www.revflacso.uh.cu

La ponderación de derechos para las decisiones judiciales en Ecuador

The Weighting of Rights for Judicial Decisions in Ecuador

Danilo Rafael Andrade Santamaría
Universidad Regional Autónoma de los Andes
Ecuador
0000-0002-1405-5710
up.daniloandrade@uniandes.edu.ec

Frowen Bolívar Alcívar Basurto
Universidad Regional Autónoma de los Andes
Ecuador
0000-0002-8075-7841
up.frowenalcivar@uniandes.edu.ec

Esperanza del Pilar Araujo Escobar
Universidad Regional Autónoma de los Andes
Ecuador
0000-0003-4456-2075
up.esperanzadae48@uniandes.edu.ec

Jorge Washington Soxo Andachi
Universidad Regional Autónoma de los Andes
Ecuador
0000-0002-6520-1466
up.jorgewsa99@uniandes.edu.ec

Fecha de enviado: 22/09/2020
Fecha de aprobado: 17/10/2020

RESUMEN: Ante la necesidad de la correcta aplicación de los artículos de la Constitución de la República del Ecuador en determinadas situaciones y la inexistencia de un procedimiento normativo que manifieste qué derecho prevalece, la presente investigación tiene como objetivo realizar un análisis sobre la ponderación de derechos como técnica de reducción de la discrecionalidad abusiva para el ejercicio de la función jurisdiccional sobre el derecho de los alimentos de los niños o adolescentes frente al derecho de los grupos vulnerables con enfermedades catastróficas. Se realizó un estudio general de derecho comparado acerca de la ponderación de derechos en otros países y se propone un procedimiento normativo que garantice los derechos de las personas y grupos vulnerables, con el fin de evitar que se violenten los derechos constitucionales de otros grupos que garantiza la misma Constitución.

PALABRAS CLAVE: derecho comparado, enfermedades catastróficas, grupos vulnerables, juicio de alimentos.

ABSTRACT: Given the need for the correct application of the articles of the Constitution of the Republic of Ecuador in certain situations and the lack of a normative procedure that shows which right prevails, this research aims to conduct an analysis of the weighting of rights as a technique to reduce abusive discretion in the exercise of the jurisdictional function on the right to food of children or adolescents as opposed to the right of vulnerable groups with catastrophic diseases. A general comparative law study was carried out on the weighting of rights in other countries and a normative procedure was proposed to guarantee the rights of vulnerable individuals and groups, in order to avoid violating the constitutional rights of other groups guaranteed by the same Constitution.

KEYWORDS: comparative law, catastrophic diseases, vulnerable groups, food trial.

Con la entrada en vigencia del Artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador de 2018, que manifiesta la atención al principio del interés superior y la prevalencia de sus derechos sobre los de las demás personas, se cuenta con una norma constitucional que las y los jueces han cumplido, haciendo prevalecer este principio constitucional sobre los de otros grupos como los vulnerables, sin tomar en cuenta el análisis y ponderación de derechos (Becker, 2011; Ricardo, Rosado, Fernández & Martínez, 2020).

Al amparo de este principio constitucional (Calderón Ramírez et al., 2019), donde el principio del menor prevalece sobre el de cualquier otra persona, se han cometido varias violaciones y abusos en otros sectores, sobre todo el que comprende a grupos humanos vulnerables, tales como las personas con enfermedades catastróficas, personas con discapacidad y personas de la tercera edad, encargados de la alimentación de sus hijos menores de edad.

La falta de tipificación de una norma clara que manifieste en la legislación ecuatoriana qué derecho prevalece más sobre otros, hace que los encargados de juzgar con frecuencia apliquen el interés superior del menor, vulnerando otro derecho de los grupos vulnerables, como es el caso de las enfermedades catastróficas (Vera, Suntaxi, Alcívar, Ricardo, & Rodríguez, 2018).

En Ecuador, las mujeres madres de familia que con justa razón acuden a las Unidades Judiciales de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, hacen prevalecer el derecho de alimento que tienen todos los menores de edad cuando sus padres se han desentendido de sus deberes y obligaciones para con sus hijos, sobre todo frente al derecho de alimentos y que según lo estipulado en la legislación ecuatoriana debe suministrarse hasta los 21 años de edad siempre y cuando el beneficiario esté cursando estudios en alguna institución educativa (Cadena, Lizcano, Sola, & Gómez, 2019).

