

Caso 12.743
Homero Flor Freire
Ecuador
Observaciones finales escritas

INTRODUCCIÓN

1. El señor Homero Flor Freire pertenecía a la Fuerza Terrestre ecuatoriana desde 1992 y para el año 2001 había alcanzado el grado Teniente en dicha entidad. En noviembre de 2000 se le inició un proceso denominado "de información sumaria" ante el Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar, por supuestas relaciones sexuales con otro miembro de la institución militar de su mismo sexo. El 17 de enero de 2001 este Juzgado estableció la responsabilidad disciplinaria del señor Flor Freire por "mala conducta profesional", específicamente, por la supuesta ocurrencia de "actos de homosexualismo" prohibidos por el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar. Esta determinación llevó a que finalmente se le diera de baja de la Fuerza Terrestre ecuatoriana. El referido Reglamento establecía la mayor sanción - la baja del cargo - por "actos de homosexualismo" mientras que otras disposiciones establecían sanciones menos severas por "actos sexuales ilegítimos".

2. En su informe de fondo la Comisión determinó que la sanción impuesta al señor Flor Freire constituyó una discriminación con base en su orientación sexual percibida. Específicamente, la Comisión determinó que aunque la disciplina militar y otros fines invocados por el Estado son fines legítimos, no existe relación objetiva de idoneidad entre la sanción y los referidos fines. Por el contrario, considerar que una orientación sexual homosexual es *per se* contraria a dichos fines, constituye más bien un reflejo de los estereotipos discriminatorios e infundados históricamente asignados a este grupo social. Con base en lo anterior, la Comisión concluyó que el Estado violó el principio de igualdad y no discriminación establecido en los artículos 1.1 y 24 de la Convención. Asimismo, al tratarse de una norma incompatible con la Convención, la Comisión determinó que el Estado incumplió la obligación establecida en el artículo 2 de la Convención.

3. La Comisión también estableció la violación al principio de imparcialidad por la autoridad que conoció el procedimiento disciplinario, así como el incumplimiento de la garantía de motivación en las etapas posteriores del mismo, en violación del artículo 8.1 de la Convención. Homero Flor Freire interpuso los recursos disponibles en el marco del propio proceso disciplinario, así como recurso de amparo constitucional. Todos los recursos fueron declarados improcedentes y el señor Flor Freire no contó con una respuesta motivada sobre la discriminación y las violaciones al debido proceso cometidas en su contra, lo que constituyó una violación del artículo 25 de la Convención Americana.

4. La Comisión reitera que además de la obtención de justicia a favor del señor Flor Freire, el presente caso permitirá a la Corte Interamericana podrá dar aplicación concreta a los parámetros generales fijados en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, específicamente en cuanto a la temática del ejercicio del poder punitivo del Estado respecto de actos sexuales consensuados entre personas del mismo sexo. Como indicó la Comisión en la apertura de la audiencia pública celebrada en el presente caso, el mismo le ofrece a la Corte Interamericana la oportunidad de enviar un claro mensaje a los Estados del hemisferio sobre la inconventionalidad de todo tratamiento diferenciado en el ámbito disciplinario militar, de actos sexuales entre personas del mismo sexo frente a actos

sexuales heterosexuales. Asimismo y tomando en cuenta que Homero Flor Freire ha sostenido sistemáticamente que no tuvo relaciones sexuales con una persona del mismo sexo y que no se autoidentifica como una persona homosexual, la Corte Interamericana también podrá pronunciarse sobre el concepto de “orientación sexual percibida” y la discriminación derivada de la misma.

5. La Comisión formulará sus observaciones finales en el siguiente orden: i) Cuestión previa sobre la defensa del Estado ecuatoriano; ii) La violación del principio de igualdad y no discriminación en perjuicio de Homero Flor Freire; iii) La violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial; y iv) Consideración sobre las reparaciones. En cuanto a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado ecuatoriano, la Comisión reitera en todos sus términos su escrito de 29 de julio de 2015, así como las observaciones formuladas durante la audiencia pública.

1) Cuestión previa sobre la defensa del Estado ecuatoriano

6. Antes de formular las observaciones finales en cuanto a las violaciones concretas a la Convención Americana establecidas en el informe de fondo, la Comisión considera pertinente pronunciarse sobre la defensa general planteada por el Estado ecuatoriano tanto en su escrito de contestación como en la audiencia pública. Al respecto, la Comisión observa que si bien el Estado argumentó que no violó las disposiciones invocadas en el informe de fondo y en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas del representante de la víctima, dicho argumento no se basó en un análisis de la situación violatoria consumada al momento de la imposición de la sanción, sino en hechos que tuvieron lugar años después.

