

Oficio N° 05178

Quito, DM, 17 MAR 2016

Señor doctor
Roberto F. Caldas
Presidente
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Presente.

Señor Presidente:

El 16 de diciembre de 2015, la Presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la "Corte IDH") emitió una Resolución con relación al caso CDH-18-2014 *Ref: Flor Freire*, en el punto resolutivo No. 12, la Corte indicó:

"Informar al representante, al Estado y a la Comisión Interamericana que cuenta con un plazo hasta el 17 de marzo de 2016 para presentar sus alegatos finales escritos y observaciones finales escritas, respectivamente, en relación con las excepciones preliminares, eventuales fondo y reparaciones y costas. Este plazo es improrrogable."¹

En el mismo sentido, durante el desarrollo de la audiencia pública del caso, el señor Presidente del Tribunal indicó que las partes deberán presentar sus alegatos finales hasta el 17 de marzo del año en curso. Consecuentemente, y por ser el momento procesal oportuno, el Estado ecuatoriano (en adelante el "Estado" o "Ecuador") a continuación presenta sus alegatos finales con relación al caso Flor Freire. El presente documento se encuentra estructurado de la siguiente manera: **1)** Sobre la audiencia celebrada el 17 de febrero de 2016 ante la Corte IDH, **2)** Alegatos en torno a la excepción preliminar, eventual fondo, reparaciones y costas, **3)** Respuesta a los cuestionamientos planteados por los señores jueces en la audiencia, **4)** Aclaración jurídica en torno al proceso; y, **5)** Petitorio final.

1. Sobre la Audiencia Pública

El Estado ecuatoriano realizará una descripción de la audiencia celebrada el 17 de febrero de 2016, ante el Tribunal Interamericano, a través de lo cual, se evidenciará las imprecisiones presentadas tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "la CIDH" o "la Comisión") como por la presentación del señor Homero Flor (en adelante "el peticionario", "la presunta víctima" o "señor Flor"), y que deberá ser valorado por el Tribunal.

¹ Corte IDH. Resolución de la Presidencia de 16 de diciembre de 2015, punto resolutivo 12.

Λ [REDACTED]

05178

1.1. Sobre la presentación del caso por parte de la CIDH a la Corte IDH

El señor Francisco Eguiguren, Comisionado y Relator para casos de personas LGBTI, a nombre de la Comisión Interamericana, presentó el caso del señor Flor ante el Tribunal. En su exposición, indicó los hechos del caso y refirió, entre otras cosas, que la norma aplicada al señor Flor, es decir el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, vulnera los artículos 1.1, 2 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la CADH” o “la Convención”). Adicionalmente, el Comisionado dijo que se ha vulnerado el artículo 8.1 de la CADH, por falta de imparcialidad y motivación de resoluciones durante el juzgamiento en la justicia militar. Finalmente, el señor Eguiguren expresó que el peticionario presentó recursos ante la justicia militar y un amparo constitucional que culminó ante el Tribunal Constitucional ecuatoriano; sin embargo, afirmó que “nunca se produjo una motivación adecuada en la decisión respecto a sus alegaciones de trato discriminatorio y de violaciones al debido proceso”². Al respecto, el Estado, en la parte pertinente, analizará la inexistencia de violación a los artículos alegados por el representante de la Comisión, por otro lado, se hace notar al Tribunal que, el presente asunto tiene como sustento la baja de las Fuerzas Armadas de uno de sus miembros, por el cometimiento de una falta disciplinaria, y no una presunta discriminación por orientación sexual.