Este derecho siempre ha existido en la legislación ecuatoriana, más que como una figura jurídica, como una figura social para garantizar necesidades básicas del individuo como la manutención, alimentación, vivienda, salud y educación de los menores; sin embargo, hoy en día existen casos jurídicos sobre el derecho de los alimentos frente al derecho de los grupos vulnerables que están suministrando alimentos a sus hijos, donde los jueces han aplicado el Artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Constituyente de Ecuador, 2008), sin observar o ponderar derechos.

Lo anterior permite arribar a la conclusión de que existe un desconocimiento por parte de los jueces sobre el derecho que prevalece en la legislación ecuatoriana: si el de la vida o el de alimento; lo cual impide la protección constitucional de los grupos vulnerables con enfermedades catastróficas, al no existir un procedimiento normativo que les permita a los jueces observar la realidad de las partes, previo a emitir su criterio jurídico o resolución.

Es por ello que la presente investigación realiza un análisis sobre la ponderación de derechos y propone un procedimiento normativo que garantice los derechos de las personas y grupos vulnerables, sobre todo de enfermedades catastróficas, con el fin de evitar que se violenten los derechos constitucionales de otros grupos que garantiza la misma Constitución.

La ponderación de derechos y su importancia

Al efectuar una actividad de ponderación constitucional no se habla de jerarquía entre los derechos constitucionales, pues jamás se puede decir que un derecho sea jerárquicamente

superior que otro, sino que, al ponderar derechos necesariamente uno debe subsistir en detrimento de otro, pero solo para un caso en particular.

El vocablo ponderación, proviene del latín «Pondos», que significa peso; dicho significado es de suma importancia, porque cuando un juez pondera, su función consiste en pesar o sopesar los principios que concurren al caso concreto, y poder así resolver la controversia suscrita (Tejedor-Estupiñán, 2015).

Pulido (2014) considera que la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tiene la estructura de mandatos de optimización.

El resultado óptimo de un ejercicio de ponderación no habría de ser el triunfo aplastante de uno de los principios, ni siquiera en el caso concreto, sino la armonización de ambos, esto es, la búsqueda de una solución intermedia que en puridad no diese satisfacción plena a ninguno, sino que procurarse la más liviana lesión a ambos.

La ponderación es la acción de pesar materialmente una cosa, es el equilibrio y ecuanimidad al juzgar. Esta definición parte de la forma como el juez, al momento de sentenciar, tiene que tener un equilibrio juzgando correctamente y con rectitud. Se refiere a la forma en que se aplican los principios jurídicos; es decir, las normas que tiene la estructura de mandatos de optimización. Dichas normas no determinan lo que debe hacerse sino obligan a que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.

Dichas posibilidades jurídicas se determinan mediante principios y reglas opuestas, para lo cual las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Para establecer la mayor medida posible se requiere la confrontación de principios opuestos o los principios que respaldan las reglas opuestas.

Para entender a la ponderación como técnica de reducción de la discrecionalidad abusiva para el ejercicio de la función jurisdiccional en el ámbito de niñez y adolescencia, es necesario conocer que existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante subsunción, mientras que la manera de aplicar principios radica en la ponderación.

Al presentarse una situación determinada, se establece una colisión entre principios cuando en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas que a su vez, son normas incompatibles entre sí, pero ambas pudieran ser respuestas al caso concreto. Dichas disposiciones relevantes pero incompatibles entre sí, son lo que se conoce como *prima facie*. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos, así como los principios o razones que jueguen en sentidos contrarios.

Ejemplo de colisión entre principios en el caso de la niñez y la adolescencia lo constituye cuando una persona es demandada subsidiariamente por su cuñada, por una deuda alimenticia para mantener a su hijo, pero esta gana un sueldo básico y tiene que mantener, de igual manera, a sus cuatro hijos y a su esposa.

En este caso, el Artículo 129 del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador (Congreso Nacional, 2003) faculta a la demandante para que, haciendo uso del interés superior del menor enunciado en el Artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador, demande al subsidiario el pago de una pensión; pero en juicio el demandado alega que, de fijarse una pensión sus hijos tendrían que ir a otras escuelas, afectando su interés superior, que

consta en los artículos antes mencionados, además del buen vivir (Artículo 14 de la Constitución), pues de fijarse la mensualidad a pagar, su capacidad adquisitiva disminuiría y no podría pagar cuestiones básicas como el arriendo del hogar.

