

SEÑORES JUECES CONSTITUCIONALES:



Arquidiócesis
de
Guayaquil

Asociación
de Fieles
Maria de la
Buena
Esperanza

Todos los Santos
136 - 8
Urdesa
Guayaquil -
Ecuador

(04)2886872
(04)2888116
(04)2882987
0993751805

Yo, **Bella Irma Maldonado Guerrero**, en mi calidad de representante legal de la **ASOCIACIÓN DE FIELES "MARIA DE LA BUENA ESPERANZA,"** inscrita en la Secretaria de Derechos Humanos, conforme consta de dos copias de documentos que como habilitantes acompaño, refiriéndome al caso N° **0034-2019-IN**, a ustedes con el debido respeto y consideración digo:

Como alcance a mi escrito de amicus curae, presentado mediante correo electrónico de fecha 6 de junio del 2010, me permito adjuntar un análisis atinente al derecho señalado en el artículo 45 de la Constitución de la República, sobre el interés superior del niño¹, que privilegia sus derechos sobre los de los demás seres humanos e imperativamente manda que: *"El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción."*

PRINCIPIO DE DISCRECIÓN O MARGEN DE APRECIACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El margen de apreciación de los Estados, consiste en la facultad que tienen éstos, de aplicar en su derecho interno las obligaciones contraídas por los tratados internacionales de derechos humanos. Esta inclusión no se da per se pues a veces se trata de situaciones que tratan de principios éticos y morales que se pueden afectar, inclusive contrariar, principios religiosos en Estados en que se encuentran fuertemente arraigados, sin constituir una teocracia. Por tanto, los Estados pueden tener la discreción de incorporarlo a su legislación interna. Ello sucede principalmente en los Estados europeos y dentro de la Corte Europea de Derechos Humanos.

PARA

¹ Art, 44 Constitución. El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. La negrilla es propia. *pe*



Parroquia
Santa Teresita
Km 0.5
Vía Samborondón
Ecuador
(04)2830599





El autor Francisco R. Barbosa Delgado en su ensayo “**El margen Nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática.**”² respecto de la aplicación del derecho interno frente a las obligaciones de tratados internacionales, consideramos importante su opinión y nos permitimos transcribir en primer orden el Resumen del mismo en que señala:

Arquidiócesis
de
Guayaquil

Asociación
de Fieles
María de la
Buena
Esperanza

Todos los Santos
136 - 8
Urdesa
Guayaquil -
Ecuador

(04)2886872
(04)2888116
(04)2882987
0993751805

“El margen nacional de apreciación se ha constituido en un criterio hermenéutico de los y tribunales regionales de derechos humanos para la interpretación y aplicación de los mismos. Por esta razón, en el presente artículo se pretenderá demostrar como el Estado de Derecho y la existencia de una sociedad democrática son elementos necesarios para la existencia del margen nacional de apreciación, como doctrina que tiene su sustento en el derecho nacional y cuya derivación llevo a las Cortes regionales de derechos humanos a buscar su aplicación.”

Barbosa en lo que respecta derecho interno nacional señala:

II. EL MARGEN NACIONAL DE APRECIACION Y SU SURGIMIENTO EN LA DISCRECIONALIDAD³.

“La noción del margen de apreciación puede ser definida como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del **derecho limitado.**”

Y me permito citar el corolario del ensayo:

IV CONSIDERACIONES FINALES

“Como se explicó a lo largo del artículo, la doctrina del margen nacional de apreciación se constituye en un criterio hermenéutico”

² www.corteidh.or.cr > tablas

³ Página 1090 de la web citada.



Parroquia
Santa Teresita
Km 0.5
Via Samborondón
Ecuador
(04)2830599





Arquidiócesis
de
Guayaquil

Asociación
de Fieles
María de la
Buena
Esperanza

Todos los Santos
136 - 8
Urdesa
Guayaquil -
Ecuador

(04)2886872
(04)2888116
(04)2882987
0993751805



CASA DE LA VIDA
LA CASA DE LA VIDA

Parroquia
Santa Teresita
Km 0.5
Vía Samborondón
Ecuador
(04)2830599



utilizado por parte de tribunales regionales de derechos humanos con el fin de interpretar y aplicar Convenciones americana y europea sobre derechos humanos. Su existencia permite un poder de deferencia de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal o, como señala el profesor NUÑEZ POBLETE, existe un caso de difícil solución.