De otro lado, el Comisionado refirió que el Informe de Fondo del caso fue comunicado al Estado el 11 de diciembre de 2013, y que con la finalidad de que se dé cabal cumplimiento a las recomendaciones que éste contenía, se dieron sucesivas prórrogas; sin embargo, por discrepancias en el alcance de las reparaciones no se logró concretar el cumplimiento del informe y el caso pasó a conocimiento de éste Tribunal. Adicionalmente, manifestó que el 28 de julio de 2014, el Estado ecuatoriano realizó un acto de disculpas públicas, a favor de la presunta víctima a través de la develación de una placa, circunstancia que a su entender, confirmaría la responsabilidad estatal en torno a esta causa. Sin embargo, al amparo del derecho internacional, y según lo ha manifestado el Estado, a lo largo de éste proceso, el cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH únicamente demuestra actos de buena fe. La posición estatal ha sido respaldada por la Corte Interamericana en casos como Argüelles y otros vs. Argentina, en el cual el Tribunal indicó que **el desarrollo de medidas para implementar el cumplimiento de recomendaciones no puede ser entendido como un reconocimiento de responsabilidad internacional, sino como “un cumplimiento de buena fe de los propósitos de la Convención”**³. Consecuentemente, la alegación de la CIDH vinculada a una aceptación de responsabilidad por parte del Ecuador, carece de todo sustento y debe ser rechazada por el Tribunal.

² Intervención representante Comisión Interamericana, audiencia pública, 17 de febrero de 2016.

³ Corte IDH. Caso Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Párr. 56.

05178

Finalmente, el Comisionado indicó que la CIDH consideró pertinente someter el caso a la Corte, en primer lugar, para buscar justicia y una reparación integral para la víctima y; en segundo lugar, para que el Tribunal pueda aplicar los criterios establecidos en el caso Atala Riffó vs. Chile respecto al poder punitivo del Estado sobre actos sexuales consentidos entre personas del mismo sexo, y la aplicación de sanciones por homosexualidad dentro de los cuerpos militares, lo que constituye actos de discriminación; así mismo, solicitó al Tribunal desarrolle el concepto de orientación sexual percibida.

El Estado considera que lo requerido por el Comisionado es inapropiado, en virtud de que la CIDH intentó usar este caso para sustentar una supuesta discriminación por "orientación sexual percibida", concepto que a más de no contar con un sustento teórico, tampoco puede ser aplicado a la controversia, dado que a diferencia de la jurisprudencia mencionada, el caso del señor Homero Flor, únicamente se vincula a su separación de las Fuerzas Armadas.

1.2. Declaración del señor Homero Flor

El interrogatorio realizado por el Estado ecuatoriano al señor Flor, estuvo estructurado en tres bloques de preguntas. El primer bloque, refirió el conocimiento de las normas disciplinarias en Fuerzas Armadas. En este contexto, las preguntas que el Estado efectuó al señor Homero Flor permitieron a la Corte apreciar que cuando la presunta víctima se desempeñaba como oficial del ejército, conocía perfectamente la existencia de las normas de carácter reglamentario- disciplinario, que regulaban la organización jerárquico administrativa del Ejército del Ecuador. En este sentido, el representante del Estado preguntó al peticionario: ¿Conocía usted la existencia del Reglamento de Disciplina Militar, es eso cierto señor Flor?, ante lo cual respondió: "Así es"⁴.

Seguidamente el representante estatal preguntó: ¿Señor Flor sabía usted que no sancionar las faltas que cometen los subordinados constituía una falta grave? La respuesta del señor Flor Freire fue: "Así es, está dentro del Reglamento Militar"⁵. Posteriormente, el Estado consultó al señor Flore Freire, respecto a los hechos del caso, en cuanto a la obligación de sancionar e informar a un superior con esta pregunta: "le consultamos sobre si ¿su obligación era sancionar e informar del hecho al superior correspondiente, era eso cierto?" La respuesta fue: "Por supuesto y en el momento que se dieron los hechos no había oficial superior en ese rato"⁶.