7. Específicamente, el Estado planteó que en el año 2008 se derogó la norma del Reglamento de Disciplina Militar con base en la cual se sancionó al señor Flor Freire. Según el argumento estatal, conforme al principio de “desarrollo progresivo”, debido a dicha reforma, no es posible que la Corte Interamericana establezca la responsabilidad internacional del Estado.

8. Al respecto, la Comisión recuerda que la noción de desarrollo progresivo se encuentra referida en el artículo 26 de la Convención Americana relativo a los derechos económicos, sociales y culturales. Sin entrar a profundizar sobre el alcance y contenido de dicho artículo por no resultar pertinente, la Comisión destaca que el principio de igualdad y no discriminación, violado en el presente caso, es en su integridad de aplicación inmediata. En ese sentido, desde la ratificación de la Convención Americana, el Estado ecuatoriano estaba obligado por los artículos 24 y 1.1 de dicho instrumento a abstenerse de cualquier forma de discriminación incompatible con dicho instrumento.

9. Tomando en cuenta que la defensa del Estado ecuatoriano descansa en parte muy significativa en este argumento, la Comisión considera importante que la Corte establezca claramente en su Sentencia que el concepto de desarrollo progresivo no resulta aplicable a casos de violación al principio de igualdad y no discriminación en general y, en particular, al presente caso.

10. La Comisión reconoce y valora positivamente los avances del marco normativo informados por el Estado ecuatoriano. Sin embargo, en el sistema de peticiones y casos individuales, lo determinante es el análisis de la situación vigente al momento en que ocurrieron los hechos, pues como ha dicho la Corte Interamericana, la responsabilidad internacional del Estado se genera con el ilícito internacional a él atribuido. La Comisión reitera su posición sostenida en otros casos en los cuales los Estados han planteado argumentos similares en el sentido de que ello no significa que posibles desarrollos legislativos o de otra índole carezcan de relevancia. La Comisión

considera que si bien estos desarrollos no eliminan retroactivamente la responsabilidad internacional ya consumada, sí resultan relevantes en el marco del sistema de peticiones y casos, pero únicamente para efectos de las reparaciones. En el presente caso, por la naturaleza de los desarrollos invocados por el Estado ecuatoriano – la modificación del Reglamento – dicha información resulta relevante a efectos del componente de no repetición de dichas reparaciones.

2) La violación del principio de igualdad y no discriminación

11. Como ha quedado establecido, el señor Flor Freire fue dado de baja de la Fuerza Terrestre ecuatoriana como consecuencia de una sanción impuesta en un proceso disciplinario por supuestamente haber sostenido relaciones sexuales con una persona del mismo sexo. La sanción impuesta se basó en el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar que, como se ha indicado reiteradamente, sancionaba los “actos de homosexualismo” con la baja del servicio, mientras que otros actos sexuales tenían como consecuencia sanciones más leves.

12. En el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, la Corte Interamericana se pronunció por primera vez sobre un supuesto de discriminación con base en la orientación sexual. En lo relevante para el análisis del presente caso, la Comisión recuerda que en dicho caso la Corte Interamericana estableció, en primer lugar, que la orientación sexual y la identidad de género constituyen criterios prohibidos de distinción dentro del concepto “otra condición social” bajo el artículo 1.1 de la Convención. Asimismo, la Corte Interamericana estableció que cuando la orientación sexual y la identidad de género es el criterio de distinción, la actuación estatal debe ser analizada bajo un escrutinio estricto.

13. En términos metodológicos, esto implica que una vez la orientación sexual aparece explícita o implícitamente como un elemento con base en el cual tuvo lugar una distinción o exclusión, surge una presunción de incompatibilidad con la Convención Americana cuya carga de desvirtuar mediante argumentos de “mucho peso”, recae totalmente sobre el Estado concernido. En ese sentido, corresponde al Estado demostrar, bajo dicho escrutinio estricto, cada uno de los elementos del juicio de proporcionalidad utilizado por la Corte en casos de igualdad y restricciones en el ejercicio de los derechos, a saber: fin legítimo; idoneidad; necesidad; y proporcionalidad en sentido estricto.

14. Precisamente este fue el análisis que hizo la Comisión en su informe de fondo, con un elemento adicional y que se relaciona con que la víctima del presente caso ha sido enfática en expresar que no cometió los actos que se le imputaron y que no se autoidentifica como una persona homosexual.

15. Sobre este punto, la Comisión recuerda que en el caso *Perozo y otros vs. Venezuela*, al referirse al principio de igualdad y no discriminación, la Corte Interamericana indicó que:

Es posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima. (Párr. 380).