Esta doctrina ha permitido entender y abordar la falta de consenso entre los Estados parte de los tratados de derechos humanos, especialmente en el caso europeo. Empero, la ausencia de consenso entre los Estados sobre temas sensibles en derechos humanos, ha llevado a que el TEDH y la Corte IDH justifiquen una imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos y procedan al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales. Sin embargo, como queda evidenciado en el presente artículo, ese poder de deferencia tiene como condición esencial la existencia de un Estado de Derecho y la constatación de una sociedad democrática a través de sus componentes: el pluralismo, tolerancia y el espíritu abierto. Estas dos condiciones deben ensamblarse con el principio de que los Estados deben respetar los límites impuestos por la CEDH y la CADH y los criterios desarrollados por la jurisprudencia de las Cortes Regionales, so pena de perder su capacidad de determinación y alcance de los derechos humanos en su territorio.⁴

La autora María Angélica Benavidez Casals en su ponencia “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”⁵, en la parte introductoria de su estudio, señala que:

⁴ Páginas 1110 y 1111 de la web citada.

⁵ Ius et Praxis v.15 n.1 Talca 2009 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100009> Revista Ius et Praxis, 15 (1):295-310, 2009 EL CONSENSO Y EL



Arquidiócesis
de
Guayaquil

Asociación
de Fieles
María de la
Buena
Esperanza

Todos los Santos
136 - 8
Urdesa
Guayaquil -
Ecuador

(04)2886872
(04)2888116
(04)2882987
0993751805



Parroquia
Santa Teresita
Km 0.5
Vía Samborondón
Ecuador
(04)2830599



“Por tanto, si bien el consenso en torno a la existencia de los derechos humanos es parte del derecho internacional actual, este consenso dista mucho de reflejar acabados acuerdos en el contenido y alcance de cada uno de los derechos individualmente considerados. Consecuencia de ello es en parte la generalidad con que se conciben los términos contenidos en las normas de los tratados sobre derechos humanos, la posibilidad dada en casi todos ellos de formular reservas y la falta, que por regla general se observa, de instancias jurisdiccionales convencionales obligatorias.

Ahora bien, el consenso no sólo es requisito para el nacimiento de una norma internacional que reconoce los derechos humanos. Es también un método de interpretación que permite a los órganos jurisdiccionales internacionales el determinar en un momento cómo la comunidad internacional en la que se aplica esa norma entiende el derecho en cuestión, permitiéndole establecer si ha existido o no una violación. La búsqueda que el tribunal internacional hace de la comprensión que tienen los estados de la norma convencional vaga y carente de claros contornos, tiene por tanto como resultado una interpretación guiada por el consenso de los estados en relación a la comprensión del derecho. La búsqueda de este consenso es clara en la jurisprudencia de ambos tribunales tratados en el presente trabajo. Pero particularmente y entre otras por razones de volumen de jurisprudencia, es más nítida en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Sin perjuicio de la búsqueda del consenso respecto del sentido y alcance del contenido del derecho, es también recurrente, y aparentemente contradictoria, la aplicación del margen de apreciación estatal en la aplicación de las normas convencionales. Pareciera ser contradictorio el permitir que los estados decidan respecto del contenido de ciertos derechos o las posibilidades de restringir su ejercicio si lo que se busca con el establecimiento de normas internacionales y órganos de supervisión es la creación de un orden general y homogéneo en sus resultados, esto es en la efectiva protección de los derechos humanos.” 

MARGEN DE APRECIACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.
María Angélica Benavides Casals

La Vida nos ha Unido



Arquidiócesis
de
Guayaquil

Asociación
de Fieles
María de la
Buena
Esperanza

Todos los Santos
136 - 8
Urdesa
Guayaquil -
Ecuador

(04)2886872
(04)2888116
(04)2882987
0993751805

Respecto del “El consenso y el margen de apreciación según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, la autora Benavidez Casals, señala que el proceso interpretativo utilizado por el TEDH, se compone de varios métodos y criterios que permiten establecer en derecho, si existe violación o ausencia del mismo. Dice que: “el Tribunal aplica necesariamente la regla general de interpretación contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”; y, que partiendo de la especial naturaleza de los derechos humanos: “el Tribunal aplica también criterios de interpretación que le son propios a los tratados de esta especie y que han sido desarrollados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina internacional. Dentro de esos criterios se encuentra el consenso y la teoría del margen de apreciación.

