo a la investigación realizada la propuesta de reforma jurídica debe ir de la siguiente manera:

#### **ASAMBLEA NACIONAL**

#### **EL PLENO**

#### **CONSIDERANDO**

**QUE:** La Constitución de la República, en su artículo 424, estatuye que la Constitución es una norma de aplicación directa dentro del ordenamiento jurídico interno.

**QUE:** El artículo 425 de la Carta de Montecristi determina que la Constitución es la norma suprema del Estado ecuatoriano.

**QUE:** La Constitución de la República, en su artículo 82 determina que el derecho a la seguridad jurídica se sustenta en la preexistencia de norma jurídicas claras, previas, y que estas sean aplicadas por los operadores jurídicos.

**QUE:** El artículo 11 de la Constitución, en su numeral 4, prohíbe que mediante acto legislativo se vulneren los derechos establecidos en la constitución.

**QUE:** El numeral 9, del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana determina que es el más alto deber del Estado, respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

**QUE:** El artículo 84 de la Carta de Ciudad Alfaró, estatuye que es responsabilidad de la Asamblea Nacional adecuar formal y materialmente la leyes a los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

**QUE:** El artículo innumerado, a continuación del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, determina que en el archivo definitivo, de encontrarse nuevos elementos de convicción, el fiscal podrá reabrir la investigación.

**QUE:** Prestigiosas Cortes en el mundo, como la Corte Constitucional de Colombia, establecen que el principio de cosa juzgada formal opera en el archivo definitivo de la investigación criminal.

En ejercicio de sus atribuciones

De conformidad con las atribuciones y competencias de la Asamblea Nacional, y en ejercicio de las facultades constitucionales establecidas en el numeral 6 del artículo 120, expide:

**PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL**

Artículo 1. **ELIMÍNESE.**- del artículo innumerado, a continuación del artículo 39 de la Codificación del Código de Procedimiento Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento 360 de 13 de enero de 2000 la siguiente frase: “De encontrarse nuevos elementos de convicción, el fiscal podrá reabrir la investigación y proseguirá con el trámite”.

Artículo 2. **INCORPÓRESE.**- en la parte final del inciso cuarto del artículo 215, la siguiente frase: “o si el archivo de la indagación previa no es definitivo”

Artículo final.- La presente reforma de Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito EN LA SEDE DE LA Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, a los siete días del mes de noviembre de dos mil trece.

Gabriela Rivadeneira

Presidenta

Libia Rivas

Secretaria General

## CAPÍTULO IV

### 4.1. CONCLUSIONES

- La reapertura de una indagación previa, que ha sido archivada definitivamente atenta contra el principio jurídico de la cosa juzgada, y vulnera el derecho a la seguridad jurídica.

- El principio jurídico procesal de cosa juzgada formal, se aplica sobre las providencias judiciales que precluyen, dentro del término establecido por la ley, en este sentido, la cosa juzgada formal, determina la preclusión de la providencia del juez que ordena el archivo definitivo, y en tal sentido no puede reabrirse.

- El derecho a la seguridad jurídica implica la preexistencia de leyes claras, previas y que estas sean aplicadas adecuadamente por los operadores de justicia, de igual manera implica que los fallos sobre los cuales ha surtido efecto el principio de cosa juzgada, se mantengan intactos, a menos que sea para favorecer a un sentenciado inocente.

- Los índices estadísticos demuestran que la mayoría de archivos definitivos se producen en los delitos de robo, esto se debe a que el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos es de índole patrimonial, y en ese sentido las personas prefieren abandonar la causa.

- La normativa jurídica procesal penal que determina la reapertura de la indagación previa, es presuntamente inconstitucional, por lo que le corresponde a la Asamblea Nacional del Ecuador, reformar esta Ley y subsanar estos vicios de constitucionalidad material.

## 4.2. RECOMENDACIONES

- Los jueces, al ser garantistas de los derechos constitucionales, según la actual Carta Magna ecuatoriana, deben aplicar directamente los derechos humanos de carácter fundamental previstos en la constitución. A esto se le denomina control difuso de constitucionalidad de la norma jurídica, aplicable al caso concreto y con efectos inter partes.

- Los jueces no deben permitir la reapertura de la indagación previa, sobre la que pesa el archivo definitivo, en virtud del principio de cosa juzgada y seguridad jurídica.

- La Asamblea Nacional, de conformidad con el mandato constitucional, debe adecuar formal y materialmente a leyes expedidas a fin de que no existan vicios formales o de fondo de constitucionalidad, en este caso refiriéndonos a la normativa adjetiva en materia penal.