Ante este ejemplo real, se presenta la ponderación como la forma de resolver la incompatibilidad entre normas *prima facie*, no como garantía de articulación sistemática, sino como estructura para determinar cuál de los principios debe primar en la solución del caso concreto.

Por tanto, se puede afirmar que la ponderación es considerada como un método de interpretación constitucional dirigido hacia la resolución de los conflictos, surgidos entre principios constitucionales que poseen el mismo rango, y que, por lo tanto, exigen ser realizados en la mayor medida posible atendiendo a las posibilidades materiales y jurídicas.

Para cada caso concreto los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. La ponderación permite determinar el peso específico de los principios que entran en colisión, constituyéndose así la ponderación en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, donde la corte constitucional entra a jugar un papel importante como aplicador y garante de los principios constitucionales, expresados en los derechos fundamentales de los ciudadanos, dentro del marco del estado social y democrático de derecho.

La ponderación es una estructura, cuyos elementos son (Alexy, 2002):

1. La ley de la ponderación: Cuando mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.
2. La fórmula del peso: Se mide el peso abstracto de cada uno de los principios y luego con las particularidades del caso concreto.
3. Las cargas de argumentación: Operan cuando existe un empate entre los valores de la aplicación de la fórmula del peso.

Mientras mayor sea el grado de insatisfacción o afectación de uno de los principios, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Si se tiene en cuenta esta ley, la ponderación puede entonces dividirse en tres pasos:

1. Definición del grado de la no afectación o de la afectación de uno de los principios.
2. Definición de la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario.
3. Definición de la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no afectación del otro.
4. La importancia de lo anteriormente radica en establecer un grado de afectación o no satisfacción del primer principio y de importancia en la satisfacción del segundo principio. Este grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala tríadica o de tres intensidades. Desde esta perspectiva el grado de afectación de un principio puede ser, leve, medio o intenso.

Ponderación de derechos fundamentales

La Constitución de la República del Ecuador, señala que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: «Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía» (Asamblea Constituyente de Ecuador, 2008).

En este sentido, el constitucionalismo ecuatoriano ha configurado una igualdad jerárquica en cuanto al reconocimiento de derechos constitucionales, mediante el cual, todos los derechos constitucionalmente reconocidos gozan de una igual jerarquía normativa en el contexto constitucional ecuatoriano. Empero, dentro de un caso concreto pueden suscitarse conflictos entre derechos constitucionales que entren en colisión; es por ello que corresponde a los jueces constitucionales emprender un ejercicio hermenéutico que permita solventar este conflicto entre derechos.

La Constitución de la República del Ecuador de 2018 defiende que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia. Consecuentemente, el texto constitucional deja de ser una mera proclamación de principios y reglas, puesto que ya no se limita a establecer competencias o separar las funciones del aparato estatal, sino que es una norma jurídica, cuyo contenido axiológico es de cumplimiento directo, adoptada por el Constituyente, transformándola eminentemente en un orden jurídico, democrático, plural e incluyente.

Las características primordiales del Estado constitucional de derechos y justicia aluden a las siguientes premisas:

a) Valor en vez de norma
b) Ponderación en reemplazo de la subsunción, para efectos de la Interpretación.
c) Papel preponderante de la justicia constitucional, cuyo centro decisorio es la Constitución.

Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, y como tal, son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas. Hacen ver la necesidad de comprender el tema de la ponderación constitucional, el cual es asumido por los autores como el único medio posible que tiene un Juez para resolver una controversia en la que, en unidad de acto se protegen constitucionalmente las pretensiones de ambas partes (demandante y demandado).

La ponderación constitucional, en cambio, es considerada por los autores de esta investigación como la valoración o balance que hace una autoridad facultada constitucionalmente para ello (en este caso cualquier autoridad pública o Juez según el numeral 5 del Artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador respecto a dos normas o principios del mismo rango esto es, constitucional); es decir, toda autoridad al encontrarse frente a un conflicto entre normas constitucionales, está obligada a ponderar, valorar o balancear cuál de ellas permite una mejor efectividad de los derechos constitucionales, provocando que los mismos no sean coartados sino al contrario, que puedan investir a la ciudadanía de los derechos que se consideran mucho más justos o necesarios.

