

Quito, D. M., 13 de julio de 2020.

Caso N° 1221-13-EP

Voto concurrente del juez Alí Lozada Prado

1. Formulo este voto concurrente porque, si bien estoy de acuerdo con la decisión contenida en la sentencia, discrepo con algunos elementos de su justificación. Las razones de mi discrepancia, que se expusieron en las deliberaciones del Pleno de la Corte Constitucional, se sintetizan a continuación.

2. La demanda de acción extraordinaria de protección alegó la vulneración del derecho a la libertad de expresión de los accionantes. Para fundamentar tal imputación, se afirmó, en síntesis, lo siguiente:

2.1. Que las bases de la quincuagésima segunda edición del certamen nacional de pintura, Salón de Julio – Fundación de Guayaquil, establecían un régimen de censura previa, al incluir lo siguiente: *“No se aceptarán propuestas que presenten lenguaje y/o gráficos sexualmente explícitos”*.

2.2. Que, en el caso, no concurrirían los requisitos excepcionales que habilitan la censura previa, de conformidad al artículo 13.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el fin de proteger a la infancia y adolescencia y su regulación en una norma de rango legal.

2.3. Que se incumple con el único fin legítimo de la censura previa (protección de la infancia y adolescencia) por lo genérico de la regla establecida en las bases, pues no considera medidas de tiempo, lugar y modo referidas exclusivamente a niños y adolescentes. Y, además, porque existirían medidas congruentes con el fin de protección a niños y adolescentes y que no lesionarían otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, el uso de mamparas que separen ambientes en el museo en el que se exhiben las obras (se mencionan dos ocasiones en las que estas se habrían empleado previamente), ambiente al que no podrían acceder niños o adolescentes, o al que podrían ingresar acompañados con un adulto y recibiendo la información pertinente, o en el que se podría incluir una advertencia sobre el tipo de obras que se exhiben.

2.4. Que, por otro lado, los accionantes consideran que también se incumplió el segundo requisito pues las condiciones para aplicar la censura no se contienen en una norma con jerarquía de ley. Para justificar tal afirmación, los accionantes examinan las definiciones de ley y señalan que no existen reglas sobre la censura en el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (ni en el reglamento orgánico funcional del municipio o en la ordenanza de creación de la Dirección de Cultura y Promoción Cívica Municipal). Además, se refieren al razonamiento del tribunal de apelación de la acción de protección para refutar que la censura esté autorizada por el artículo 54.q del mencionado código, que establece el deber de las municipalidades de promover y patrocinar las artes.

- 2.5. Que existían alternativas menos gravosas a la disposición de las bases del concurso y cita un extracto de la sentencia de apelación de la acción de protección en la que compara las propuestas sexualmente explícitas con obras cuyo tamaño exceden los límites físicos del lugar de exhibición.
3. De la relación precedente se establece que la mayoría de las alegaciones de los accionantes cuestionan la actuación de la Municipalidad de Guayaquil, a la que imputan la vulneración de su derecho a la libertad de expresión por practicar una censura previa.
4. Las dos únicas referencias a la sentencia formalmente impugnada, la de apelación de la acción de protección, son las reseñadas en las partes finales de los numerales 2.4. y 2.5. *supra*.
- 4.1. La primera no es una imputación de vulneración de un derecho fundamental cometido por la sentencia, sino un argumento para sostener que la censura no se estableció en una norma de rango legal, lo que, a su vez, se utiliza como razón para afirmar que las bases del concurso (establecidas por la municipalidad, y no directamente por la sentencia dictada por el tribunal de origen) vulneraron los derechos de los accionantes a la libertad de expresión. Por lo tanto, esta mención a la sentencia no otorga ninguna razón que pueda examinarse para estimar las pretensiones de la demanda.
- 4.2. La segunda mención sí es una aseveración que puede interpretarse como una alegación de que la sentencia de apelación vulneró un derecho constitucional y puede resumirse así: la sentencia de apelación vulneró el derecho a la libertad de expresión al comparar obras sexualmente implícitas con las excesivamente grandes, en relación al lugar de exhibición. Evidentemente, sin embargo, esta alegación no puede prosperar por inconexa: nada relaciona directamente el símil empleado en la sentencia con una eventual vulneración del derecho a la libertad de expresión.
5. Independientemente de lo afirmado hasta ahora, habría que explorar otra posibilidad para que la demanda pueda prosperar: el uso del principio *iura novit curia* (establecido en el artículo 4.13 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional), es decir, la aplicación a los hechos mencionados por los accionantes de normas jurídicas no invocadas por ellos.
- 5.1. En esta línea, podría explorarse la posibilidad de que los hechos alegados constituyan una vulneración del derecho a la tutela judicial, vulneración que debe descartarse si se considera que los accionantes ejercieron su derecho de acción, actuaron en todo el proceso e, inclusive, impugnaron la sentencia de primera instancia, además de observar que el derecho a la tutela judicial no implica, ni la obtención de una sentencia jurídicamente correcta (de lo contrario, este derecho abarcaría a todos los demás), ni –menos todavía– la obtención de una sentencia favorable a las pretensiones de los accionantes.
- 5.2. La otra alternativa que se debe examinar es una eventual vulneración del derecho a la motivación, pero el cuestionamiento de la comparación empleada en la sentencia –entre las propuestas sexualmente explícitas con obras cuyo tamaño exceden los límites físicos del lugar de exhibición– no alega la inexistencia de un