- Aplicar la propuesta de reforma incluida en la parte final del capítulo tercero de esta tesis, con los procedimientos que la Constitución prevé para el efecto, y la autoridad, es decir la Asamblea Nacional.

## BIBLIOGRAFÍA

ACCION PENAL, PRECLUSION DE LA RESOLUCION QUE ORDENA EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL MINISTERIO PUBLICO, AMPARO PENAL EN REVISION 3600/48. (Suprema Corte De Justicia 5 de Julio de 1950). Recuperado el 21 de agosto de 2013, de <http://info4.juridicas.unam.mx/const/tes/5/2/880.htm>

Alexy, R. (1986). Teoría de los derechos fundamentales. (E. Garzón Valdés, & R. Zimmerling, Trads.) Suhrkamp-Verlag: Centro de Estudios Constitucionales.

Archivo definitivo, 0250 (Corte Nacional de Justicia 17 de septiembre de 2013).

ARCHIVO DEFINITIVO DE CAUSA, 0628 (JUZGADO PRIMERO DE TRÁNSITO DE PICHINCHA 12 de ABRIL de 2010). Recuperado el 1 de noviembre de 2013, de [http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/mis\\_modulos/www/consultas/causas/actividades.php](http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/mis_modulos/www/consultas/causas/actividades.php)

Ávila Santamaría, R. (2012). Los derechos y sus garantías, ensayos críticos. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.

CABANELLAS, G. (2003). Diccionario Jurídico Elemental (Decimosexta ed.). Buenos Aires: Editorial Eliasta. Recuperado el noviembre de 6 de 2013

CARBONELL, M. (s.f.). Los Derechos de Seguridad Jurídica. Recuperado el 20 de Agosto de 2013, de Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1408/7.pdf>

Código de Procedimiento Penal. (13 de enero de 2000). Ley 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento 360. Quito.

Código de Procedimiento Penal. (2009). MÉXICO D.F., MÉXICO.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ARGENTINO. (s.f.). BUENOS AIRES, ARGENTINA.

Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). (R.O. 449). Quito.

CORREA HENAO, N. R. (2005). Derecho Procesal de la acción de tutela (Segunda ed.). Bogotá, Coombia: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 335 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, expediente D-8537 (Corte Constitucional de Colombia 23 de noviembre de 2011). Recuperado el 1 de agosto de 2013, de [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-881-11.htm#\\_ftnref4](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-881-11.htm#_ftnref4)

DÍAZ, E. (1991). Estado de derecho y sociedad democrática (Octava ed.). Madrid, España: Taurus.

DIFERENCIAS ENTRE ARCHIVO Y PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN, Exp. No. 11-001-02-30-015-2007-0019 (SALA PLENA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 5 de JULIO de 2007). Recuperado el 21 de AGOSTO de 2013, de <http://gavillan1.blogspot.com/2007/07/diferencias-entre-archivo-y-preclusion.html>

FAIRÉN GUILLÉN, V. (1992). TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

GORDILLO, A. (s.f.). [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com). Recuperado el noviembre de 9 de 2013, de Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: [http://www.gordillo.com/tomos\\_pdf/3/capitulo13.pdf](http://www.gordillo.com/tomos_pdf/3/capitulo13.pdf)

Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1982). Diccionario Jurídico Mexicano (Vols. Tomo II C-CH). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL. (JUNIO de 2011).