De forma general, se debe comprender que no por tratarse de derechos constitucionales se está ante una competencia exclusiva de la Corte Constitucional. Se debe entender que cuando se somete un conflicto de las calidades que la ley determina para una competencia específica, en el que se presenta una controversia que sobrepasa las normas legales hasta llegar al rango constitucional, el Juez debe conocer y resolver en mérito a la ponderación constitucional, tomando en cuenta tanto la ley con la cual desarrollará una valoración como los posibles escenarios que se puedan dar superponiendo un derecho o principio del mismo rango a otro (constitucional únicamente).

De esta manera se puede decir que la ponderación actúa como un mecanismo de flexibilización al imperio constitucional, permitiendo que el Juez pueda adecuar los hechos a las normas supremas, asegurando la tutela efectiva y permitiendo que los derechos, no queden en una retórica bien adornada pero que no deja de ser una mera utopía. Es una herramienta de vital importancia si se pretende que la Constitución, sus derechos y garantías se cumplan a cabalidad.

Los grupos vulnerables según la Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 50 nos manifiesta que recibirán atención prioritaria y especializada debido a la complejidad que ellos presentan ya sea edad, su salud o estado físico necesitan mayor cuidado y estos grupos son los siguientes (Valencia, González & Valencia, 2018):

1. Las personas adultas mayores
2. Niñas, niños y adolescentes
3. Mujeres embarazadas
4. Personas con discapacidad
5. Personas privadas de libertad
6. Quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad
7. Las personas en situación de riesgo
8. Víctimas de violencia doméstica
9. Violencia sexual
10. Maltrato infantil
11. Personas víctimas de desastres naturales o antropogénicos.
12. Las personas en condición de doble vulnerabilidad

La Constitución es clara en manifestar los grupos de atención prioritaria para que se haga respetar el goce de los derechos de estas personas que por su situación se busca la mejor manera de ayudarlas para su desarrollo integro. Pero más allá de llegar a entender que la subsidiaridad tiene como fundamento la existencia de un vínculo de responsabilidad entre el menor y los obligados subsidiarios, y que en la subsidiaridad radica un ámbito de solidaridad de estos hacia los menores, el problema realmente radica en hasta dónde el interés superior del menor cabe.

Derecho comparado

En Grecia, de alguna manera se tomó en cuenta las necesidades de la infancia, siempre proyectando la idea de que los niños crecerían y algún día se convertirían en ciudadanos del Estado democrático griego, por lo que era necesario educarlos y formarlos para ese cometido. De esta manera empiezan a crearse los primeros establecimientos educativos, privilegio que era solo para los hijos de los ciudadanos, ya que los hijos de los esclavos al igual que sus padres no eran considerados personas (Nevett, 2001).

Grecia, principalmente Esparta, era conocida por formar guerreros desde pequeños, es así que los niños desde temprana edad eran sometidos a tratos rigurosos para formarlos bajo un rigor extremo (de Landáburu, 2019).

En Roma, la patria potestad otorgaba al padre un poder absoluto sobre sus hijos, de esta forma podía disponer de su futuro e incluso decidir si los aceptaba como sus primogénitos o no. Mucho tiempo después, ya en la era del Cristianismo, nacen nuevos criterios sobre cómo tratar a los niños, donde se reforzó la idea de responsabilidad de los padres hacia los hijos, considerándose aquello como algo novedoso, tomando en cuenta lo ocurrido en épocas pasadas, y es que dar muerte a un hijo era considerado «asesinato», y el abandono de

menores era mal visto socialmente en esta época (Evans, 2014).

Como producto del malestar que vivió la infancia como consecuencia de la primera guerra mundial, varios países e instituciones involucrados en el conflicto bélico de la época, promovieron la elaboración de una "Carta del Niño" con la intención de llamar la atención de la comunidad internacional, y es bajo este contexto, que Englantyne Jebb, en abril de 1919, creó "Save the Children Fund" con el objeto de reunir una base económica suficiente para enviar, en principio, leche a los niños de Viena, y procurar más adelante, enviar otro tipo de enseres a diferentes países.