Sobre las preguntas citadas, el señor Flor reconoció que el no sancionar faltas de los subordinados constituía una falta considerada grave, asunto jurídico

⁴ Intervención Homero Flor Freire, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

05178

relevante, ya que siendo oficial encargado de velar por el cumplimiento de la disciplina de toda la base militar, su deber fue incumplido al no reportar a sus superiores la conducta inadecuada del soldado Ramos, que la noche de los hechos bebió en demasía. Por lo tanto, según el artículo 51 (b) del Reglamento de Disciplina Militar vigente, el procedimiento de disciplina adecuado era reportar a sus superiores tal situación, y no conducir al soldado en avanzado estado etílico a los dormitorios de oficiales.

En relación a la calificación de ascensos para oficiales, el representante del Estado preguntó al peticionario: "¿Sabía usted también que para calificar los méritos en el ascenso, la disciplina militar constituía un elemento primordial?", a lo que el señor Homero Flor respondió: "Por supuesto que sí"⁷. Esta pregunta es un factor determinante para el Estado, mismo que será analizado más adelante.

En cuanto al proceso disciplinario, el representante estatal se dirigió al señor Flor Freire con preguntas relativas a su defensa legal, dentro del proceso disciplinario, que en su respuesta evidenció que no se había vulnerado el derecho a la defensa, puesto que el señor Flor Freire no sólo identificó al abogado a cargo de su patrocinio, sino que además, reconoció que recibió las notificaciones del proceso disciplinario, obró pruebas y accionó recursos de las resoluciones administrativas. Consecuentemente, quedan sin sustento las alegaciones de violación de debido proceso invocadas ante el Sistema Interamericano.

Un segundo bloque de preguntas efectuadas por el Estado, se refirió a supuestos daños alegados en el proceso. Dentro de este contexto, el Estado preguntó al señor Flor Freire: "Señor Flor usted nos ha dicho en el testimonio que ha rendido ante esta Corte, que uno de los daños que se la ha ocasionado estuvo relacionado con su divorcio ¿eso es correcto?", a lo que respondió afirmativamente.

Posteriormente, al consultarle sobre el proceso judicial de divorcio, el señor Flor contestó que la causal litigiosa fue el abandono de hogar, causal invocada en su contra, que no está relacionada con la situación de su baja militar.

Adicionalmente, es necesario señalar que ante la preocupación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los procesos de divorcio en el Ecuador son de carácter público, y por lo tanto, no existe restricción a su acceso en la normativa interna⁸.

De otra parte, al señor Homero Flor, el representante estatal le consultó: "Señor Flor en dos comunicaciones dirigidas a la Comisión Interamericana de

⁷ Intervención Homero Flor Freire, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

⁸ Constitución Política del Ecuador de 1998, artículo 195; Constitución de la República del Ecuador 2008, artículo 168; Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 13.

05178

Derechos Humanos vía correo electrónico, la primera de 12 de junio de 2007 y la segunda de 3 de noviembre de 2007, usted ha manifestado que al haber sido acusado de homosexual se afectaron sus derechos ¿es eso cierto?, a lo cual respondió afirmativamente⁹.

La siguiente pregunta planteada por el Estado al señor Flor fue: "Adicionalmente usted solicito una réplica al Diario La Hora con fecha 20 de mayo de 2015 respecto a una nota de ese diario que transcribía una parte del informe de fondo de la Comisión interamericana, ¿es eso cierto?"¹⁰, el señor Flor contestó: "Justamente la prensa en mi país ha sido una de los principales obstáculos que he tenido que enfrentar porque la prensa con sensacionalismo que es hicieron sensacionalismo de mí, el caso es que lo publicaron de una forma tergiversada con una foto de la bandera del grupo GLTBI pusieron mi nombre y me incriminaban directamente sin pedir mi versión me incriminaban en actos de homosexualismo por eso pedí esa rectificación"¹¹.

