

UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

CARRERA DE DERECHO

Trabajo de investigación de Artículo Científico previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República.

Tema:

Suspensión de la caducidad de la acción subjetiva.

Título:

Caducidad de la acción subjetiva y Derecho de Acción. Un análisis desde la proporcionalidad

Autores:

José Rubén Alcívar Mendoza

Jorge Armando Zambrano Pico

Tutor:

Jennifer Julliet Loor Parraga

Cantón Portoviejo – Provincia de Manabí – República del Ecuador

2022

RESUMEN

El presente estudio pretende demostrar si la configuración técnica normativa del plazo de caducidad de la acción subjetiva se muestra suficiente para satisfacer los elementos esenciales del derecho de acción. Para tal propósito se emplea un esquema racional de argumentación jurídica como lo es el denominado “Principio de proporcionalidad”, marco argumentativo que permite establecer, en el contexto de un conflicto de principios, cual de aquellos genera sobre el otro una situación de precedencia condicionada. A través de argumentos que sientan sus bases en la doctrina jurídica y en pronunciamientos de la Corte Constitucional Ecuatoriana y mediante el análisis cualitativo respecto de los principios en aparente conflicto, como resultados de la investigación se determina una situación de no justificación de la intervención sobre el derecho de acción como componente del derecho al acceso efectivo a la justicia, pues si bien el derecho de acción supone determinados límites, estos deben de responder a condiciones tales que no sobrepasen el contenido esencial del derecho que regulan.

PALABRAS CLAVE:

Acción subjetiva; acceso a la justicia; caducidad; derecho de acción; garantía jurisdiccional; principio de proporcionalidad.

ABSTRACT

The present study intends to demonstrate if the normative technical configuration of the expiration term of the subjective action is shown to be sufficient enough to satisfy the essential elements of the right of action. For this end, a rational scheme of legal argumentation is used, such as the so-called "Principle of proportionality", an argumentative framework that allows establishing, in the

context of a conflict of principles, which of those generates a situation of conditioned precedence over the other. Based on this scheme, the determining elements of the right of action and the apparent right of the State are studied so that the legal relations established between this, the administrators and the decisions made within the framework of these relations become solid and firm. Through arguments that lay their foundations in the legal doctrine and pronouncements of the Ecuadorian Constitutional Court regarding both elements in apparent conflict, a situation of non-justification of the intervention on the right of action as a component of effective access to justice is determined; since the right of action has some limits, these must respond to conditions such that they do not exceed the essential content of the right they regulate.

KEYWORDS:

Access to justice; expiration term; jurisdictional guarantee; principle of proportionality; right of action; subjective action.

Introducción

El tema a tratar en las líneas subsiguientes responde a una tesis que ha sido planteada recientemente por dos autores ecuatorianos, misma que se inmiscuye en el campo del Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. Andrés Moreta y Juan Francisco Cárdenas (2022) se replantean el razonamiento referente a la posibilidad de suspender el termino de caducidad que el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) determina para la presentación de la demanda contencioso administrativa en la que se pretenda ejercitar una “acción subjetiva o de plena jurisdicción” (acción contencioso administrativa) cuando, frente al acto administrativo que sirve de fundamento para dicha acción, se prefiere acudir a la jurisdicción constitucional con la pretensión de ejercer una acción de garantía jurisdiccional, específicamente la “acción de protección”.

El numeral primero del artículo 326 COGEP hace referencia a la denominada “acción subjetiva o de plena Jurisdicción”, en la que dicha acción se ha vulnerado ya sea por un derecho negado o desconocido a en su caso no reconocido por un hecho u acto administrativo.

Consecuentemente, el artículo 88 de la Constitución de la Republica del año 2008 (en adelante CRE) consagra la denominada acción de protección, garantía jurisdiccional a la cual la propia norma suprema ha otorgado una finalidad muy clara, como bien sabemos la acción de protección es de amparo directo y eficaz por los derechos que se establecen en la norma suprema y además nos dice que esta causara sus efectos siempre y cuando exista vulneración de derechos constitucionales ya sea por parte de la administración pública o no, consecuentemente referente a los efectos que genera la finalidad de esta acción jurisdiccional, en caso de operar a favor de quien la propone, el numeral 3 del artículo 86 de la CRE hace alusión de que si se llegase a comprobar de que existió vulneración de derechos ordenará la reparación integral, y como bien sabemos esta

responsabilidad se desprende del Estado, no cabe duda que esta figura del derecho tiene como principal objetivo el de resarcir el daño causado a la persona afectada.

Como se observa, tanto la denominada acción subjetiva o de plena jurisdicción (acción contencioso administrativa) como la acción de protección (acción jurisdiccional constitucional) no obstante divergentes en relación a las materias específicas en las que operan y producen sus efectos, convergen en la característica concreta de que ambas acciones se fundan en la vulneración de un derecho (legal o constitucional, respectivamente) por un acto proveniente ya sea de un particular o del Estado.

Por lo tanto, este es el punto de partida para lograr comprender la tesis planteada por Moreta y Cárdenas, quienes haciendo referencia al nuevo paradigma constitucional adoptado en el Ecuador tras la aprobación y promulgación de la Constitución de Montecristi de 2008 y la consecuente integración de la acción de protección como garantía jurisdiccional, plantean la posibilidad de suspender el termino señalado en el artículo 306 COGEP.

Siguiendo esta misma línea y bajo este esquema ya planteando nos proyectamos determinar, mediante la aplicación del “Test de Proporcionalidad”, si la imposibilidad de suspensión del término de caducidad de la acción subjetiva (Art. 306 COGEP) satisface la efectiva vigencia del derecho de acción como componente del derecho al acceso efectivo a la justicia dentro del contexto de una situación específica planteada por Andrés Moreta y Francisco Cárdenas.

El Ecuador dentro del marco de un Estado Constitucional de derechos en el que todo el edificio normativo debe de responder a determinados principios fundadores y orientadores del ejercicio de las potestades públicas, el estudio y análisis de las diversas situaciones que el creciente tráfico jurídico de la modernidad imprime al sistema de administración de justicia se vuelve imprescindible. El acceso a la justicia, real y efectivo, responde a una preocupación creciente de

los Estados y de los órganos jurisdiccionales en respuesta a la también creciente corriente de los Derechos Fundamentales y los efectos que el irrespeto a aquellos genera en la confianza hacia un determinado sistema normativo. Las regulaciones impuestas a determinados derechos, como en este caso lo es la imposibilidad de suspender el término de caducidad para la presentación de la acción subjetiva, deben de responder a directrices tales que no sobrepasen el contenido esencial de los mismos derechos que regulan. El estudio planteado se reviste de importancia por cuanto pretende sacar a flote la falencia técnica estructural de la configuración normativa del término de caducidad referido en una situación concreta.

Aparece aquí una interrogante, partiendo ahora del hecho de que entre el derecho de acción (en el que la titularidad del mismo recae sobre el individuo) y el derecho de dotar de certeza a las relaciones jurídicas que entabla (en la que la titularidad del mismo recae sobre el Estado) existe un enfrentamiento dentro del marco específico de la imposibilidad, dada su naturaleza, de suspender el término de caducidad al que nos hemos referido en las condiciones ya mencionadas; en consecuencia: ¿Acaso el derecho del Estado se encuentra por encima, o tiene un grado privilegiado de satisfacción, respecto del derecho del individuo? En sentido contrario ¿Acaso el derecho del individuo se encuentra por encima del derecho del Estado? En ese mismo sentido ¿Acaso el interés particular se encuentra por encima del “interés general” o de la sociedad, mismo que se encuentra implícito en todas y cada una de las actuaciones de las instituciones públicas del Estado?

Las respuestas a las interrogantes planteadas se buscarán en el estudio del contenido esencial de los derechos en aparente discrepancia.

Metodología

Esta investigación recurre a una metodología de análisis cualitativo para determinar si la configuración normativa de la caducidad de la acción subjetiva responde acordemente a los elementos esenciales del derecho de acción. A este análisis cualitativo subyace la técnica de recolección y estudio bibliográfico de diferentes artículos científicos de las más variadas revistas jurídicas de habla hispana, así como pronunciamientos judiciales especializados. Los resultados de esta investigación son producto del análisis detallado de los elementos dogmáticos de los elementos en aparente conflicto y de los elementos normativos del sistema jurídico procesal interno.

