

Quito, D. M., 26 de junio de 2019.

**Sentencia N° 11-18-CN/19**

Caso N° 11-18-CN (*matrimonio igualitario*)

Voto concurrente del juez Ali Lozada Prado

1. Formulo el presente voto concurrente porque, si bien estoy de acuerdo con la decisión de la Sentencia, discrepo de su fundamentación, sobre todo, en lo que atañe a los efectos de la Opinión Consultiva OC-24/17 (en adelante, OC-24) respecto de los operadores de justicia y los funcionarios públicos (véase, sección IV.3 de la Sentencia). Las razones de mi discrepancia se expusieron en las deliberaciones del Pleno de la Corte Constitucional, mismas que expongo a continuación.

2. Es indiscutible que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) obliga a sus Estados Partes a *“respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”* (art. 1.1) y, en el caso de que dicho ejercicio *“no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter”*, a *“adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”* (art. 2). El incumplimiento de las mencionadas obligaciones trae consigo la responsabilidad internacional del Estado, cuyo establecimiento compete a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 63.1; en adelante, Corte IDH).

3. Si bien esto es así para todos los Estados Partes, lo que de esto resulte para los órganos de esos Estados no es algo uniforme, sino que va a depender, como lo determina el citado artículo 2, de la estructura institucional establecida por la Constitución de cada Estado: su sistema de autoridades, competencias y procedimientos.

4. Es por ello que el llamado control de convencionalidad (comprensivo no solo del texto de la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH) es

*[...] una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados<sup>1</sup>*

[Énfasis añadidos].

<sup>1</sup> Caso *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia 20 de marzo de 2013, párr. 72.

5. Hay marcos constitucionales diversos en el ámbito interamericano. Unos son más permeables que otros a la incorporación de estándares convencionales en el derecho interno. En el caso de los menos permeables, la incorporación de algunos de esos estándares requieren de procedimientos especialmente agravados como la reforma constitucional, los que han sido ordenados en determinados casos por la Corte IDH<sup>2</sup>.

6. En el caso de nuestra República, el contenido constitucional está vertebrado por un **tejido axiológico (de principios, fines y valores de justicia)** que subyace al mero documento constitucional —compuesto por 444 artículos y varias disposiciones complementarias—, aunque, al mismo tiempo, lo trasciende; de ahí que nuestra Constitución conceda supremacía constitucional, no solo a los principios, fines y valores cardinales que se contienen en ella, sino también a los incorporados en “*los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución*” (art. 424), así como a “*los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento*”, aunque no estén consagrados en documento autoritativo alguno (art. 11.7). Aquel tejido axiológico, por consiguiente, hace del Ecuador un Estado “de derechos” y “de justicia”, como didácticamente lo explicita el artículo 1 de nuestra Carta Suprema. Y es, también, aquel tejido axiológico constitucional el que da sentido, unidad y cohesión al llamado “bloque de constitucionalidad”; el que no se comprendería a cabalidad si la Constitución se redujese al mero texto dictado por la autoridad constituyente.

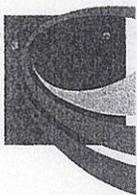
7. Por estas particularidades normativas, en Ecuador, la referida permeabilidad es plena: todo lo “convencional” es “constitucional”; por lo que el control de convencionalidad no es sino parte del control de constitucionalidad.

8. Ahora bien, lo anterior no implica, ni lógica ni jurídicamente, que en Ecuador todos los órganos del Estado sean igualmente competentes para controlar la constitucionalidad y, por ende, la convencionalidad. (Sobre esta última, como se vio, son claros el artículo 2 de la CADH y la citada jurisprudencia de la Corte IDH).

9. Contrariamente a lo que sostiene el voto de mayoría (párrs. 219 a 221), la Corte Constitucional no es un “órgano con potestad normativa” en los términos del artículo 84 de la Constitución: la Corte no **prescribe** (o, como dice el voto, “expide”) normas jurídicas, lo que hace es **interpretarlas**. La distinción entre ambas cosas es la misma que hay entre *ley* y *precedente* en cuanto fuentes de Derecho. No cabe confundir ambas categorías. Por tanto, ese artículo no concede competencia a la Corte para “adecuar” el ordenamiento jurídico interno

---

<sup>2</sup> Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrs. 72 y 103.4. Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 11 de marzo de 2005, párr. 133.



al derecho interamericano. Ella es competente, simple y llanamente, para interpretar la Constitución en su conjunto (incluido el bloque de constitucionalidad) y “aplicar” los derechos fundamentales ya contenidos en ella.

10. Ciertamente, los artículos 11.3 y 426 de la Constitución prescriben:

[Constitución] Art. 11.- [...]

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

[Constitución] Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Pero no es menos cierto que, en cambio, el artículo 428 de la Constitución preceptúa:

[Constitución] Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente.

11. Si nos limitásemos a leer estos preceptos en su literalidad, es decir, si adoptásemos un enfoque formalista de la interpretación constitucional, nos veríamos frente a una antinomia constitucional insuperable, atribuible a un aparente defecto en la redacción del texto constitucional.

12. Sin embargo, si lo examinamos desde la perspectiva —ya referida— de que la Constitución constituye, no solo un documento expedido por la autoridad constituyente, sino un tejido axiológico de principios, fines y valores, observamos que la aparente incompatibilidad mutua entre los textos transcritos refleja una tensión al interior del antedicho tejido axiológico, propia de todo

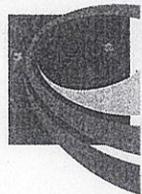
Estado constitucional: cuando una autoridad pública debe tomar una decisión, en ocasiones se ve en medio de dos fuertes exigencias contrapuestas entre sí: por un lado, (i) la de atender a **razones sustantivas**: principios, fines y valores relativos, sobre todo, a derechos fundamentales; y por otro, (ii) la de atender a **razones institucionales**: principios, fines y valores como la democracia, la seguridad jurídica o el imperio de la ley. Estas últimas razones, entonces, responden a que en el Derecho hay que, *prima facie*, respetar los dictados de la autoridad, lo que no significa, obviamente, ignorar la pretensión de justicia, también esencial en la práctica jurídica.