- Montaña Pinto, J. (2012). Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- NISIMBLAT, N. (Enero-Junio de 2009). LA COSA JUZGADA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA Y EL PRINCIPIO DEL ESTOPPEL EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN. Recuperado el 26 de agosto de 2013, de Biblioteca Jurídica de la Unam: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/118/cnt/cnt11.pdf>
- PECES-BARBA, G. (2003). La Constitución y la seguridad jurídica, Claves de Razón Práctica. Madrid.
- REY Cantor, E. (s.f.). Biblioteca Jurídica de la Universidad Autónoma de México. Recuperado el 6 de junio de 2013, de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/35.pdf>
- SACHEZ Gil, R. A. (2002). Biblioteca Jurídica Virtual. Recuperado el 6 de junio de 2013, de Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard7.htm>
- VACA ANDRADE, R. (2009). Manual de Derecho Procesal Penal (Cuarta ed., Vol. Tomo I). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vergottini, G. (2004). Derecho Constitucional Comparado (6ta, italiana. ed.). (C. Herrera, Trad.) México: Segretariato Europeo Per Le Pubblicazioni Scientifiche.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>PORTADA</b>	<b>1</b>
<b>CERTIFICACIÓN</b>	<b>2</b>
<b>AGRADECIMIENTO</b>	<b>3</b>
<b>DEDICATORIA</b>	<b>4</b>
<b>DECLARACIÓN DE AUTORÍA</b>	<b>5</b>
<b>SÍNTESIS DE LA TESIS</b>	<b>6</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	<b>9</b>
<b>ANTECEDENTES DOCTRINARIOS DE LA COSA JUZGADA Y DEL ARCHIVO DE LA INDAGACIÓN</b>	<b>9</b>
<b>1.1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA</b>	<b>9</b>
<b>1.2. LA COSA JUZGADA.</b>	<b>11</b>
1.2.1. COSA JUZGADA EN EL DERECHO PENAL	12
1.2.2. CARACTERÍSTICAS	15
1.2.3. CLASIFICACIÓN	16
1.2.3.1. LA COSA JUZGADA FORMAL	17
1.2.3.2. LA COSA JUZGADA MATERIAL	20
1.2.4. LA COSA JUZGADA Y EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA	21
<b>1.3. EL ARCHIVO PROVISIONAL Y DEFINITIVO DE LA INDAGACIÓN PREVIA.</b>	<b>24</b>
1.3.1. NATURALEZA Y ALCANCE DEL ARCHIVO DEFINITIVO.	25
<b>1.4. REHABILITACIÓN DE LA INDAGACIÓN PREVIA DESPUÉS DEL ARCHIVO.</b>	<b>29</b>
<b>1.5. ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS O DE LA ACTUACIÓN PENAL EN COLOMBIA.</b>	<b>30</b>
<b>CAPÍTULO II</b>	<b>33</b>
<b>MARCO JURÍDICO</b>	<b>33</b>

<b>2.1.</b>	<b>EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.</b>	<b>33</b>
<b>2.2.</b>	<b>EL ARCHIVO DE LA INDAGACIÓN PREVIA.</b>	<b>35</b>
2.2.1.	ARCHIVO PROVISIONAL.	36
2.2.2.	ARCHIVO DEFINITIVO.	37
<b>2.3.</b>	<b>REAPERTURA DE LA INVESTIGACIÓN FISCAL.</b>	<b>41</b>
<b>2.4.</b>	<b>ANÁLISIS DEL ARCHIVO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.</b>	<b>45</b>
<b>2.5.</b>	<b>ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO.</b>	<b>46</b>
2.5.1.	EL ARCHIVO DE LA INVESTIGACION PENAL EN ARGENTINA	46
2.5.2.	EL ARCHIVO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL EN MÉXICO	48
<b>2.6.</b>	<b>ESBOZO ACERCA DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REAPERTURA DE LA INDAGACIÓN PREVIA ARCHIVADA DEFINITIVAMENTE.</b>	<b>49</b>
2.6.1.	EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EFICACIA DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN. 49	
2.6.2.	EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	54
2.6.2.1.	SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL	55
2.6.2.2.	TIPOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL.	56
2.6.3.	TESIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REAPERTURA DEL ARCHIVO DEFINITIVO DE LA INDAGACIÓN PREVIA.	59
<b>CAPÍTULO III</b>		<b>61</b>
<b>ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS</b>		<b>61</b>
<b>3.1.</b>	<b>ÍNDICES ESTADÍSTICOS CUANTITATIVOS Y CUALITATIVOS DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES QUE ORDENAN EL ARCHIVO DEFINITIVO DE LA INDAGACIÓN PREVIA EN EL ECUADOR.</b>	<b>61</b>
<b>3.2.</b>	<b>ANÁLISIS DE RESOLUCIÓN DE CASOS EN EL ECUADOR.</b>	<b>65</b>
<b>3.3.</b>	<b>ANÁLISIS DE LA SENTENCIA C-1154/05 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.</b>	<b>67</b>
<b>3.4.</b>	<b>PROPUESTA DE REFORMAS APLICABLES A LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ECUATORIANA.</b>	<b>71</b>
3.4.1.	SITUACIÓN ACTUAL DEL PROBLEMA JURÍDICO	72
3.4.2.	PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA	76

<b>CAPÍTULO IV</b>	<b>79</b>
<b>4.1. CONCLUSIONES</b>	<b>79</b>
<b>4.2. RECOMENDACIONES</b>	<b>81</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>82</b>
<b>ÍNDICE DE CONTENIDO</b>	<b>85</b>
<b>ÍNDICE DE TABLAS</b>	<b>88</b>
<b>ÍNDICE DE GRÁFICOS</b>	<b>88</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>89</b>

## ÍNDICE DE TABLAS

*Tabla 1: Índices cuantitativos y cualitativos del archivo definitivo* \_\_\_\_\_ 63

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

*Gráfico 1: Índices cuantitativos y cualitativos del archivo definitivo* \_\_\_\_\_ 64

**ANEXOS**