Caducidad

La caducidad es una institución del derecho que produce como efectos principales el fenecimiento de un derecho o la pérdida de oportunidad para ejercer uno. En palabras de Lagos Villarreal (2005):

La caducidad legal es la extinción que afecta a un derecho que por su naturaleza tiene una duración determinada por el solo transcurso del tiempo fijado para su vigencia, sin necesidad de requerir un hecho externo que ponga fin a su existencia. (pág. 83)

Rodríguez Russo (2012, pág. 115) expone de manera detallada que la conceptualización de la figura de la caducidad se la debe el derecho continental al alemán Alexander Grawein, mismo que realiza la distinción entre conceptos tales como plazos preclusivos, caducidad, prescripción, plazos presuntivos y usucapión, en busca de la adopción de la caducidad como una figura novedosa para tratar los plazos breves en el derecho: “En la caducidad, en cambio, el transcurso del plazo no impide al derecho nacer, sino poder vivir como un derecho normal, pues se trata de la duración temporal de un derecho que desaparece por el mero transcurso del tiempo”.

Expresa una máxima del pensamiento que nadie inventa nada porque todo está escrito en la naturaleza, por lo tanto, la originalidad consistiría precisamente en eso, en volver al origen. En este punto es inevitable citar las conceptualizaciones básicas que se muestran en el clásico diccionario de consulta casi obligada para estudiantes y juristas. Guillermo Cabanellas (2003, pág. 58), en su *Diccionario Jurídico Elemental*, expone sencillamente el concepto de la caducidad: “Lapso que produce la pérdida o extinción de una cosa o de un derecho”. Por otro lado, el mismo Cabanellas (2003, pág. 316), expone el concepto de prescripción: “Consolidación de una situación jurídica por efecto del transcurso del tiempo; ya sea convirtiendo un hecho en derecho, como la posesión o la propiedad; ya perpetuando una renuncia, abandono, desidia, inactividad o impotencia”.

Se logra observar en este sentido que ambas figuras comparten un elemento en particular, el transcurso del tiempo, así lo expone Lagos Villareal (2005):

En la caducidad legal, el tiempo es la medida de duración de la eficacia de un hecho que puede crear un derecho. En la prescripción, el tiempo es la medida del hecho destructivo del Derecho, que se expande a lo largo de cierto lapso. (pág. 82)

¿Cuál es el análisis que se puede realizar, respecto de la caducidad, de la expresión “medida de duración de la eficacia de un hecho que puede crear un derecho”? Para efectos de esta investigación, el análisis que se puede proporcionar respecto de esta interrogante puede partir precisamente de lo estipulado en el numeral 1 del artículo 306 COGEP (2014):

Art. 306.- Oportunidad para presentar la demanda. Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente: ... 1. En los casos en que se interponga una acción subjetiva o de plena jurisdicción, el término para proponer la demanda será de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en la que se notificó el acto impugnado.

La expresión “acto impugnado” hace referencia al acto administrativo que vulnera derechos subjetivos de la o el accionante, puesto que ese es el objeto de la denominada acción

subjetiva o de plena jurisdicción. En estas condiciones ¿Cómo es que el tiempo actúa como medida de duración de la eficacia de un hecho generador de derechos? Es claro que cuando se hace referencia a la palabra “Hecho” estamos frente a un suceso que acontece en la naturaleza, en la biosfera. Distinto es hablar de “Hecho consumado”, expresión mediante la cual se entiende que lo que acontece en la naturaleza ya ha llegado al nirvana de su proceso como acontecimiento y por lo tanto no puede ser objeto de algún otro hecho que pretenda frenarlo o impedirlo.

En consideración a aquello, el hecho al cual el artículo 306 COGEP atribuye la posibilidad de generar derechos es precisamente la existencia y notificación del acto administrativo que funda el ejercicio de la denominada acción subjetiva o de plena jurisdicción. El lapso de tiempo de 90 días constituye la medida de eficacia de este hecho por cuanto existe la posibilidad de entablar la acción subjetiva si, a consideración del supuesto perjudicado, existen elementos suficientes que permitan dictaminar la efectiva violación de un derecho subjetivo o de elementos que arremetan directamente contra la denominada “presunción de validez de los actos administrativos”. Fuera de ese periodo de tiempo, el hecho de que exista y se haya notificado el acto administrativo ya no es eficaz a efectos de entablar y ejercer la acción subjetiva o de plena jurisdicción.

Cabe destacar que el derecho que es afectado por la caducidad, en este caso concreto es el denominado “derecho de acción” que, como se expondrá más adelante, es parte integrante de una categoría genérica denominada “Acceso efectivo a la justicia”. No obstante, el hecho de que el derecho de acción presente aparentemente determinados límites, la caducidad no produce una suerte de pérdida definitiva de este derecho por cuanto, si bien se pierde la efectividad de un hecho generador de derechos como producto del paso del tiempo para efectos del ejercicio de una acción judicial y, como se verá, para efectos de estabilización de las expectativas generadas en el sistema normativo, el derecho de toda persona de acceder a los tribunales o a solicitar de estos la tutela de

los derechos vulnerados seguirá presente por cuanto se trata de un derecho catalogado como “Fundamental”

De las conceptualizaciones proporcionadas se desprende que el paso del tiempo, respecto de la caducidad, es la única categoría a tener en consideración para que, efectivamente, se produzca la pérdida de un derecho. Esta característica ha sido acogida por el máximo órgano de administración de justicia ordinaria mediante Resolución 13-2015, la cual especifica que esta institución del derecho produce sus efectos *ipso jure* frente al paso y transcurrir lineal del tiempo.

Principio de proporcionalidad

En relación a la temática abordada, y en consideración a la cada vez más creciente corriente de “constitucionalización” de los actuales sistemas jurídicos en los que se imbrican en sus bases epistemológicas las actuales corrientes de derechos humanos fundamentales, las intervenciones normativas que son producto de procedimientos legislativos previstos para la producción de leyes se configuran como el objeto principal de estudio de diversos análisis técnicos jurídicos que tienen por finalidad determinar la correspondencia de la intervención o el producto del procedimiento legislativo con los valores medulares del sistema y, en última instancia, de la Constitución como norma fundadora organizacional del Estado de Derecho.

Tal como se ha planteado, para desarrollar el objeto de estudio planteado es imprescindible conocer la conceptualización, estructura y finalidad del principio de proporcionalidad por cuanto lo que se pretende con este es conocer si se encuentra justificada una determinada intervención normativa sobre unos derechos humanos fundamentales.

Partiendo al estudio del “Principio de Proporcionalidad”, en primer lugar, se vuelve imperativo hacer referencia al fundamento que proporciona el idealizador de esta figura, Robert

Alexy, jurista alemán que ha dado forma a la denominada “Teoría de los derechos Fundamentales”, misma que a su vez ubica una de sus bases en la distinción planteada entre los conceptos de “Reglas” y “Principios” (Moreso, 2010, pág. 59)

De esta manera, Alexy expone que entre ambas figuras existen diferencias medulares: en el caso de las denominadas “Reglas”, al ser normas jurídicas y, en consecuencia, al adoptar las características inherentes de aquellas (imperatividad, coercibilidad, previsibilidad, etc.) estas configuran mandatos definitivos que ordenan que algo sea cumplido si convergen cada una de las condiciones que la propia regla exige para que se produzcan sus efectos; algo distinto sucede con los denominados “Principios”, los cuales son conceptualizados por Alexy (2011, pág. 12) como “Mandatos de Optimización”: “...la idea de optimización viene dada por la exigencia de que los principios deben de ser cumplidos en la mayor medida de lo posible considerando las posibilidades fácticas y jurídicas de cada caso”.

Por tanto, al ser la regla un mandato definitivo, si se reúnen las condiciones que presupone la misma (supuesto abstracto), esta se cumple, caso contrario, no se cumple, sin más. Cabe destacar en este punto que una de las características esenciales de las normas jurídicas es que estas son elaboradas por un órgano estatal investido de tal competencia y/o atribución, por tanto, son producto de un procedimiento legislativo previamente establecido en el que participan una pluralidad de voluntades.