Todo ello con el propósito de ayudar a los niños que morían de inanición; producto del bloqueo en Europa de los países aliados, hacia los países vencidos, situación que producía hambruna y muerte en los menores. Empero, no es sino hasta 1922 que Jebb redacta las bases de una declaración de los derechos del niño, que fue entregada al Comité Ejecutivo de la Unión Internacional de Socorro a los Niños, que más tarde, el 17 de mayo de 1923 la adoptaría como *La Declaración de los derechos del niño*, misma que tuvo tanto impacto, que el 26 de septiembre de 1924, la Quinta Asamblea de la Sociedad de las Naciones, la aprueba bajo el nombre de la *Declaración de Ginebra* (Gomes, Caetano & Jorge, 2008).

Este documento trataba una serie de temas, donde aspectos de gran relevancia como los deberes de la comunidad internacional hacia los niños, era enunciado, sin embargo, muchos doctrinarios, entre ellos, Fernando Faiz consideraban que dicha propuesta era antipedagógica (Bernal Brito, 2015).

Si bien es importante tener en cuenta la evolución que ha tenido desde la antigüedad la protección a los derechos del niño, que gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, también lo es conocer los derechos de otro de los grupos vulnerables, los ancianos (Zambrano, Basurto & Zambrano, 2020).

Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) establece en su Artículo 16 que toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

El punto de corte para la edad varía mucho de forma individual, ya que muchas personas encuentran difícil llamarse a sí mismos, adultos mayores, incluso después de la edad de 75 años. Sin embargo, a partir de los 75 años la cantidad de trastornos corporales empieza a aumentar y posterior a los 85 años la mayoría de las personas presentan dificultad en la movilidad y en las funciones sensoriales.

Tomado de la Agenda de Igualdad para Adultos Mayores 2012-2013, para definir el concepto de las personas adultas mayores, los tratadistas han recurrido a diferentes doctrinas e interpretaciones, considerándolos como un grupo etario que comprende personas que tienen más de 65 años de edad (Huenchuan, 2018).

Por lo general, se considera que los adultos mayores, solo por haber alcanzado este rango de edad, se los reconoce como pertenecientes a la tercera edad o ancianos. Se ha definido a la persona adulta mayor como aquella persona por arriba de los 60-65 años, este umbral es sin duda arbitrario y no puede contemplar la multidimensionalidad de un estado que depende de muchos factores, en los que la edad por sí

solo nada significaría (Carralero, Ramírez, & Guerra, 2020).

Según la Declaración de Brasilia 2007, se reafirma el compromiso de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas de edad, y erradicar todas las formas de discriminación y violencia contra ellos.

En la Constitución de la República del Ecuador se puede encontrar a ese grupo en el Título III Derechos de las personas y grupos de atención prioritarias, donde se habla del derecho a recibir una atención prioritaria (León, 2020).

De la misma manera la Ley del Anciano bajo el Título I Disposiciones Fundamentales establece los beneficios, el objetivo y la edad que debe tener para ser considerada adulta mayor y lograr acceder a estos beneficios que son para su pleno desarrollo inclusión en la sociedad (Calle García, Zavala González, Delgado Janumis, Menéndez Pín & López Zambrano, 2018).

En la actualidad en el Ecuador el ente encargado de regular lo concerniente a las enfermedades es el Ministerio de Salud Pública, quien manifiesta su definición de enfermedades catastróficas, diciendo que «Se entenderá como enfermedad catastrófica a los problemas que se sucintan en la salud del ser humano y las mismas que cumplan con características especiales y únicas» (Verdesoto Galeas, Duenas Galarza, Aguirre Alarcon, Piza Burgos & Vaca Mendoza, 2018).

La palabra enfermedad significa alteración más o menos grave de la salud, que provoca anormalidad fisiológica o psíquica, o de ambas clases a la vez, en un individuo. La mayoría de las enfermedades crónicas afecta aspectos importantes de la vida en las personas que la padecen. Una de los principales cambios y quizás el que genera mayor deterioro es el aspecto emocional, ya que la persona se ve obligada necesariamente a un proceso de adaptación rápido para el cual pasa por diferentes etapas que suscitan una serie de emociones comúnmente negativas.