elemento constitucionalmente necesario para entender a la sentencia como motivada, es decir, no se acusa a la motivación de *insuficiente*, sino de *incorrecta*. Y, como lo ha dicho esta Corte:

28. Al analizar la motivación de una sentencia, no es labor de la Corte Constitucional entrar a valorar el mérito de las razones jurídicas expuestas en la misma. En este punto, se observa que los argumentos desarrollados por los accionantes respecto a este cargo, no están dirigidos a demostrar una supuesta falta de motivación, sino a plantear los argumentos que consideran sostienen su tesis respecto a que la bonificación complementaria era un beneficio prescriptible. [Sentencia N° 1892-13-EP/19]

19.2. También se debe descartar que el examen del cumplimiento de la garantía constitucional de motivación permita a esta Corte verificar la corrección de la motivación de la providencia impugnada. Si bien tal motivación puede adolecer de incorrecciones o imperfecciones, la labor de esta Corte se debe limitar, en este caso (en atención a los cargos formulados), a establecer el cumplimiento o no de los elementos mínimos de la garantía de motivación, a la luz de la Constitución. De lo contrario, cualquier vulneración de una norma jurídica sería también una vulneración de la garantía de la motivación. [Sentencia 1442-13-EP/20]

6. La conclusión de lo afirmado en los párrafos 4 a 6 *supra* es que las referencias y los cargos contenidos en la demanda no permiten declarar la vulneración de derechos constitucionales en la sentencia de apelación de la acción de protección.

7. Como se señaló previamente (párrafo 3 *supra*), la mayoría de las alegaciones de los accionantes imputan a la Municipalidad de Guayaquil el haber censurado obras artísticas. Sin embargo, de conformidad a los artículos 94 y 437 de la Constitución y 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el fin de la acción extraordinaria de protección es el determinar vulneraciones a los derechos fundamentales en ciertas actuaciones judiciales. En el caso, entonces, existe la siguiente incongruencia: los accionantes cuestionan, fundamentalmente, una actuación administrativa (del Municipio de Guayaquil), pero el fin específico de la acción extraordinaria de protección es el control de la actuación judicial (por la vulneración de derechos fundamentales).

8. A diferencia de la acción extraordinaria de protección, la competencia de la Corte Constitucional que sí le habilita a examinar la vulneración de un derecho fundamental producida en una actuación administrativa y alegada en una acción de protección (en este caso; en general, en las garantías jurisdiccionales de derechos fundamentales) es la de **revisión**, prevista en los artículos 436.6 de la Constitución y 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Si en toda acción extraordinaria de protección, la Corte podría *revisar* las decisiones de mérito adoptadas en procesos relativos a garantías constitucionales, la acción extraordinaria de protección pasaría a ser una tercera instancia.