Por otro lado, emerge un escenario distinto en relación a los principios. Según expone Caminos (2014, pág. 54): “Los principios tienen la particularidad de que pueden ser cumplidos de manera gradual, esto es, existen muchas acciones diferentes que son compatibles con lo que el principio exige”. ¿Por qué el denominado “principio” se diferencia de la “regla” en el aspecto de que el primero puede ser satisfecho en diferentes grados y niveles? La respuesta a esta interrogante

Alexy (2011, pág. 24) la encuentra en una de las dimensiones de los derechos fundamentales: “La positividad representa solo un lado de los derechos fundamentales, es decir, su lado real o factico. Además de esto, ellos poseen una dimensión ideal”.

Sobre la “Dimensión Ideal” se hace referencia al “Deber ser”, en otras palabras, lo que se anhela, lo que se ajusta perfectamente a una idea concebida y generalmente aceptada, y en cierta medida, lo utópico (Real Academia Española, s.f.). (v.gr: “deber ser”: inexistencia de elementos humanos corruptos en la administración pública; “Ser”: elevados márgenes de ineficiencia de la administración pública derivada de manejos corruptos de las arcas del Estado); además, con esta afirmación, tácitamente se hace referencia a que detrás de toda norma de derecho fundamental subyace un principio que la funda por cuanto aquel correspondería a la dimensión ideal del derecho fundamental.

Esta dimensión ideal del derecho fundamental es de contenido valórico o axiológico, así lo expone Caminos (2014, pág. 53) al tratar la tesis de Alexy: “Según su reconstrucción de los conceptos prácticos, los principios tendrían un carácter deontológico, pues ellos señalarían a una conducta como debida. Por otro lado, los valores tendrían un carácter axiológico, pues indicarían un estado de cosas como bueno...”, esta afirmación hace directa referencia a las soluciones que se les pueden aplicar a las denominadas “Colisiones entre principios”

De esta manera, si una regla es aplicable a un caso concreto porque se han cumplido las condiciones que esta exige para que se produzcas sus efectos, esto es una razón definitiva para su aplicación (v.gr: el realizar el denominado “Hecho Generador” a efectos tributarios configura la obligación del pago de un impuesto) salvo que se haya establecido una excepción para la regla (v.gr: no obstante haberse configurado el “Hecho Generador” que obliga al pago de la totalidad de

un impuesto, se aplica un descuento del 50% por ser la persona obligada discapacitada físicamente en un 90%).

Por otro lado, al constituir mandatos de optimización, los principios engloban la idea de buscar, entre tantas opciones, la que mejor se ajuste a la finalidad y contenido esencial de los mismos, por tanto, según Caminos (2014, pág. 56): “Si un principio exige una acción para un caso, dicha acción será la que definitivamente deberá ser realizada solo luego de considerar a los principios opuestos y a las posibilidades fácticas”. La razón de considerar previamente a los principios opuestos que juegan en contra de la esencialidad del principio intervenido, afectado o estudiado, surge de la propia naturaleza de los principios como mandatos de optimización que, según Alexy (2012, pág. 68), consideran posibilidades jurídicas y fácticas: “El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos”.

En este sentido, la regla es aplicable de manera definitiva mediante la subsunción, mientras que el principio es aplicado de manera gradual a través de la ponderación (Clérico, 2012, pág. 114); ponderación que debe de ser entendida conceptualmente como así lo hace López Hidalgo (2017, pág. 188): “Así, por ponderación se puede entender una forma de argumentación plausible cuando nos hayamos en presencia de razones justificatorias del mismo valor y tendencialmente contradictorias”.

No obstante, surgen situaciones en las que dos reglas entran en conflicto (v.gr: siguiendo con el caso de la configuración de un impuesto, en la ley tributaria sustancial se estipula que el porcentaje del impuesto sobre las rentas es del 15 % de las ganancias obtenidas a lo largo de un año, no obstante, la disposición reglamentaria de aplicación de la ley sustancial integra una fórmula de cálculo que no grava con el 15% sino con el 10%). En estos casos de conflictos de reglas la solución vendría dada, como explica Moreso (2010, pág. 60) por la declaratoria de invalidez de la

norma reglamentaria, atacando directamente la validez de la misma por cuanto transgrede la disposición de la ley sustancial; aquí se trata de un aspecto de simple jerarquía.

Así también, cuando colisionan dos principios el tratamiento es distinto por cuanto se acepta que aquellos son entendidos como mandatos de optimización, encerrando la idea de optimizar y, por ende, la idea de elegir la medida o acción más beneficiosa, por así decirlo, de entre muchas varias posibilidades racionales aplicables a un caso concreto (posibilidades fácticas y jurídicas). Alexy (2012, pág. 73) expone de manera clara en que consiste la denominada “colisión de principios” haciendo referencia a la solución que se deriva de la misma: “La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada”. Cabe preguntarse qué es lo que entra en colisión, pues si bien se ha hecho referencia a principios exclusivamente, la estructura argumentativa aplicada al estudio de este tipo de conflictos es flexible, sin que esto signifique mermar su racionalidad. Según analiza Alexy (2012):

No se habla de una colisión sino de una situación de tensión y de un conflicto y aquello que entra en colisión y, que es objeto de la ponderación, no se denomina principio sino deber, bien, derecho fundamental, pretensión e interés. Es perfectamente posible presentar la situación de decisión como una colisión de principios. (pág. 72)

En consecuencia, la idea de optimización encierra la idea de ponderación como una forma de argumentación cuando frente a un principio actúan otros de manera que los efectos de unos se ven intervenidos por la existencia de otros que actúa en contrario. Según Hidalgo (2017, pág. 189): “El juicio de ponderación supone un método argumental que se exterioriza y controla desde sus propias reglas (ley de la ponderación), con el fin de dar prevalencia a una de las razones en conflicto”.

La denominada “Ley de la ponderación”, junto con “la dimensión del peso”, son el núcleo de la ponderación como método argumental para dar solución a las colisiones entre principios. Dicha “ley” es formulada por Alexy (2010, pág. 15) en los siguientes términos: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá de ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”. ¿Cómo lograr explicar el planteamiento de la ley de la ponderación? García Yzaguirre (2012, pág. 189) desarrolla el contenido esencial del postulado de la ley de la ponderación haciendo referencia a regulaciones que limitan o bien posiciones jurídicas o bien derechos individuales.

Así, el referido autor expone que, en base a las postulaciones de la ley de la ponderación, cuanto mayor sea la limitación sobre el derecho individual que imprima la regulación estudiada, sumamente importante deben de resultar los intereses generales que respaldan la imposición de tal limitación mediante tal regulación jurídica. A su vez, si las razones que fundan la imposición de una determinada limitación se revisten de una importancia elevada, mejor se podrá legitimar, mediante la justificación, la imposición de dicha limitación y, sin perjuicio de esto, cuando la intervención estudiada afecte en un grado sustancial los derechos fundamentales, con sumo cuidado y racionalidad se deberán de tener en cuenta las razones justificatorias que abogan por la existencia de la limitación.

Como resultado de aplicación de la ley de la ponderación se genera una relación de “precedencia condicionada”, misma que se obtiene de la aplicación de la denominada “Formula del Peso”. En relación a la situación de precedencia condicionada el propio Alexy (2012, pág. 74) expone que esta hace referencia a las condiciones específicas de cada caso en concreto en base a las cuales un principio tiene primacía sobre otro: “El principio P_1 tiene, en un caso concreto, un

peso mayor que el principio opuesto P_2 cuando existen razones suficientes para que P_1 tenga precedencia sobre P_2 , en las condiciones C dadas en el caso concreto”.

En consecuencia, la situación de precedencia condicionada viene dada por las razones justificativas que se expongan en relación al grado de no satisfacción de un principio y el grado de importancia de satisfacción del principio opuesto (haciendo referencia directa a la ley de la ponderación). Estos elementos son considerados por Alexy como “pesos”, que, si bien no son cuantificables por su naturaleza, se pueden adecuar a un sistema matemático que se corresponda con la esencialidad de la ponderación como método argumental.