El sustento legal de la atención a personas con enfermedades catastróficas se encuentra en la Constitución de la República del Ecuador en la Sección séptima, Artículo 50, donde se manifiesta que el Estado debe y garantizará una atención especializada de primera calidad y gratuita para las personas que padezcan estas enfermedades consideradas como catastróficas.

El Registro Oficial N° 798 define a las enfermedades catastróficas como todo tipo de patología que padece una persona, las mismas que ponen en riesgo y altera la vida de quien la padece. El mismo registro oficial nos ayuda con un listado de las enfermedades que en el Ecuador son catalogadas como catastróficas tales como todo tipo de malformaciones congénitas de corazón y todo tipo de valvulopatías cardiacas, cualquier tipo de cáncer y otras.

Propuesta

La propuesta del presente trabajo va encaminada directamente hacia la creación de una norma integral dentro de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en el artículo 4, numeral 14, que hable exclusivamente sobre la prevalencia de derechos, principios y garantías constitucionales, donde se diga qué derecho debe prevalecer cuando existen normas del mismo peso.

La ponderación de derechos debe estar tipificada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y se propone que en el Artículo 4 se incremente un numeral que especifique sobre la ponderación de los derechos humanos, que diga: Numeral 15.-

Para el análisis y frente a una ponderación de derechos a más de los establecidos y sin contraposición con la Constitución de la República del Ecuador debe constar:

1. La ley de la ponderación: «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro».
2. La fórmula del peso: Se mide el peso en abstracto de cada uno de los principios y luego con las particularidades del caso concreto.
3. Las cargas de argumentación: Operan cuando existe un empate entre los valores de la aplicación de la fórmula del peso.

Con ello se garantizaría que, antes de emitir el fallo correspondiente, tratándose de principios, derechos y garantías constitucionales, los jueces deberán fundamentarse y motivarse estrictamente a la Constitución de la República, en las normas de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y otras normas, para que garanticen la plena vigencia de sus derechos ya que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y solo falta que sean aplicados por los jueces a través de las distintas vías y acciones que le franquea la Constitución.

Conclusiones

Una vez analizados los distintos posicionamientos teóricos planteados por diversos autores y entendiendo el conflicto que se tiene entre principios fundamentales así como la necesidad de atender los derechos de las personas vulnerables y a la vez la de los menores, se coincide en que la ponderación es el medio esencial para lograr equilibrar la balanza para que no exista una gran afectación para ninguno de estos derechos encontrados en colisión, logrando establecer dar una armonización a estos derechos.

La ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella sí puede fijarse cuál es el espacio en donde yace esta subjetividad, cuál es el margen para las valoraciones del juez y cómo dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones.

La ponderación se rige por reglas, que admiten una aplicación racional, pero que de ninguna manera pueden reducir la influencia de la subjetividad del juez en la decisión y su fundamentación. La graduación de la afectación de los principios, la determinación de su peso abstracto y de la certeza de las premisas empíricas y la elección de la carga de la argumentación apropiada para el caso conforman el campo en el que se mueve dicha subjetividad.

Referencias:

Alexy, R. (2002). Epilogo a la "Teoria de los Derechos Fundamentales". *Revista española de derecho constitucional,* 66, 13-64.

Asamblea Constityunte de Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Quito: Tribunal Constitucional del Ecuador. Registro oficial Nro, 449*.

Becker, M. (2011). Correa, indigenous movements, and the writing of a new constitution in Ecuador. *Latin American Perspectives, 38*(1), 47-62.

Bernal Brito, J. J. (2015). *Ponderación de derechos en la aplicación de subsidiaridad en materia de niñez y adolescencia.* Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Cadena Posso, A. A., Lizcano Chapeta, C. J., Sola Iñiguez, M. L., & Gómez Gordillo, A. F. (2019). Use of Neutrosophy to analyze

problems related to the joint custody of children and adolescents after marriage dissolution. *Neutrosophic Sets and Systems, 26*(1), 23-35.

Calderón Ramírez, M. A., de Jesús Arrias Añez, J. C., Ronquillo Riera, O. I., Herráez Quezada, R. G., Ríos Vera, Á. A., Torres Cegarra, J. C., & Ojeda Sotomayor, P. M. (2019). Pestel based on neutrosophic cognitive maps to characterize the factors that influence the consolidation of the neo constitutionalism in Ecuador. *Neutrosophic Sets & Systems, 26*, 35-47.