16. En respuesta a las preguntas formuladas por la Honorable Corte sobre la utilidad de tomar en cuenta la noción de orientación sexual percibida en el presente caso, la Comisión destaca que la misma es invocada con el objetivo de que la Corte Interamericana establezca que siempre que en el ejercicio de poder público aparezca implícita o explícitamente un criterio de

discriminación prohibido por la Convención Americana que no se justifica debidamente a la luz del juicio de proporcionalidad ya mencionado, siempre se deberá considerar como una violación al principio de igualdad y no discriminación, independientemente de si el criterio discriminatorio corresponde a la condición o identidad de la víctima, o se trata de una percepción que no corresponde a la realidad como ocurre en el presente caso.

17. Ahora bien, en aplicación del juicio de proporcionalidad al presente caso la Comisión determinó, en primer lugar, que la sanción de baja impuesta a Homero Flor Freire por supuestos “actos de homosexualismo” basados en el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar que sancionaba más severamente actos homosexuales respecto de actos heterosexuales, constituyeron una diferencia de trato con base en su orientación sexual percibida.

18. Establecida la diferencia de trato, la Comisión pasó a analizar si la misma perseguía un fin legítimo. Para ello, la Comisión tomó en consideración los contenidos de la decisión de 17 de enero de 2001 mediante la cual se estableció la existencia de responsabilidad disciplinaria por mala conducta. Para justificar la sanción de “actos de homosexualismo” en dicha decisión se invocaron valores tales como “el honor”, “la dignidad”, “la disciplina” y “el culto al civismo”. La Comisión consideró que el mantenimiento del orden y la disciplina en el ámbito militar constituyen fines legítimos a ser perseguidos por los Estados.

19. Sin embargo, al evaluar el requisito de idoneidad, esto es, la relación de causalidad entre el fin perseguido y la diferencia de trato materializada en la sanción de actos sexuales entre personas del mismo sexo, la Comisión determinó que no existen elementos objetivos que permitan considerar que la ocurrencia de estos actos sexuales afecten el logro de la disciplina militar en mayor medida que la ocurrencia de actos sexuales heretosexuales.

20. Tomando en cuenta la jurisprudencia reiterada de la Corte Europea en una serie de casos como *Perkins y R v. Reino Unido* y *Smith and Grady vs. Reino Unido*, la Comisión determinó que la supuesta amenaza de la homosexualidad para fines como el orden y la disciplina militar, no tiene asidero en razones objetivas sino que se basa en concepciones estereotipadas sobre las personas homosexuales. La Comisión consideró que aceptar, sin elementos objetivos, que las normas que sancionan más severamente los actos sexuales homosexuales están justificadas para preservar la disciplina militar, implicaría adscribir un valor moral negativo al acto sexual entre personas del mismo sexo y contribuiría a perpetuar la estigmatización de las personas gays, lesbianas y bisexuales.

21. Con base en lo anterior, la Comisión determinó que la diferencia de trato con base en supuestos actos sexuales homosexuales que dieron lugar a la aplicación del artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, fue violatoria del principio de igualdad y no discriminación establecido en los artículos 24 y 1.1 de la Convención Americana pues si bien persiguió un fin legítimo en abstracto, no existió relación objetiva de idoneidad entre la sanción más severa de actos homosexuales y la disciplina militar. En consecuencia, la Comisión considera que no resulta necesario continuar con el análisis de los demás elementos del juicio de proporcionalidad.

22. Finalmente, y con independencia de que en el año 2008 se derogó la referida norma, mientras estuvo vigente el Estado ecuatoriano incumplió con la obligación de adecuar el derecho interno derivada del artículo 2 de la Convención Americana.

4) La violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial

23. En su informe de fondo la Comisión encontró esencialmente tres violaciones de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial, las cuales se recapitulan a continuación.

24. En primer lugar, la Comisión determinó la violación a la garantía de imparcialidad establecida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, tomando en cuenta que quien actuó como Juez de Derecho del proceso de información sumaria y, consecuentemente, determinó la responsabilidad disciplinaria del señor Flor Freire, también era su superior jerárquico. La Comisión destacó además que, precisamente en su calidad de superior jerárquico, dicho funcionario ya había intervenido frente a la situación solicitándole al señor Flor Freire que entregara sus responsabilidades y la habitación a su cargo.

25. En segundo lugar, la Comisión encontró un incumplimiento del deber de motivación el cual, conforme a la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana, se encuentra incluido como una de las “debidas garantías” señaladas en el artículo 8.1 de la Convención Americana. Específicamente la Comisión se refirió al incumplimiento del deber de motivación en las decisiones de 5 de junio de 2001 y 18 de julio de 2001 del Consejo de Oficiales Subalternos y del Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Armada. La Comisión consideró que si bien ya el Juzgado de Derecho había establecido la responsabilidad disciplinaria, conforme al propio diseño del procedimiento, correspondía a estos dos Consejos determinar la sanción aplicable.