Por tanto, considerando la naturaleza de los principios como mandatos de optimización y su diferenciación medular con las reglas, la relación de principios con valores, y la finalidad de la ponderación como marco metodológico para solucionar las colisiones entre principios atendiendo a la naturaleza ideal de los derechos fundamentales en los que los principios que subyacen a los mismos actúan como elementos deontológicos que indican qué es lo debido y dado el valor intercambiable entre principios y valores correspondiendo estos últimos a elementos axiológicos que sopesan razones sobre lo bueno y lo malo, surge como producto de estas consideraciones el denominado “Principio de proporcionalidad”.

Según indica López Hidalgo (2017, pág. 185), actualmente el principio de proporcionalidad es utilizado como un canon de control de la actividad legislativa que se materializa en leyes, normas, reglas, etc., cuando el resultado de esta actividad configura un conflicto con el contenido esencial de los derechos fundamentales. Por otro lado, Moreso (2010, pág. 60) indica que la ponderación como método argumental de solución de colisiones de principios forma parte de algo mucho más complejo, en tal sentido la ponderación vendría a conformar una parte de un todo denominado “Principio de proporcionalidad”.

Por su parte, Barnes (1994, pág. 500) se refiere a la idea de “proporcionalidad”, describiéndola como un principio constitucional a través del cual la actividad del Estado como órgano monopólico del poder puede ser puesta en contraste con la finalidad bajo la cual se establecieron tales o cuales regulaciones, haciendo referencia así a la proporcionalidad en sentido amplio.

En similar contexto se pronuncia García Yzaguirre (2012, pág. 286), quien teniendo en cuenta que el principio de proporcionalidad responde a una estructura de control de la actividad gubernamental que riñe con el contenido de derechos fundamentales, lo cataloga como un método argumental mediante el cual los participantes en un sistema jurídico pretenden ordenar la motivación de las decisiones de las instituciones estatales a fin de determinar, a nivel factico y jurídico, la alineación de tales decisiones con los fines para los cuales fueron impuestas: “El examen de proporcionalidad es un filtro de legalidad y licitud constitucional que pretende eliminar todas aquellas medidas, habilitaciones o prohibiciones que sean inútiles, innecesarias o exijan un sacrificio exagerado de los derechos fundamentales”.

Llegados a este punto vale plantearse la siguiente interrogante: Si el principio de proporcionalidad es entendido como una estructura metodológica argumentativa para determinar si el contenido de las disposiciones gubernamentales atenta contra la esencia de determinados derechos fundamentales ¿Cómo está conformada tal estructura? ¿Cuáles son los componentes que la integran? Y ¿A qué se refiere cada uno de ellos? López Hidalgo (2017) se refiere a la estructura del principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

Sin embargo, conviene recordar la estructura básica del principio o test de proporcionalidad en sentido amplio, implementado mediante la formulación de los tres criterios escalonados, máximas o subprincipios que lo integran: idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. (pág. 195)

En similares términos expone la estructura del principio de proporcionalidad Lopera Mesa (2011, pág. 120), quien partiendo de la base de una concepción amplia y conflictivista de los derechos fundamentales en la cual se admite que el derecho general de libertad es una carta abierta para hacer lo que se antoje, explica que esto desembocaría en un ejercicio muy amplio de la libertad individual de cada individuo y por tanto esta libertad debe de ser limitada por el legislador: “Sin embargo, el alcance de tales limitaciones y el tipo de consecuencias jurídicas que genere su incumplimiento solo se entenderán justificadas si satisfacen las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, contenidas en el principio de proporcionalidad”.

En relación a esta estructura, cada uno de estos elementos integra el concepto de principios como mandatos de optimización que exigen ser cumplidos en la mayor medida de lo posible en consideración a las posibilidades fácticas y jurídicas. Así lo expone Alexy (2011, pág. 13): “Los principios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas. El principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas”.

Análisis de proporcionalidad. Caducidad de la acción subjetiva

Tal como se indicó en la parte introductoria de este trabajo, la finalidad del presente estudio es analizar, desde la óptica del principio de proporcionalidad entendido como se ha expuesto, la situación concreta de la suspensión del término de caducidad contenido en el numeral primero del Art. 306 COGEP por operar una sentencia favorable de garantía jurisdiccional de acción de protección en primera instancia que expulse al acto administrativo violador de derechos constitucionales del mundo jurídico.

De lo anterior, se ha planteado una hipotética colisión entre principios que subyacen, por un lado, al derecho de toda persona de acceder a la jurisdicción con la pretensión de obtener la tutela del derecho que alega vulnerado (derecho de acción) y, por otro, al aparente derecho del Estado a que las relaciones jurídicas establecidas entre este y los administrados cobren solidez, o sea, devengan firmes. En este sentido, partiendo al análisis, en primer lugar, se hace necesario identificar dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano los derechos a los que hacemos referencia a continuación.

Primero, a través de sentencia No. 946-19-EP/21 de 24 de marzo de 2021 la Corte Constitucional Ecuatoriana (2021, pág. 7) (en adelante “la corte”) se ha pronunciado respecto del derecho de acción como aquella parte contenida en un todo denominado “Derecho a la tutela judicial efectiva”: “En el caso del acceso a la justicia, como primer componente de la tutela judicial efectiva también conocido como derecho de acción o simplemente como la acción, constituye un derecho genérico y abstracto”.

Un posible fundamento respecto del carácter genérico y abstracto del derecho de acción, a nuestro parecer, se lo logra localizar en las características que ostentan los denominados derechos fundamentales: por un lado, la característica de que estos poseen un máximo rango respecto de otros derechos, esto como consecuencia de estar integrados y desarrollados en una norma de rango constitucional o bien en jurisprudencia del mismo tipo (Yzaguirre, 2012, pág. 22).

La supremacía del derecho de acción ha sido establecida por la corte en sentencia 1943-12-EP/19 de 25 de septiembre de 2019 (2019, pág. 17) al señalar que el derecho a la tutela judicial efectiva, que se lo identifica con el derecho de acción, viabiliza todos los demás derechos constitucionales, en consecuencia, es un medio necesario para la garantía de aquellos. En similares

términos se expresa Marinoni (2007, pág. 64): “El derecho de acción es el derecho a la efectiva y real viabilidad de la consecución de las tutelas prometidas por el derecho substancial”.

Como medio necesario para garantizar otros derechos, el derecho de acción es considerado como el derecho a la viabilidad en la obtención de tutela del derecho material; por otro lado, una de las características determinantes de este tipo de derechos la constituye el grado de indeterminación, o abstracción, del que se invisten; en consecuencia, no expresan de manera taxativa cuales son los supuestos en los que el derecho se aplica. (Yzaguirre, 2012, pág. 23). En este sentido se logra identificar la presencia del denominado derecho de acción contenida en lo que dispone el Art. 75 contenido en el capítulo octavo del título segundo CRE: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad. En ningún caso quedara en indefensión”.

Se podría pensar en este punto que el derecho de acción responde a un tipo de “Derecho Subjetivo”, los cuales se caracterizan en su estructuración normativa por determinar un titular del derecho, un sujeto obligado y una acción a realizar. Según expone de Fazio (2018, pág. 114): “...pueden ser representados por medio de relaciones triádicas en las que un sujeto titular *a* tiene frente a un sujeto destinatario *b* un derecho a un objeto *x*...”. De la lectura del Artículo 75 CRE se podría colegir que el sujeto titular del derecho garantizado en el mismo no es un sujeto individual, sino “Toda persona”.

En relación al sujeto obligado respecto de este aparente derecho subjetivo, de la lectura del articulado referido se podría deducir que el sujeto obligado es el Estado, esto por las siguientes consideraciones: Primero, el numeral 1 del Artículo 225 CRE determina de qué manera estará integrado el sector público y, por ende, la administración pública: “Art. 225.- El sector público

comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social”; Segundo, si la Función Judicial se encuentra integrada a los organismos de la administración pública, es lógico colegir que esta función del Estado brinda un “Servicio Público”. En relación a esto último, expone Farfán Intriago (2019):

En la medida en que la tutela judicial se configura como una prestación estatal resulta que la administración de justicia, como garante de dicha prestación y de su calidad, deviene en una administración prestadora de un servicio público de la justicia, capaz de enfrentarse satisfactoriamente a la creciente demanda social que en este sentido se expresa. (pág. 42)

Por último, el párrafo tercero del numeral 9 del artículo 11 CRE determina taxativamente la responsabilidad estatal en los siguientes aspectos: “El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retarde injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso”.