13. El peso de las razones de uno y otro tipo van a variar dependiendo del caso. Cuando las razones sustantivas son muy superiores a las institucionales, como, por ejemplo, cuando existen *reglas* constitucionales perentorias en que dichas razones se concretan, cabe perfectamente la aplicación directa de dichas *reglas* incluso por parte de las autoridades administrativas. Si, por ejemplo, a una autoridad penitenciaria le es entregada una persona “*sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente*” y no se trata de un delito flagrante, dicha autoridad tiene la obligación de aplicar de manera directa el artículo 77.2 de la Constitución y de negarse a admitir a esa persona en el respectivo centro de privación de libertad, aunque existiera un reglamento que le obligase a lo contrario. Esto es así porque hay una *regla* constitucional que perentoriamente establece lo que la autoridad tiene que hacer en aquel supuesto de hecho.

14. Pero, en la medida en que varíe el balance de razones sustantivas e institucionales, variará también la **competencia material** de los órganos del Estado para la aplicación directa de la Constitución; cuya determinación puede ser compleja, como se ve, en materia de control de constitucionalidad (no se trata de establecer si el Registro Civil tiene *competencia* para casar, sino de si la tiene para *casar a parejas del mismo sexo*). Según cómo varíe el indicado balance de razones, la competencia para aplicar directamente la Constitución (y, por tanto, los instrumentos internacionales de derechos humanos) quedará atribuida: o solamente a la Corte Constitucional; o también a la Corte Nacional; o también a los órganos judiciales comunes. De manera que si alguna de las autoridades públicas mencionadas, por fuera de esos límites, aplicara directamente la Constitución incurriría en **activismo judicial** o, lo que es peor, en **activismo administrativo**.

15. En el caso bajo examen, tanto el Registro Civil, Identificación y Cedulación como los órganos judiciales que conocieron la acción de protección en que se originó esta consulta de norma estaban vedados competencialmente para autorizar el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, principalmente por dos razones:

15.1. Los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles claramente prescriben que las parejas del mismo sexo no tienen el poder jurídico de contraer matrimonio. Lo que genera para las referidas autoridades la obligación de deferir a la ley, a su presunción de



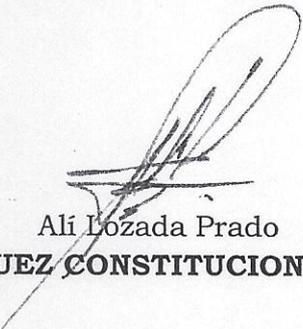
constitucionalidad, respaldada por la democracia, la seguridad jurídica y el imperio de la ley.

15.2. Todavía más, la señalada presunción de constitucionalidad tiene apoyo —al menos aparente— en el art. 67 de la Constitución: la inconstitucionalidad de la ley no es algo obvio, lo que se manifiesta en la votación dividida que ha tenido la Corte Constitucional en este caso.

16. De ahí que se explica que el tribunal de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Pichincha formulara a la Corte la presente consulta de norma, en aplicación del artículo 428 de la Constitución.

17. En consecuencia, las autoridades administrativas y judiciales concernidas se encontraban frente a un obstáculo institucional: los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles.

18. Finalmente, para arribar a la decisión del voto de mayoría, es preciso que la Corte concluya —como este voto concurrente lo hace— que dichas disposiciones legales son, en el caso concreto, inaplicables, por cuanto el derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio forma parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano en virtud de la OC-24; cuya observancia le está impuesta a la Corte Constitucional, no solo porque la misma Corte IDH ha establecido la obligación de tener en cuenta, como parte del control de convencionalidad, su propia “jurisprudencia”<sup>3</sup>, y sus propios “precedentes o lineamientos”<sup>4</sup>, sino también por estas tres razones: (i) porque la Corte IDH es la intérprete última de la CADH, de acuerdo con el artículo 62.2 de esta; (ii) porque dicha Corte tiene la exigencia racional de universalizar hacia el futuro sus *ratios decidendi*, es decir, las consideraciones en que fundamenta sus actos jurisdiccionales, de manera que podría apartarse de ellas en lo venidero solamente si aporta razones suficientes para hacerlo; y (iii) porque la Corte IDH es el órgano jurisdiccional competente para establecer la responsabilidad de un Estado Parte por la violación de la CADH, de acuerdo con el artículo 63.1 de esta.



Ali Lozada Prado  
**JUEZ CONSTITUCIONAL**

<sup>3</sup> Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

<sup>4</sup> Caso *Gelman vs. Uruguay*, *ibíd.*, párr. 69.



Faint, illegible text or markings are visible along the bottom edge of the page, possibly representing a footer or bleed-through from the reverse side.

**RAZÓN:** Siento por tal, que el día de hoy 26 de junio de 2019, se remitió a Secretaría General el voto concurrente suscrito por el juez constitucional Alí Lozada Prado, dentro de la causa N.º 11-18-CN; sin embargo, se deja constancia que la sentencia emitida por el Pleno del Organismo, dentro del caso en mención, fue notificada a las partes procesales el 13 de junio de 2019, conforme consta en los documentos que obran del proceso.- Lo certifico.- Quito, 26 de junio de 2019.-



Aida García Berni  
**SECRETARIA GENERAL**