A partir de las respuestas de la presunta víctima, se evidencia que la presentación del caso, por parte de la CIDH, respecto a un supuesto escenario de discriminación por orientación sexual, no responde a las pretensiones de la presunta víctima en el presente caso, pues el señor Flor ha afirmado, durante todo el procedimiento interamericano, no tener una orientación sexual de tipo homosexual. Por lo analizado, la Corte Interamericana deberá considerar que lo relevante dentro del caso, es la discusión jurídica sobre la separación del señor Flor Freire (baja) de las Fuerzas Armadas, a través de un proceso disciplinario, y no a asunto de orientación sexual.

Preguntas de los jueces al señor Homero Flor.

El Juez Eduardo Vio Grossi consultó al señor Homero Flor sobre el acto de develamiento de una placa por parte del Ministerio de Defensa, vinculada a los hechos del caso, en el contexto de demostrar los mejores esfuerzos por parte del Estado para cumplir las recomendaciones del Informe de Fondo de la CIDH. La respuesta del señor Flor, reflejó su satisfacción con la medida adoptada por el Estado para intentar cumplir el Informe de Fondo de la CIDH.

Adicionalmente, el Magistrado Vio Grossi consultó a la presunta víctima sobre sus actividades laborales posteriores a la baja. La respuesta del señor Flor se extendió hacia aspectos poco relevantes en el caso, sin embargo, permitió evidenciar que las alegaciones sobre supuesto daño a su proyecto de vida y daños materiales son infundadas, dado que no pudo acreditar las supuestas

⁹ **Anexo 1:** Correos electrónicos del señor Homero Flor, a la CIDH, de 12 de junio y de 3 de noviembre de 2007.

¹⁰ Intervención Homero Flor Freire, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

¹¹ *Ibid.*



05178

complicaciones laborales, a las que el señor Flor ha hecho referencia durante éste proceso.

Luego de las preguntas efectuadas por el Magistrado Eduardo Vio Grossi, la presunta víctima fue interrogada por el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, quien le preguntó sobre si sufrió o sintió algún tipo de discriminación previa a los hechos del caso. La respuesta del señor Homero Flor fue negativa, confirmando que jamás existió un patrón discriminatorio.

1.3. Sobre la declaración de Robert Warren Wintemute.-

Respecto al objeto pericial aprobado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en torno al “desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional Comparado, en cuanto al uso del ejercicio punitivo del Estado, para sancionar la orientación sexual de una persona a la luz del principio de igualdad y no discriminación”, el Estado le consultó al perito: “¿existe o no, alguna relevancia jurídica que permita hablar de un núcleo duro en el que se aprecie la discriminación por percepción en relación a la orientación sexual real o percibida?”

La respuesta del perito, se remitió únicamente a relacionar ejemplos de otras realidades jurídicas. En efecto, el perito respondió:

“Bueno diría lo que cuenta siempre es la percepción y no la realidad y puedo dar ejemplos suponemos que [...] Bueno si, si es fundamental si un Estado tiene una norma que dice que en las fuerzas armadas no se permiten personas indígenas, judías o musulmanas la realidad no importa puede expulsar a una persona y esta persona dice yo no soy indígena, yo no soy judío yo no soy musulmana no importa es que la percepción del Estado ha sido que esa persona hace parte de un grupo no deseado y la norma [...] Es cierto si hay una discriminación en el sur de Estados Unidos contra una persona percibida como ser negra y la persona ahí dice pero yo soy blanco, me identifico como blanco, no importa¹²”.

La ambigüedad de la respuesta, evidenció que no existe un sustento doctrinario o jurisprudencial relacionado con la vulneración del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación, basada en la orientación sexual percibida.

El Juez Vio Grossi, le consultó sobre si existe diferencia entre conducta percibida y presunción, a lo cual respondió:

“Yo creo que **no hay diferencia**, si puedo dar otro ejemplo yo tengo un colega profesor de derecho que es de la comunidad Sick y lleva el turbano se dice muchas personas en la calle piensan que es musulmano y aun el otro día hubo un incidente en México un hombre Sick no pudo tomar su vuelo para los

¹² Intervención perito Warren Wintemute, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

05178

Estados Unidos lo trataron como musulmano como posible terrorista etcétera entonces no es la realidad que cuenta es la percepción¹³.