De esta manera concluimos en afirmar que, en relación al derecho de acción como un aparente derecho subjetivo, es el Estado el sujeto obligado por este derecho. Pero ¿A qué se obliga el Estado? A lo estipulado en el Artículo 75 CRE: “...acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses...”. Este razonamiento aparentemente se concatena de una manera satisfactoria, no obstante, el planteamiento del derecho de acción como un tipo de derecho subjetivo presenta inconvenientes.

Siguiendo el pensamiento de Ramiro Ávila Santamaría (2007, pág. 9), el concepto de derecho subjetivo es propio del derecho positivo y la garantía de este tipo de derechos se configura cuando se demuestra, entre otros aspectos, la titularidad del mismo y el sujeto obligado: “Esta teoría aplicada al derecho civil o al derecho penal, no tiene inconveniente alguno, porque en los

códigos están contemplados casi todas las hipótesis posibles y las formas tradicionales de interpretación resuelven los problemas (subsunción)”.

Como se indicó en líneas anteriores, al tratar la estructura del principio de proporcionalidad, y particularmente la diferenciación entre reglas y principios, se expuso que, a diferencia de estos últimos, entendidos como mandatos de optimización, las reglas poseen un fundamento, estructura y modo de aplicación distintas. Particularmente en el modo de aplicación de las reglas, estas surten sus efectos una vez se ha realizado una operación denominada subsunción. V. gr: en el ámbito civil, en el contexto de una obligación de “dar”, por disposición del Artículo 1564 Código Civil, esta obligación contiene la de entregar la cosa, y esta a su vez la correlativa obligación de conservar la misma hasta la entrega efectiva.

El ejemplo anterior pretende demostrar que la regla al ser aplicable mediante subsunción presupone que el hecho factico debe de estar acorde a la regla positiva, y en este caso específico dicha regla, aunque no haga referencia a ello explícitamente, prevé una consecuencia. En el caso de la obligación de dar, si el que estaba obligado a dar la cosa (y por tanto a conservarla hasta su entrega) no la ha conservado al momento de efectuar la tradición, se genera un derecho subjetivo en la parte que tiene el derecho de recibir la cosa, derecho subjetivo a demandar daños por aquella falta de conservación de la cosa. Claramente se observa que existe un sujeto obligado, un sujeto titular y un objeto a cumplir. Sin embargo, Ávila Santamaria (2007), sobre el concepto del derecho subjetivo se indica que:

...era restrictivo a demostrar la titularidad y que eran eminentemente individuales, se torna en una camisa de fuerza que no logra permitir que los otros derechos (sociales, colectivos y difusos) puedan ser justiciables. La noción de derecho subjetivo evoluciona hacia la noción de derecho fundamental. De la protección civil y penal a la protección constitucional. (pág. 7)

Ávila Santamaria (2007) expone que, a diferencia de los derechos subjetivos, los derechos fundamentales no precisan de una estructura en la que se encuentre presente un supuesto de hecho en el que se deban encuadrar mediante subsunción determinados acontecimientos facticos. Además, los derechos subjetivos son derechos netamente individuales (el ejemplo planteado referente a la obligación de dar supone una relación jurídica bilateral entre deudor y acreedor, comprador y vendedor, etc.):

Los derechos fundamentales son normas éticas. Las normas establecen un fin a realizarse. El obligado, el contenido de la obligación y la limitación del derecho y la forma de cumplir con la obligación, no están y no podrán estar contempladas en la norma. El juez es creador. (pág. 7)

El Artículo 75 CRE al que se hizo referencia *supra* supone que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela de sus derechos e intereses. El carácter abstracto y genérico de esta disposición diverge diametralmente de una disposición de derecho subjetivo, en la cual se establecen determinados supuestos en los que la regla debe de ser aplicada al caso en concreto. ¿Cuál es el supuesto concreto para la aplicación de la disposición del Artículo 75 CRE? ¿La voluntad o la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional para solicitar tutela o restablecimiento de un derecho? Claramente esto no es un supuesto concreto, existen variadas formas de acudir a la jurisdicción ¿La disposición del Artículo 75 CRE supone el acceso a la justicia solamente para el reconocimiento de un derecho o para que sea declarado? ¿La disposición del Artículo 75 CRE supone el acceso a la justicia solamente para solicitar una resolución condenatoria por haber sido violentado un derecho? Claramente la disposición es sumamente genérica.

En consecuencia, señala Ávila Santamaria (2007, pág. 14): “Conviene desechar el concepto de derecho subjetivo, que es restrictivo y con denotación individual, por el concepto amplio de derecho humanos o derechos fundamentales, que es extensivo y con denotación social y también

individual”. Por tanto, el derecho de acción no corresponde a un tipo de derecho subjetivo, sino que corresponde a un Derecho Humano Fundamental¹.

Segundo, el aparente derecho del Estado a que las relaciones que este entabla con los administrados y las decisiones que se toman en el marco de aquellas relaciones cobren firmeza, o, en otras palabras, que los resultados y la materialización de la voluntad administrativa de las instituciones públicas encuentren estabilidad en el tráfico jurídico del sistema, se podría argumentar partiendo con una referencia a la forma misma del Estado. Narváez Ricaurte & Narváez Rivadeneira (2009, pág. 30), al referirse al Estado unitario y a su estructura administrativa, que en otras palabras se corresponde con el componente “Gobierno”, enfatizan en que existe en esta forma de Estado un único órgano competente para la producción de leyes, y a su vez, un solo conjunto de órganos competentes para ejecutar dichas leyes, sujetándose dichos órganos a competencias y potestades también contenidas en normas de derecho.

Las instituciones del Estado ejecutan sus atribuciones mediante funcionarios, que son personas que asumen puestos públicos y por ende facultades legales que están en el deber de cumplir a través de la toma de decisiones², mismas que se materializan en un “acto administrativo”. Pérez (2018, pág. 67) respecto de la conceptualización del término, expone: “En consecuencia, el concepto de acto administrativo es uno de los más importantes del Derecho Público porque a través de estos actos se manifiesta la voluntad de los órganos del Estado”.

¹ Alexy (2011, pág. 24) hace referencia a que los Derechos Humanos son, en primer lugar, morales, en segundo lugar, universales, en tercer lugar, fundamentales, en cuarto lugar, abstractos y, en quinto lugar, son derechos que gozan de prioridad por sobre los demás tipos de derechos.

² A la ejecución y materialización de las facultades legales atribuidas a los funcionarios públicos subyacen las denominadas “Reglas Constitutivas”, las cuales confieren poderes y facultades tanto a instituciones como a funcionarios. (Cano, 2020, pág. 12)

Gozando de aceptación generalizada, el acto administrativo ha sido definido como una declaración unilateral de la voluntad de la autoridad competente que genera efectos jurídicos, ya sea con alcance individual o general (Torres, 2003, pág. 23). Por su parte, el Código Orgánico Administrativo (2017) (en adelante COA) respecto a las regulaciones referentes al acto administrativo determina que aquellos son válidos mientras no sea declarada su nulidad (art. 104) ¿Qué es lo que encierra, en lo medular, esta disposición? La consecuencia lógica que se logra colegir es que, desde el momento en que son expedidos, los actos administrativos gozan de una “presunción de validez”.

Por presunción, en palabras laxas, se da como cierto un hecho presunto en relación a un hecho base que ha sido objeto de un juicio de regularidad o normalidad, mismo que se basa en razones vinculadas a la experiencia o a lo que a menudo sucede (*id quod plerumque accidit*), confiriéndole al hecho presunto un elevado grado de probabilidad de correspondencia con la verdad. En esta misma línea, Cano Campos (2020, pág. 12) se refiere al concepto de validez en los siguientes términos: “La validez es un concepto comparativo, es un juicio de relación entre un resultado institucional (...) y las normas que regulan su producción”. Por lo tanto, la validez de los actos administrativos, según Cano Campos (2020, pág. 12) gira en torno a la compatibilidad directa entre la forma de producción y el contenido del acto con las normas que regulan su producción a nivel legal y constitucional: “Estas normas (...) que establecen los requisitos de validez, son las que regulan o se refieren a los tradicionalmente conocidos como elementos del acto”.