Y añade lo siguiente:

(...) “Numerosa jurisprudencia del Tribunal nos muestra que con la finalidad de fijar el contenido de un derecho de la Convención en un momento determinado, el TEDH se da a la tarea de buscar entre la comunidad regida por la Convención la existencia de una comprensión uniforme del derecho en cuestión. Es decir, la existencia de un consenso. Esta búsqueda puede sorprender a aquellos que estiman que un tribunal internacional debería privilegiar la mayoría de las veces la determinación independiente del sentido y alcance de los derechos a proteger. Lo que se conoce en su forma extrema como gobierno de los jueces. Si bien esto implica una interpretación autónoma de los términos convencionales, la que es utilizada acertadamente por el TEDH¹⁰, el Tribunal no aplica un único método o criterio de interpretación. Interpretar una norma obliga a llevar adelante un proceso complejo, quizás uno de los más difíciles a los que se ve enfrentado un juez internacional.”(...)

(...) “La teoría del margen de apreciación nos indica en definitiva que allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para el estado un margen de acción que le permite fijar de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales el contenido y alcance de ciertos derechos, a la espera por parte del TEDH de poder encontrar elementos nuevos que le permitan

La Vida nos ha Unido



Parroquia
Santa Teresita
Km 0.5
Via Samborondón
Ecuador
(04)2830599





Arquidiócesis
de
Guayaquil

Asociación
de Fieles
María de la
Buena
Esperanza

Todos los Santos
136 - 8
Urdesa
Guayaquil -
Ecuador

(04)2886872
(04)2888116
(04)2882987
0993751805



CASA DE LA VIDA

Parroquia
Santa Teresita
Km 0.5
Vía Samborondón
Ecuador
(04)2830599

señalero
de la vida

establecer contenidos que se integrarán al orden público europeo y serán por tanto aplicables a todos los estados miembros del Consejo de Europa por igual."(...)

Al tratar sobre **"La determinación del contenido del derecho"**, la autora analiza el tema sobre el "concepto de vida" desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y señala:

(...) "También el TEDH ha invocado el margen de apreciación de los estados para la aplicación de la Convención en el ámbito interno en el caso del derecho a la vida. El caso Vo contra Francia²⁹ trata de un aborto practicado erróneamente en la persona de una mujer embarazada de cinco meses, quien tenía el mismo nombre de otra a la que sí debía practicársele el procedimiento, y donde el problema principal se traducía en definir si el embrión es o no titular del derecho a la vida contenido en el artículo 2 de la CEDH. El Tribunal determina que "resulta que el punto de partida del derecho a la vida emana del margen de apreciación de los estados que la Corte tiende a considerar que le debe ser reconocido a los estados en este campo. Las razones que llevan a la corte a esta constatación son por una parte que la solución para dicha protección no se encuentra en el seno de la mayoría de los estados parte y particularmente en Francia, donde la cuestión ha suscitado debate, y por otro lado, que no existe ningún consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida"(...)

(...) "Es así como a falta de consenso europeo sobre el punto, sería el estado nacional el que define si el embrión es o no titular del derecho a la vida según esta sentencia. Una opinión crítica a esta decisión la presenta el voto de minoría del juez G. Ress, quien afirma que el artículo 2 se aplica a la vida del no nacido. El magistrado sostiene que podría haber una discusión sobre las diferencias en cuanto al nivel de protección del embrión y del nacido. Esto sin embargo no puede conducir a la conclusión que es imposible responder en abstracto a la pregunta sobre si el embrión es una persona en los términos del artículo 2 de la Convención. Según él ambos sujetos (la madre y el embrión) son dos "seres humanos" diferentes que deben ser protegidos cada uno por separado. Además, los estados donde se admite el aborto han enfrentado problemas constitucionales al legislar sobre el tema. Esto sólo se entiende desde la perspectiva que el feto posee vida humana. De lo contrario estas leyes no habrían sido necesarias. (...)"

La Vida nos ha Unido



Arquidiócesis
de
Guayaquil

Asociación
de Fieles
Maria de la
Buena
Esperanza

Todos los Santos
136 - 8
Urdesa
Guayaquil -
Ecuador

(04)2886872
(04)2888116
(04)2882987
0993751805

(...) Nos parece contradictoria la aplicación del consenso y del margen de apreciación en estos dos ámbitos precedentemente señalados. Por un aparte y sin mayores fundamentos hermenéuticos se restringe el margen de apreciación en materia de transexuales y matrimonio hasta hacer desaparecer este margen. Y por otro lado no establece el Tribunal un consenso en materia ya no del derecho al aborto, sino a que si existen leyes en este sentido es porque precisamente existe un consenso entre los estados que el no nacido si es sujeto de derechos y por esto fueron necesarias estas leyes. La determinación que el no nacido cae dentro del ámbito del artículo 2 de la Convención implica desde luego problemas con estas leyes internas que autorizan este procedimiento quirúrgico. Pero constituye a la vez una simple constatación en orden a que si existen las leyes que permiten el aborto, existe por tanto un derecho del no nacido. Esta constatación tiene su base precisamente en esas leyes de aborto: su existencia da cuenta del consenso al interior de las sociedades europeas que el no nacido es titular del derecho. El cómo esta constatación por parte del Tribunal repercutiría en las legislaciones nacionales corresponde a otra discusión" (...).