De otro lado, el Estado le preguntó al perito: "En esta audiencia usted nos ha dicho que en 1997 se declaró en el Ecuador la Inconstitucionalidad de una norma que penalizaba el homosexualismo ¿considera usted que esta declaración es un temprano avance dentro de la región y a nivel internacional en temas de derechos y libertades en relativos a la orientación sexual?". Sobre esto, el perito respondió que no consideraba un "avance porque la gran mayoría de los Estados en las Américas ya habían penalizado¹⁴"; con esto se evidencia el desconocimiento del perito, al ignorar que el Ecuador fue el segundo país en la región en despenalizar la homosexualidad.

Otra de las preguntas planteadas al perito Robert W. Wintemute, se refirió a si "¿conocía qué países prohíben el ingreso a personas con orientación sexual LGBTI a instituciones militares?" A lo que respondió "No conozco ninguno¹⁵". No obstante está documentado que países como Brasil, Rusia, Bielorrusia, Serbia, Chipre, Turquía, Grecia, Singapur prohíben expresamente el ingreso a Fuerzas Armadas de personas con orientación sexual LGBTI¹⁶. En relación a este aspecto, el Estado demostró que en Ecuador no existe prohibición alguna, ni en la normativa, ni en la institucionalidad del país para que personas con orientación sexual LGBTI ingresen a las Fuerzas Armadas.

A continuación, el Estado interrogó al perito solicitándole si podía indicar: "¿qué acciones normativas penales se han desarrollado en el Ecuador para evitar la discriminación con base en la orientación sexual?" El perito contestó: "Bueno sé que han añadido a la orientación sexual a la Constitución Nacional el artículo sobre la igualdad, pero esto no quiere decir que a todas las leyes¹⁷". Es decir, el perito sólo tenía conocimiento sobre la norma constitucional, sin embargo, desconocía que el Código Orgánico Integral Penal (COIP), publicado en el Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, contiene el delito de discriminación en el artículo 176, dentro del cual, la orientación sexual es una de las variables punitivas del tipo penal. De forma similar lo establece el artículo 177 de la misma norma que se refiere a los delitos de odio, en el sentido de que se sanciona a la persona que cometa actos de violencia física o psicológica por diferentes motivos, entre ellos la orientación sexual.

¹³ Intervención perito Warren Wintemute, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ Sobre los países que prohíben el ingreso a fuerzas armadas a personas con orientación sexual LGBTI puede consultarse:

<http://www.latercera.com/noticia/mundo/2012/10/678-487634-9-diez-paises-del-mundo-prohiben-el-ingreso-de-homosexuales-a-sus-fuerzas-armadas.shtml>. Acceso 9/03/2016.

¹⁷ Intervención perito Warren Wintemute, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

05178

El Estado consultó al perito si los cambios implementados en la normativa ecuatoriana, constituyen un desarrollo progresivo, sobre los derechos en discusión; el perito respondió: "Esto no se aplica normalmente a los derechos civiles de políticos, el derecho a la no discriminación y sobretodo en la Convención Americana hay que leer la sentencia Átala párrafo 91 al 93", se evidencia que el perito respondió algo ajeno a la pregunta realizada, dado que el estándar jurídico tiene un nivel de progresividad que se avanza con la jurisprudencia o la práctica de los estados.

En contraste, a lo que expuso el perito Wintemute, los precedentes jurisprudenciales de los organismos de protección de derechos humanos, no contienen fundamentación vinculada a sostener la categoría sobre orientación percibida, dejando sin sustento el caso presentado por la CIDH ante la Corte.