El literal l, del numeral 7 del artículo 76 CRE se refiere a la motivación de las decisiones de los poderes públicos como una garantía básica dentro de los procesos en los que se determinen derechos y obligaciones; por su parte, el numeral 5 del artículo 99 COA determina que la motivación es uno de los requisitos de validez del acto. En consecuencia, un acto administrativo

que presente, en el caso más extremo, ausencia total de motivación (no se debe de perder de vista que la simple enunciación de normas jurídicas sin nexo de vinculación con los antecedentes de hecho del caso concreto no constituye, por mandato constitucional, una debida motivación), es nulo, y por lo tanto invalido.

No obstante, la declaración de nulidad del acto corresponde, o bien a la autoridad administrativa que lo emitió o bien a una autoridad jurisdiccional especializada. Mientras no exista un pronunciamiento que declare su nulidad por la razón ejemplificada, el acto goza de presunción de validez ¿Por qué esto es así? Posiblemente la respuesta se encuentre en el “deber primordial del Estado” ecuatoriano de garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, disposición contenida en el numeral 1 del art. 3 CRE. En relación a este deber primordial, este solo podrá ser cumplido siempre que existan las condiciones materiales y formales para aquello. Considérese que las condiciones materiales hacen referencia a la disponibilidad de recursos económicos y las condiciones formales a un marco jurídico que efectivamente garantice y viabilice el cumplimiento de tal deber.

En este sentido, la razón por la cual los actos administrativos gozan de la presunción de validez reside y se fundamenta, a nuestro parecer, en el deber del Estado de garantizar los derechos reconocidos por la Constitución, puesto que dicha presunción, en consideración a lo expuesto por Cano Campos (2020):

...está vinculada a la propia función de estabilización y clarificación del Derecho que el acto administrativo cumple en el sistema como instrumento al servicio de la eficacia de la Administración y los intereses de los ciudadanos, a los que dota también de un fundamento estable en sus derechos y obligaciones. (pág. 18)

Piénsese en el supuesto de que dichos actos no cuenten con tal presunción: consecuencia de aquello sería que las decisiones de las instituciones y poderes públicos no gozarían de una

coercibilidad elevada en su imposición a los administrados porque se duda, amparado por la propia ley, si el contenido de estos es o no apegado a las normas jurídicas fundamentales del sistema, se desconoce si su contenido se apega a las normas legales y constitucionales, y por tanto primero sería necesario verificar que aquellos actos se apeguen a los aspectos sustanciales de sus producciones contenidos en normas jurídicas para que posteriormente generen los efectos que en su contenido pretenden. Esta situación generaría, o bien un colapso del sistema de administración de justicia o una ineficacia elevadísima de las instituciones gubernamentales al no encontrar sus decisiones fuerza alguna para producir sus efectos.

Es por estas razones que el derecho del Estado a que las relaciones que este entabla con los administrados y las decisiones que se toman en el marco de aquellas relaciones cobren firmeza encuentra su fundamento constitucional en el deber primordial del mismo Estado de garantizar los derechos reconocidos en la CRE, basándose al mismo tiempo en la presunción de validez que reviste a los actos administrativos en general como producto de la finalidad de estabilización del derecho y de la materialización efectiva de las competencias que la propia ley otorga a las instituciones públicas como brazos ejecutores de las políticas públicas.

Entendiendo lo expuesto, damos inicio al examen de proporcionalidad aplicado a la situación concreta de la NO suspensión de la caducidad de la acción subjetiva por las razones ya expuestas. En primer lugar, se debe de aplicar el “subprincipio de idoneidad” el cual explica que todo acto o medida que intervenga en los derechos fundamentales de otra persona debe de satisfacer los fines para los cuales se adopta: en esta situación en específico cabe preguntarse: Primero ¿Cuál es el acto o medida que interviene en el derecho fundamental? La NO suspensión del término de caducidad del numeral 1 del artículo 306 COGEP, por cuanto en base a las circunstancias expuestas la no suspensión de dicho termino no cuenta con fundamento lógico

porque el acto administrativo que funda el inicio del conteo del término ha sido expulsado del mundo jurídico mediante la fuerza estatal embutida en la sentencia judicial favorable en primera instancia de acción de protección.

Segundo ¿Cuál es la finalidad de la no suspensión del término de caducidad de la acción subjetiva? Como se expuso, en base al interés general, las relaciones y decisiones que las instituciones del Estado adoptan con sus administrados deben de encontrar plena vigencia y firmeza lo más rápido posible con miras a la efectivización de la decisión adoptada. Por tanto, se colige que la finalidad de esta medida es el garantizar el efectivo goce de los derechos de los administrados mediante la firmeza de las decisiones de las instituciones públicas, la cual es materializada por el numeral 1 del art. 3 CRE.

No se debe de dejar de lado la característica de que nuestro estudio se fija en una situación concreta, por tanto, cabe preguntarse: en la situación específica de obtener una sentencia favorable en primera instancia de acción de protección que elimine el acto administrativo atacado del mundo jurídico ¿la no suspensión del término de caducidad al que nos referimos garantiza el efectivo goce, ahora en particular, del derecho de acción? Claramente no lo garantiza por la aparentemente simple razón de que el conteo del término para acudir al contencioso sigue su curso natural en observancia a que la caducidad opera por el simple paso del tiempo, no obstante, el acto que funda el inicio del conteo ya no existe, configurándose de esta manera una extinción, por así decirlo, de la posibilidad y del interés del administrado de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para ejercer la acción subjetiva.

En consecuencia, la no suspensión del término de caducidad no cumple con la finalidad, en el caso concreto, para la cual fue establecida. Como se extingue la posibilidad de acudir al contencioso administrativo por cuanto el acto ya no existe, piénsese en el supuesto de que, en

segunda instancia, producto de la imposición de un recurso de apelación a la sentencia favorable en primera instancia, el acto administrativo que en un primer momento ha sido extinto, cobre nuevamente vida jurídica porque la sentencia de apelación ha determinado que no ha existido vulneración de ningún Derecho Constitucional y por tanto el acto se mantiene. Frente a estos hechos la no suspensión del término de caducidad al que nos referimos afecta gravemente el derecho de acción, y por tanto cabría pensar que esta imposibilidad de suspensión no garantiza el efectivo ejercicio de este derecho.

Las instituciones jurisdiccionales, por la alta carga de trabajo, en la mayoría de la generalidad de los casos no prestan estricta observancia a los términos establecidos por ley para emitir una resolución. En el caso de las llamadas garantías jurisdiccionales, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al referirse a las normas comunes a los procedimientos constitucionales, señala que, en audiencia de garantía jurisdiccional, sea cual sea, una vez el juzgador se ha formado convicción sobre la vulneración de algún Derecho Constitucional, deberá de emitir su sentencia en la misma audiencia.

El proceso de este tipo de garantías formalmente consta como “expedito” no obstante se observa que la realidad práctica es otra. Frente a la demora en la obtención de una sentencia de apelación el término de caducidad para acudir al contencioso sigue su curso. Posiblemente, cuando se obtenga tal sentencia, el termino para acudir a la presentación de la acción subjetiva seguramente ya ha fenecido o se encuentra muy próximo a fenecer, imposibilitando la estructuración de una demanda administrativa con el suficiente tiempo para ejercer una verdadera defensa técnica.

Se podría pensar que la no suspensión de dicho término encuentra su fundamento en la naturaleza misma de la institución “Caducidad”, misma que ex expuesta mediante Resolución No. 13-2015 por la Corte Nacional de Justicia (2015):

...dado que la caducidad es una medida propia del Derecho Público que opera *ipso jure*, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso. (pág. 2)

No obstante, manifiesta Alexy (2011, pág. 13) que el subprincipio de idoneidad excluye la adopción de actos o medidas que devengan inidóneos para conseguir los fines para los cuales fueron adoptados. Posiblemente sería plausible la adopción de una figura distinta a la caducidad, como por ejemplo la prescripción, pero no se profundizará aquí sobre la posible adopción de una u otra.