26. Sobre este punto, la Corte Interamericana indicó en el caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* que en materia disciplinaria, el deber de motivación incluye una fundamentación autónoma sobre “la determinación de la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción”. Como podrá verificar la Honorable Corte del contenido de estas decisiones, esta obligación de motivación autónoma fue incumplida en el presente caso.

27. Y en tercer lugar, la Comisión concluyó que las decisiones de primera y segunda instancia del recurso de amparo interpuesto por la víctima, no dieron respuesta a los planteamientos de fondo sobre la alegada violación de derechos fundamentales en el marco del proceso disciplinario, particularmente el principio de igualdad y no discriminación y ciertas garantías del debido proceso. En consecuencia, la Comisión consideró que el recurso de amparo no constituyó un mecanismo efectivo y, por lo tanto, se configuró una violación del artículo 25 de la Convención Americana.

5) Consideración sobre las reparaciones

28. En materia de reparaciones, la Comisión Interamericana solicita a la Corte que disponga las medidas de reparación integral que corresponden en el presente caso, incluyendo todos sus componentes – restitución, compensación, satisfacción, rehabilitación y no repetición – tomando en cuenta la información y prueba disponible, así como las solicitudes efectuadas por el representante de la víctima.

29. La Comisión desea referirse en particular a la medida de restitución solicitada por el señor Flor Freire a lo largo de todo el proceso interamericano y reiterada directamente por el durante su declaración en la audiencia pública.

30. La Comisión considera que dentro del concepto de reparación integral desarrollado ampliamente en la jurisprudencia de la Corte, la medida primigenia es la plena restitución que consiste en “el restablecimiento de la situación anterior” a la violación de derechos humanos, siempre que ello sea posible. A diferencia de la gran mayoría de los casos que conocen tanto la

Comisión como la Corte Interamericana, el presente caso es uno de aquellos en los cuales por la naturaleza de la violación y las circunstancias particulares de la víctima, es posible dicho restablecimiento. Más aún, el señor Flor Freire ha indicado que la reparación más importante para él es precisamente la relativa a la restitución de la situación anterior que, en el presente caso, implica necesariamente la reincorporación a su cargo.

31. La Comisión es consciente de que existen ciertas circunstancias objetivas que podrían hacer imposible la reincorporación de funcionarios separados del cargo de manera arbitraria. En efecto, en los casos relativos a jueces y juezas removidos de sus cargos, la Corte ha planteado la posibilidad de que por razones objetivas no proceda la reincorporación. En ese sentido, puede entenderse que la restitución – materializada en la reincorporación en este tipo de casos – sería la regla y que podrían existir excepciones a la misma. Sin embargo, dichas excepciones deben estar debidamente fundamentadas por el Estado. Aunque el Estado se refirió a la existencia de un riesgo a la seguridad nacional y presentó peritajes al respecto, toda esta argumentación es abstracta. Ni en las razones esbozadas por el Estado ni en el contenido de los peritajes presentados con relación a este punto, es posible identificar elementos que permitan llegar a la conclusión de que la reincorporación del señor Flor Freire en particular, podría constituir un riesgo para la seguridad nacional.

32. La Comisión destaca que existen precedentes de la Corte Interamericana conforme a los cuales frente a ejercicios arbitrarios y/o discriminatorios del poder punitivo del Estado, se ha ordenado “dejar sin efecto en todos sus extremos” las condenas con indicación expresa de que esto implica volver las cosas al estado anterior, por ejemplo en casos penales, disponer la libertad. Esto ocurrió por ejemplo en el caso *Norín Catriman y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile*, cuyas víctimas fueron procesadas y condenadas por terrorismo de manera discriminatoria. Al igual que en dicho caso, en el presente se trata del ejercicio discriminatorio del poder punitivo del Estado – aunque en materia disciplinaria – sin que la Comisión identifique razones para tratar de manera distinta la sanción discriminatoria impuesta al señor Flor Freire en lo relativo a la orden de volver las cosas al estado anterior.

33. Finalmente, la Comisión reitera la importancia del presente caso para el desarrollo de la jurisprudencia en materia de igualdad y no discriminación, específicamente por orientación sexual. La Honorable Corte tiene esta vez la oportunidad de efectuar su primer pronunciamiento sobre la inconveniencia del ejercicio discriminatorio del poder punitivo del Estado, específicamente con base en la orientación sexual. Asimismo, la Corte podrá fijar el estándar conforme al cual en el ámbito concreto de la disciplina militar, han operado históricamente una serie de estereotipos asociados a la homosexualidad cuando, en realidad, no existen razones objetivas para considerar que dicha orientación sexual o los actos sexuales entre personas del mismo sexo constituyen un riesgo mayor a los fines legítimos de dicha institución, en comparación con los actos sexuales heterosexuales.

Washington DC.
17 de marzo de 2016