Calle García, A. J., Zavala González, J. A., Delgado Janumis, D. A., Menéndez Pín, T. D. R., & López Zambrano, A. J. (2018). La devolucion del impuesto al valor agregado (IVA), a personas con capacidades especiales y adultos mayores en Ecuador. *Contribuciones a las Ciencias Sociales,* 15-27.

Carralero, A. C. Y., Ramírez, D. M., & Guerra, G. P. I. (2020). Análisis estadístico neutrosófico en la aplicación de ejercicios físicos en la rehabilitación del adulto mayor con gonartrosis. *Neutrosophics Computing and Machine Learning, Book Series,13,* 7.

Congreso Nacional. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito, Ecuador.

de Landáburu, G. O. (2019). *Breve historia de la vida cotidiana de la Grecia clásica*. Madrid: Ediciones Nowtilus SL.

Evans, J. K. (2014). *War, Women and Children in Ancient Rome.* New York: Routledge.

Gomes, I. L. V., Caetano, R., & Jorge, M. S. B. (2008). El niño y sus derechos en la familia y en la sociedad: una cartografía de las leyes y de las resoluciones. *Revista Brasileira de Enfermagem, 61*(1), 61-65.

Huenchuan, S. (2018). *Envejecimiento, personas mayores y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: perspectiva regional y de derechos humanos.* Santiago de Chile: Cepal.

Nevett, L. C. (2001). *House and society in the ancient Greek world.* Cambridge University Press.

Pulido, C. B. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Madrid: Universidad Externado.

Ricardo, J. E., Rosado, V. M. V., Fernández, J. P., & Martínez, S. M. (2020). Importancia de la investigación jurídica para la formación de los profesionales del Derecho en Ecuador. *Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores, Edición Especial,* 25-37.

León Serrano, L. A. (2020). Ecuador: Inequidad de ingresos, crecimiento económico y curva de Kuznets. *Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina, 8*(2), 17-28.

Tejedor-Estupiñán, J. E. (2015). ¿La vinculación en ausencia al proceso penal vulnera garantías fundamentales del procesado? *Principia Iuris, 12*(23), 128-169.

Valencia Vera, L., González Ordóñez, A., & Valencia Vera, A. (2018). Creación del albergue “Emmanuel” en el hospital Teófilo Dávila como acción de responsabilidad social para sectores vulnerables de la Provincia El Oro. *Revista Universidad y Sociedad, 10*(2), 195-201.

Vera, D. C., Suntaxi, A. V. T., Alcívar, G. C. I., Ricardo, J. E., & Rodríguez, M. D. O. (2018). Políticas de inclusión social y el sistema de ingreso a las instituciones de educación superior del ecuador. *Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores, Edición Especial,* 1, 63-79.

Verdesoto Galeas, J. d. R., Duenas Galarza, E. H., Aguirre Alarcon, M. Y., Piza Burgos, N. D., & Vaca Mendoza, N. d. J. (2018). Resiliencia; una estrategia de afrontamiento en pacientes con enfermedades catastróficas. *Dilemas contemporáneos: Educación, Política y Valores, Edición Especial,* 1-24.

Zambrano, J. C. A., Basurto, I. J. D., & Zambrano, G. K. R. (2020). Perspectivas de la teoría trialista en torno a los derechos de las personas de

atención prioritaria en Ecuador. *Universidad y Sociedad, 12*(4), 201-206.

Conflictos de intereses

Los autores declaran que no existen conflictos de intereses.

Contribución autoral

Danilo Rafael Andrade Santamaría: participó en la propuesta del trabajo, así como en la coordinación y su aplicación en los grupos de estudiantes y en el análisis de los resultados. Redactó la parte inicial del artículo y participó en su redacción final. Elaboró la bibliografía y presentó el artículo a la revista.

Frowen Bolívar Alcívar Basurto: participó en la propuesta del trabajo. Colaboró en todas las etapas de la redacción del artículo.

Esperanza del Pilar Araujo Escobar: participó en la elaboración de la propuesta de ley. Colaboró en todas las etapas de la redacción del artículo.

Jorge Washington Soxo Andachi: participó en la propuesta del trabajo. Colaboró en todas las etapas de la redacción del artículo.