Continuando con el examen de proporcionalidad corresponde en este punto tratar el segundo subprincipio contenido en el principio de proporcionalidad: “subprincipio de necesidad”. Según Alexy (2011, pág. 13): “Este principio exige que de entre dos medios igualmente idóneos respecto a P_1 , deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P_2 ”. Por “ P_1 ” se debe de entender el derecho de acción, por “ P_2 ” se debe de entender el aparente derecho del Estado a que las relaciones entabladas con los administrados y las decisiones adoptadas en el marco de aquellas cobren firmeza.

Respecto del derecho de acción, la corte ha reconocido ciertos límites al ejercicio de este derecho bajo el argumento de que no en todos los casos sometidos al conocimiento de la jurisdicción necesariamente se debe de emitir un pronunciamiento sobre el fondo del mismo. Señala que los funcionarios jurisdiccionales se encuentran impedidos de pronunciarse sobre el fondo de la controversia cuando no se cumplen los requisitos y exigencias previstas en la ley procesal para cada tipo de proceso. (Sentencia No. 946-19-EP/21 de 24 de marzo de 2021).

Entre los requisitos a cumplir para el efectivo ejercicio del derecho de acción y, en consecuencia, el conocimiento y pronunciamiento de fondo de la pretensión con la que se acude a la jurisdicción, se consideran los tiempos establecidos en la ley para el efecto. Estos tiempos

transcurren de igual manera (lineal), no obstante, este transcurrir lineal del tiempo, a través de las instituciones del derecho, como la caducidad y la prescripción, adopta características específicas que influyen directamente sobre sus efectos en los derechos que regulan.

Por limitación a un derecho fundamental debe de entenderse a toda restricción al ejercicio de la esencia de un determinado derecho (Aravena, 2010, pág. 169). En este sentido, puede entenderse como una limitación al derecho fundamental de acción la prohibición absoluta a que una persona negra pueda proponer una demanda judicial (se observa más que nada un tema de discriminación).

Si bien se puede pensar que en algún punto de la historia tal situación era legal en algunos países, en la actualidad los sistemas jurídicos responden a altos intereses no solo a nivel de normas internas, sino también de normas internacionales materializadas en pactos e instrumentos. En el caso que nos atañe, la corte ha aceptado la existencia de limitaciones al derecho de acción, no obstante, la situación concreta que planteamos, si la entendemos como una limitación al derecho fundamental de acción, carecería de fundamento desde la perspectiva de las condiciones que deben de cumplir tales limitaciones.

Siguiendo el razonamiento de Tórtora Aravena (2010, pág. 175) aquellas disposiciones legales (contenidas en un código, reglamento, etc.) que restrinjan el ejercicio de la esencia de un determinado derecho deberán de ser consideradas como limitaciones de origen positivo. Siendo así esto, aquellas deberán de cumplir con determinados condicionamientos. Dichos condicionamientos están referidos al respeto del fundamento mismo de la persona, su dignidad, que a la vez constituye el fundamento de todos los derechos atribuible a la misma. Según expone Tórtora Aravena (2010, pág. 184): “La garantía del respeto por el contenido esencial de los derechos aparece, por lo tanto, como garantía frente al propio legislador...”, quien al momento de

crear la norma jurídica que pretenda en alguna medida limitar algún derecho fundamental, deberá de observar el contenido sustancial y alcance del mismo para evitar generar regulaciones desproporcionadas y, por tanto, inconstitucionales.

Adoptamos la posición de que tanto las instituciones de la caducidad como de la prescripción actúan en favor de determinados fines generales como lo son la seguridad jurídica y el efectivo goce los derechos reconocidos en las leyes y la Constitución. No obstante, en el caso concreto se ha observado que la caducidad, dada su naturaleza como institución jurídica, no satisface la finalidad de acceso efectivo a la justicia ni el contenido esencial del derecho de acción, puesto que el transcurrir del término señalado no tiene más fundamento subyacente para su continuidad. Si se considera a la caducidad como un límite de origen positivo al derecho fundamental de acción, en el caso concreto no se justifica puesto que se excede a tal punto de restringir en un alto grado el ejercicio del derecho de acción, imposibilitando en el supuesto planteado en líneas anteriores el recurrir a otras vías jurisdiccionales para atacar el mismo acto.

Como último elemento del principio de proporcionalidad encontramos al “Principio de proporcionalidad en sentido estricto”: “Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Este es el campo de la ponderación...” ¿En qué consiste la aplicación de este subprincipio al examen de proporcionalidad? Lo esencial de este subprincipio consiste en la aplicación de la ley de la ponderación y la fórmula de pesos expuestas *supra*. Con la aplicación de dicha ley se pretenden determinar, siguiendo el análisis de Yzaguirre (2012, pág. 393): “...las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben de compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general”.

Para fines puramente didácticos exponemos nuevamente de qué manera se postula la denominada ley de la ponderación: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá de ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”. Por tanto, para desarrollar el principio de proporcionalidad en sentido estricto se vuelve necesario determinar tres aspectos: 1) el grado de no satisfacción del principio P_1 ; 2) el grado de importancia de la satisfacción del principio P_2 ; y, 3) Se deberá plantear la interrogante referida a si la importancia de la satisfacción del principio P_2 justifica suficientemente la intervención o limitación sobre el principio P_1 . Para la determinación de los grados y nivel de importancia, Alexy (2012) propone la utilización de una “Escala Triádica” de valores tales como leve, medio y grave.

Primero, el grado de no satisfacción del principio P_1 en el caso concreto de no suspensión del término de caducidad por operar las circunstancias suficientemente expuestas con anterioridad, lo definimos como “Grave”. Las razones que se ofrecen para fundamentar esta adopción de posición se encuentran en lo expuesto *supra*. Primero, referido a un aspecto técnico jurídico: la continuidad del cómputo del término de caducidad de la acción subjetiva presente en el art. 306 COGEP carece de lógica por cuanto el acto administrativo que da inicio al conteo del término ha sido expulsado del mundo jurídico por una sentencia favorable de acción de protección en primera instancia. La propia Ley de Garantías determina que, en caso de apelación a la sentencia de primera instancia por parte de la persona accionada, no se suspende la ejecución de la sentencia (art. 24), esto nos quiere decir que efectivamente los efectos de la decisión del juzgador constitucional que determina vulneración de derechos constitucionales por un acto administrativo se materializan aun así la persona accionada haya apelado.

Por tanto, aun existiendo apelación, el acto administrativo que ataca la acción de protección ha desaparecido por cuanto ha sido declarado nulo. Segundo, referido a un aspecto sustancial: el

hecho de que no se suspenda el término de caducidad, sumado a la ineficiencia y demora en la emisión de las decisiones judiciales, generarían una pérdida de la oportunidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, por tanto, se pierde, por cuestiones ajenas a la voluntad de la persona, la oportunidad de acudir a otra vía jurisdiccional en busca de tutela, cuestión sumamente delicada dentro de un Estado Constitucional de Derechos.

Segundo, el grado de importancia de la satisfacción del principio P_2 en las circunstancias concretas que se han expuesto suficientemente, lo definimos como “Leve”. Cabe destacar en este punto que, según Alexy (2010, pág. 23): “La importancia concreta de la satisfacción de P_j se determina, por tanto, según los efectos que tenga sobre P_j la omisión de la intervención en P_i ”. En este sentido: ¿Cuál es el efecto que se generaría sobre el aparente derecho del Estado a que las relaciones que este entabla con los administrados y las decisiones que se toman en el marco de aquellas relaciones cobren firmeza si el término de caducidad de la acción subjetiva (#1, art. 306 COGEP) se suspendiera con la sentencia favorable de primera instancia de acción de protección? Entendemos que si no se suspende el conteo del término la intervención sobre el derecho de acción es grave.

Por otro lado, la situación hipotética en la que efectivamente este término se suspenda no generaría ningún tipo de inconvenientes en el aparente derecho del Estado al que nos referimos. ¿Por qué? El Artículo 311 COGEP, al referirse a las normas comunes a los procedimientos contenciosos tributarios y contenciosos administrativos, determina: “Son válidos y eficaces los actos del sector público expedidos por autoridad pública competente, salvo que se declare lo contrario”.