9. Además, jurisprudencialmente (en la sentencia No 176-14-EP/19), la Corte Constitucional habilitó otra forma, de carácter excepcional, que permite examinar las vulneraciones a las que se refiere el párrafo anterior: el control de mérito en la acción extraordinaria de protección. Esta excepcionalidad se concreta en la concurrencia de los siguientes cuatro requisitos para su procedencia:

55. Considerando lo anterior y que esta Corte es el máximo Organismo de administración de justicia constitucional, encargado de enmendar las vulneraciones de derechos puestas

a su conocimiento, excepcionalmente y de oficio podría revisar lo decidido en el proceso originario de una garantía jurisdiccional, es decir, realizar un control de méritos, cuando se cumplan los siguientes presupuestos: (i) que la autoridad judicial inferior haya violado el debido proceso u otros derechos de las partes en el fallo impugnado o durante la prosecución del juicio, lo cual es propio del objeto de la acción extraordinaria de protección; (ii) que prima facie, los hechos que dieron lugar al proceso originario puedan constituir una vulneración de derechos que no fueron tutelados por la autoridad judicial inferior; y, (iii) que el caso no haya sido seleccionado por esta Corte para su revisión.

56. Adicionalmente, como la ampliación del ámbito de actuación de la Corte en la acción extraordinaria de protección es excepcional, debe tenerse como cuarto presupuesto para el control de méritos que el caso al menos cumpla con uno de los criterios que a continuación se indican: gravedad del asunto, novedad del caso, relevancia nacional o la inobservancia de precedentes establecidos por este Organismo [las notas al pie de página han sido excluidas de la cita].

10. Para mí, es evidente que el caso es relevante, es decir, cumple el cuarto los citados presupuestos, tanto por su novedad, en relación a los precedentes de esta Corte (sobre el derecho a la libertad de expresión), como por su trascendencia, considerando la periodicidad e importancia del evento en que se originó la controversia.

11. Inclusive, a primera vista, se pueden identificar algunas incorrecciones en la sentencia, como el esquema empleado en su considerando quinto para verificar la procedencia de la acción, más propio de una anacrónica acción de amparo que de una acción de protección, mismo que se cita a continuación: “[...] a) *Que exista un acto u omisión ilegítimo de autoridad pública no judicial; b) Que el acto u omisión viole uno o más de los derechos contenidos en la Constitución o instrumentos internacional [sic] de protección de derechos humanos vigente; y, c) Que haya ocasionado un daño grave o irreparable [...]”*.

12. Sin embargo, según se estableció en el párrafo 7 *supra*, los cargos de la demanda de acción extraordinaria de protección no permiten que la Corte Constitucional declare una vulneración de derechos en la sentencia impugnada y, por lo tanto, se incumple el primero de los requisitos para realizar el control de mérito.

13. En el caso, la consideración previa impide que la Corte reexamine el fondo del asunto discutido en la acción de protección. Al respecto, se debe considerar que los principios constitucionales no son solo los sustantivos o materiales sino también los formales: la dimensión institucional del derecho implica la articulación de procedimientos para otorgar un mínimo de certeza a las personas para organizar en torno a ellas sus acciones y proyectos, es decir, ejercer su autonomía.

14. Para que el sistema procesal pueda otorgar este mínimo de certeza debe fijar límites para resolver una controversia: esta debe acotarse dentro de límites materiales, personales, espaciales y temporales. En nuestro sistema procesal, la procedencia de una acción extraordinaria de protección es excepcional y, dentro de esta acción, el control de mérito es, nuevamente, de excepción, por lo que no cabe reexaminar una causa cuando no se cumplen sus requisitos. En el caso, si no se satisfizo la primera de las condiciones para realizar un control de mérito, este, simplemente, no puede efectuarse, aunque mis convicciones constitucionalistas me hagan apreciar la innegable relevancia de la controversia del conflicto envuelto en la acción de protección de origen.



15. La justicia es, por imperativo constitucional (art. 1), algo que esta Corte debe buscar siempre. Sin embargo, esa es una justicia juridificada, es decir, la búsqueda de esa justicia debe hacerse a través, y no al margen, del Derecho.

16. Considero que las razones expuestas son las que debían determinar la improcedencia del control de mérito y, en consecuencia, la desestimación de las pretensiones de la acción extraordinaria de protección en este caso.

Alí Lozada Prado
JUEZ CONSTITUCIONAL