(...) "Este tipo de razonamientos del TEDH da cuenta más bien de haberse guiado más por lo políticamente correcto, considerando el contexto europeo, que por consideraciones estrictamente jurídicas."

La Abogada Benavides Casals, en su ponencia, al referirse a "El consenso y el margen de apreciación según la Corte Interamericana de Derechos Humanos", manifiesta lo siguiente:

(...) "Desde un punto de vista cuantitativo la jurisprudencia de la Corte es considerablemente menor a la del TEDH. Por tanto, las oportunidades para pronunciarse al respecto son menores. Y por otro lado la jurisprudencia de la Corte tiende al universalismo. A diferencia del TEDH que ha elaborado la teoría del orden público europeo y de acuerdo a él, entre otros, aplica o no el consenso y el margen de apreciación de los estados, la Corte por su parte no ha elaborado una teoría de un orden público propiamente interamericano, tendiendo más bien a la universalidad y a ver un consenso universal aplicado a su jurisprudencia, al utilizar expresiones tales como el corpus iuris internacional." (...)

Y en sus **Conclusiones** señala:

La Vida nos ha Unido



Parroquia
Santa Teresita
Km 0.5
Vía Samborondón
Ecuador
(04)2830599





Arquidiócesis
de
Guayaquil

Asociación
de Fieles
María de la
Buena
Esperanza

Todos los Santos
136 - 8
Urdesa
Guayaquil -
Ecuador

(04)2886872
(04)2888116
(04)2882987
0993751805



CASA DE LA VIDA

Parroquia
Santa Teresita
Km 0.5
Vía Samborondón
Ecuador
(04)2830599

señalero
de la vida

(...) "Respecto a la aplicación que han realizado ambos órganos jurisdiccionales, en especial el europeo por razones de más oportunidades para pronunciarse al respecto, del margen de apreciación y del consenso como criterios hermenéuticos, es deber decir que no siempre esta aplicación ha sido coherente particularmente en el ámbito europeo. El margen de apreciación ha sido particularmente aplicado en ámbitos morales y religiosos. Ahora bien, esta aplicación ha sido zigzagueante. Esto ha conducido en el sistema europeo a desconcertantes resultados. La mayoría de los estados europeos establecen un derecho de aborto sujeto a condiciones diversas, pero no por eso el TEDH pudo descartar que el no nacido no sea titular del derecho a la vida. Simplemente evadió fallar al respecto, lo que no deja de dejarnos perplejos si es el derecho sin el cual ningún otro puede existir, sin perjuicio que existan legislaciones que lo contemplan." (...)

Una vez expuesto las doctrinas del margen de apreciación, tanto del Dr. Barbosa cuanto de la Dra. Benavides, las mismas que deben ser tomadas en cuenta por el Tribunal por los factores expuestos y no únicamente por ellos, sino que en el caso N° 34/19 IN, existe un hecho que torna a la pretensión de inconstitucionalidad de los artículos 140 y 150 del COIP en un imposible, pues atentaría contra el derecho constitucional del niño que es de interés superior y privilegiado frente a otros derechos⁶, pues su vida está protegida desde la concepción⁷.

Las accionantes de la inconstitucionalidad en el acápite III. **Fundamentos de la pretensión. Disposiciones Constitucionales Infringidas.** Fundamentan en el número 10 citando la página 140 de la sentencia de la Corte Constitucional en el caso signado con el N°11-18-CN/19 (matrimonio igualitario) cuyo ponente fue el Juez Ramiro Ávila Santamaría, y para referirse a la cita dicen que éste fallo: "la Corte reconoce que los nuevos derechos se pueden reconocer por remisión o por reconocimiento expreso."⁸ Y señalan que el matrimonio igualitario se incorporó al texto constitucional

⁶ Art. 44 de la Constitución.

⁷ Art. 45 de la Constitución.

⁸ Las redundancias constan textualmente en el texto de la demanda de inconstitucionalidad, signada con el N° 0034-19-IN.