Por su parte, referente a las regulaciones específicas del procedimiento contencioso administrativo, el Artículo 329 COGEP dispone: “Los actos administrativos gozan de

presunciones de legitimidad y ejecutoriedad”. ¿Qué nos dicen estas regulaciones? Nos indica que en el supuesto de que el término de caducidad se suspenda, y por tanto posibilite la opción de acudir a la jurisdicción administrativa como consecuencia de la revocatoria en segunda instancia de la sentencia favorable de acción de protección, aquello no implica que se afecte a la institución estatal que emitió el acto por cuanto en la misma ley procesal que regula este tipo de procedimientos se les da plena vigencia a las presunciones de legitimidad, validez y ejecutoriedad. En consecuencia, el hecho de imponer la demanda contenciosa de acción subjetiva no suspende los efectos del acto atacado.

Como tercero y último punto de la aplicación de la ley de la ponderación, se debe de responder a la siguiente interrogante: ¿Queda justificada la no suspensión del término de caducidad para la presentación de la acción subjetiva en detrimento del derecho fundamental de acción? Claramente se evidencia que la intervención en el derecho de acción no justifica la importancia de la satisfacción del aparente derecho del Estado. En tal sentido, el derecho de acción genera una situación de precedencia condicionada respecto del aparente derecho del Estado a que las relaciones que este entabla con los administrados y las decisiones que se toman en el marco de aquellas relaciones cobren firmeza.

Como ya se habrá anticipado, esta situación de precedencia condicionada es producto de la utilización del principio de proporcionalidad como marco argumentativo lógico, en la que los argumentos a favor y en contra de tal o cual posición son determinantes para establecer racionalmente la correcta aplicación de la ley de la ponderación.

Conclusiones

El cambio estructural que supone la adopción de una forma Estatal entendida como Constitucional de Derechos y justicia (Art. 1 CRE) imprime sobre el Estado, entendido como órgano político monopolizador de la fuerza y del poder, un catálogo de deberes y obligaciones a cumplir en vista de la real existencia, formal y material, de determinados derechos de las personas, los cuales son entendidos como fundamentales por investirse de determinadas características como lo son su ubicación en una norma fundamental, su abstracción y su subjetividad, etc.

En este sentido, el aparataje normativo ecuatoriano ha sido objeto de una evidente “constitucionalización”, la misma que pretende, a fin de cuentas, garantizar los derechos fundamentales de todos los asociados. En relación a lo expuesto se ha entrado en la discusión actual respecto de la proporcionalidad de la medida adoptada en el art. 306 COGEP, tesis que ha sido planteada por Moreta & Cárdenas de una manera sumamente detallada. El ciudadano de a pie, el funcionario público (salvo algunas evidentes excepciones) se encontrará siempre en desventaja en relación a las instituciones estatales, mismas que concentran en sus atribuciones una parte del poder y la fuerza con la que se reviste el Estado.

Luego de aplicar el test de proporcionalidad a la situación concreta planteada se ha observado que el contenido esencial del derecho de acción exige al Estado garantizar el acceso sin ningún tipo de traba, sea de índole social o técnico, a la justicia. No obstante, este deber fundamental del Estado, los propios poderes constituidos han reconocido límites a este derecho. Se ha observado que, si bien el derecho de acción supone determinados límites, estos límites deben de responder a condiciones tales que no sobrepasen el contenido esencial del derecho que regulan. La no suspensión del término de caducidad, si se la entiende como un límite al derecho de acción, sobrepasa el contenido esencial del mismo por razones técnicas jurídicas y sustanciales.

La adopción de una medida que suponga un límite al derecho de acción y que a su vez respete las condiciones necesarias para que las limitaciones a tal derecho sean válidas y acordes con la CRE y demás leyes, debe de ser objeto de especial énfasis para la institución del Estado encargada de la producción normativa, así como de juristas en general que con sus posiciones contribuyen a ampliar este debate.

Referencias

Alexy, R. (2010). La fórmula del peso. *Cuadernos Sobre Jurisprudencia Constitucional*, 13-36.

Obtenido de <http://revistas.palestraeditores.com/index.php/2519-7630/article/view/66>

Alexy, R. (2011). Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. *Revista*

Española de Derecho Constitucional, 11-29. Obtenido de

<https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/40010/22639>

Alexy, R. (2012). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y

Constitucionales.

Aravena, H. T. (2010). Las limitaciones a los Derechos Fundamentales. *Estudios Constitucionales*,

167-200.

Obtenido

de

<http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/download/183/>

171

Asamblea Nacional Legislativa. (2014). Código Orgánico General de Procesos. Quito, Pichincha,

Ecuador.

Asamblea Nacional Legislativa. (7 de julio de 2017). Código Orgánico Administrativo. Quito,

Pichincha, Ecuador.

Ávila Santamaría, R. (febrero de 2007). Universidad Andina Simón Bolívar. *Aportes Andinos No.*

18. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10644/868>

Barnes, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y

comunitario. *Revista de Administración Pública*, 495-522. Obtenido de

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17251>

Cabanellas, G. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

Caminos, P. (2014). El principio de proporcionalidad: ¿Una nueva garantía de los derechos constitucionales? *Revista Electronica del Instituto de Investigaciones "Ambroso L. Gioja"*, 51-74. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/65/47>

Cano, T. (2020). La presunción de validez de los actos administrativos. *Revista de Estudios de la Admisnitracion Local y Autonómica*, 6-28. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7599334>

Clérico, L. (2012). Sobre "Casos" y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿Más similitudes que diferencias? *ISONOMÍA*, 113-145. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7135908>

Corte Constitucional . (24 de marzo de 2021). *Corte Constitucional* . Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=946-19-EP/21>

Corte Constitucional Ecuatoriana. (24 de septiembre de 2019). Sentencia 1943-12-EP/19.

Corte Nacional de Justicia. (5 de noviembre de 2015). *Resolucion No. 13-2015*. Quito.

Egas, J. Z. (2010). *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentacion Jurídica*. Guayaquil: Edilex S.A.

Farfán Intriago, M. (2019). *Universidad Andina Simón Bolívar*. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7074>

- Fazio, F. d. (2018). El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales. *REVISTA DERECHO DEL ESTADO*, 173-195. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5318/6500>
- Hidalgo, S. L. (2017). El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: Una aproximación al caso ecuatoriano. *Estudios de Deusto*, 185-217. Obtenido de <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1319/1577>
- Lagos Villareal, O. (2005). Para una recepción crítica de la Caducidad. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 81-105. Obtenido de <https://www.rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/358>
- Marinoni, L. G. (2007). El derecho de acción en la Constitución brasileña. *Ius et Praxis*, 57-80. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19713204>
- Mesa, G. L. (2011). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. Una comparación entre las experiencias de Chile y Colombia. *Revista de Derecho Valdivia*, 113-138. Obtenido de https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000200005
- Moreso, J. J. (2010). Alexy y la aritmética de la ponderación. *Cuadernos Sobre Jurisprudencia Constitucional*, 59-70. Obtenido de <http://revistas.palestraeditores.com/index.php/2519-7630/article/view/68>
- Moreta Neira, A. S., & Cardenas Cifuentes, J. F. (2022). Interrupción del plazo de caducidad de la acción subjetiva por interposición de una acción de protección en Ecuador. *Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos*, 17-35. Obtenido de https://revistas.iaen.edu.ec/index.php/estado_comunes/article/view/240/424

- Naranjo Mesa, V. (2010). *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Bogotá: Editorial Temis.
- Narváez Ricaute, L., & Narváez Rivadeneira, L. (2009). *Pensamiento Político*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Pérez, E. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Quito: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.
- Quintero, E. (2018). Evolución Histórica del Estado y la Consolidación del Constitucionalismo Liberal Español. *Auctoritas: Revista on-line de Historiografía en Historia, Derecho e Interculturalidad*, 31-55.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario Real Academia Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/ideal>
- Rodríguez Russo, J. (2012). La regulación de la prescripción extintiva y la caducidad en el anteproyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina de 2012. *Revista de la Facultad de Derecho*, 113-142. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=568160369007>
- Torres, G. C. (2003). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Yzaguirre, V. G. (2012). *El test de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Arequipa: Editorial ADRUS.