Arquidiócesis
de
Guayaquil

Asociación
de Fieles
María de la
Buena
Esperanza

Todos los Santos
136 - 8
Urdesa
Guayaquil -
Ecuador

(04)2886872
(04)2888116
(04)2882987
0993751805

por interpretación de la Corte, en el susodicho fallo en la página 140. Además, se fundan en los contenidos de la sentencia que se encuentran en las páginas 142 y 148 (números 11 y 12 de la demanda).

Respecto de la interpretación dada en la sentencia del caso N°11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), citado por las accionantes de la inconstitucionalidad de los artículos 140 y 150 del Código Orgánico Integral Penal, transcribo el razonamiento del jurista y filósofo del derecho español Manuel Atienza Rodríguez, sobre la sentencia del matrimonio igualitario⁹.

En un video o que circula en las redes el mencionado catedrático señala:

“Si volvemos al caso este del Tribunal Constitucional de Ecuador, el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, también era una cuestión de ponderación y entonces ponderar de manera distinta y antes Ali Lozada, Ramiro Ávila quiero recordar que es el otro magistrado, que coincide en la conclusión con Ali, pero argumenta de manera distinta, por supuesto los dos son personas de grandes conocimientos, inteligentes, despliegan muchos recursos argumentativos pero sinceramente yo he leído con mucha atención la sentencia porque además la tomé como ejemplo para desarrollar hace muy poco todo un curso de una semana de argumentación jurídica. Po eso conozco todo con más detalle. Cuando uno lee la argumentación del presidente del Tribunal, cuyo nombre ahora no recuerdo, se da cuenta que es obvio que tiene razón. Lo que está diciendo es que una opinión consultiva no puede tener el peso como para desvirtuar lo que aparece en el artículo de la Constitución ecuatoriana. O sea que, por ejemplo, nuestros dos brillantes colegas utilizan lo que podríamos llamar ponderativos argumentativos, lo que se quiera, para llegar a la conclusión o sea se ve un problema de interpretación, para llegar a la conclusión de que el artículo de la Constitución ecuatoriana es exactamente lo contrario de lo que, si uno lee, está diciendo, y una constitución que *A*

⁹ <https://twitter.com/azambranpas/status/12692868210301747221?s=12>



Parroquia
Santa Teresita
Km 0.5
Vía Samborondón
Ecuador
(04)2830599





Arquidiócesis
de
Guayaquil

Asociación
de Fieles
María de la
Buena
Esperanza

Todos los Santos
136 - 8
Urdesa
Guayaquil -
Ecuador

(04)2886872
(04)2888116
(04)2882987
0993751805



Parroquia
Santa Teresita
Km 0.5
Vía Samborombón
Ecuador
(04)2830599



Además, se ha aprobado hace muy poco. Es obvio que un juez no puede ir en contra de lo que está diciendo la Constitución. Creo que estamos en eso, estamos....."

Creo que sobra hacer comentarios al respecto y simplemente leer el voto salvado del Dr. Hernán Salgado Pesantez, Presidente de la Corte Constitucional, en el mencionado caso del matrimonio entre personas del mismo sexo, para concluir que no estamos frente a un problema de interpretación que, además, es contrario a la Constitución de la República.

Como corolario creemos que esta ampliación del amicus curiae llega a dos conclusiones que son:

1.- Que la doctrina del margen de apreciación que es una doctrina positiva aplicada en el TEDH puede ser desarrollada por la Corte Constitucional Ecuatoriana, en aplicación de la legislación interna nacional y sin limitación soberana, para hacerlo, en la especie, no es necesario emplearla para rechazar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150 del COIP, pues estamos frente a una prevalencia de derechos, que otorga la constitución ecuatoriana favor del niño, cuya vida se respeta a partir de la concepción. Derecho que, además, por el interés superior del niño, es privilegiado frente a otros derechos, entre ellos los que citan las accionantes en su pretensión.

2.- Que no se puede invocar la ponderación de la Constitución para legalizar el aborto.

Las notificaciones que me correspondan las recibiremos en el domicilio que tenemos señalado y los respectivos correos electrónicos.

Firmo con mis defensores.

Dr. Fernando Acosta C.
A B O G A D O
MATRICULA N° 2432 C.A.Q.

RECIBIDO DOCUMENTOS
Cuenta DOCUMENTOLOGÍA
Recibido el día de hoy 12 AGO 2015
a las 11:48
Por [Firma]
Anexos [Firma]
FIRMA RESPONSABLE

Ab. Francisco Acosta Alvear
A B O G A D O
Mat. 9567 C.A.Q.