1.4. Declaración perito Ramiro Ávila Santamaria

A continuación, se detallarán los argumentos realizados por el señor Ávila en relación a tres temáticas: a) recurso contencioso administrativo, b) amparo constitucional; y c) procedimiento sancionatorio.

Sobre el recurso contencioso administrativo

El perito Ramiro Ávila fue interrogado por el representante del señor Flor, de la siguiente manera: "En otras leyes fuera de lo militar, voy a referirme a la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ¿se establecía o se establece alguna norma que **restringa el conocimiento por parte de la justicia ordinaria de actos provenientes de las fuerzas armadas?** El perito contestó: "Si hay una norma de la Ley Contenciosa Administrativa que es el artículo 6 y ese artículo 6 **establece las excepciones para que no proceda la justicia ordinaria ante lo contencioso administrativo**, efectivamente una falta disciplinaria en temas jurídicos y disciplinarios es un acto administrativo sin embargo, en el artículo 6 en el literal c), se establece que no corresponde a la jurisdicción contenciosa las cuestiones que se susciten en relación a la organización de la Fuerza Pública.¹⁸" El perito afirmó también, que la interpretación que realizó, fue confirmada por un fallo de la Corte Suprema de Justicia de 1994.

Respecto a la respuesta del perito, el Estado reitera que el artículo 6 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es una norma que establece la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa, y no una disposición que contenga prohibiciones al derecho de acción.

Ahora bien, en referencia al fallo de la Corte Suprema de Justicia de 1994, a la que hizo mención el perito, en efecto, el mismo rechaza el recurso de casación,

¹⁸ Intervención perito Ramiro Ávila, Audiencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de febrero de 2016.

05178

expresamente diciendo: "Se rechaza el recurso de casación interpuesto, por **falta de base legal**. Sin lugar a condena en costas y/o multa **por no considerar reunidos los factores a que alude el art. 18 de la Ley de Casación**.¹⁹" Cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia ha emitido fallos sobre la interpretación que debe darse al artículo 6 c) de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo cual será analizado en la sección de excepciones preliminares.

Por otro lado, el perito también fue interrogado por la representación del Estado respecto a la interpretación que la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto que se debe dar a la norma contenida en el artículo 6 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y al término "organización de la fuerza pública", sin embargo, el perito desconocía la existencia de dichas resoluciones interpretativas, sobre las cuales el Estado profundizará más adelante.

Posteriormente, la representación de la Comisión Interamericana preguntó al perito: "independientemente de que existiera la limitación normativa para interponer en el caso concreto, ¿el recurso ante lo Contencioso Administrativo, qué era lo que había podido impugnar ante lo Contencioso? ¿la decisión del Juzgado de Derechos o el acto administrativo de baja?", al respecto el perito afirmó: "el acto administrativo (...) y creo que no se podía impugnar ante lo Contencioso Administrativo cuestiones relativas a derechos fundamentales (...)".²⁰

Al respecto, el Estado afirma que tanto el acto administrativo de baja, como la resolución del Juzgado de la Cuarta Zona, que también constituía un acto administrativo, podían ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, esto en virtud tanto de lo dispuesto en el artículo 196 de la Constitución de la República de 1998²¹, como en el artículo 38 de la Ley de Modernización, como se explicará en la parte pertinente.

Durante el interrogatorio realizado por el magistrado Sierra Porto al perito, éste preguntó: "¿Usted tiene datos objetivos de que la práctica conducía a la imposibilidad de presentar el recurso o es eso lo que usted entiende que eso pasó?", al respecto el perito contestó: "Por la jurisprudencia que cité del año 94 entiendo que pasó, tampoco he estudiado la jurisprudencia con detalle de esto, sobre el uso de este artículo²²". En tal virtud, el Estado señaló, durante la audiencia ante la Corte Interamericana de 17 de febrero de 2016, y en sus

¹⁹ Gaceta Judicial, año XCV, serie XVI No.2, de 11 de marzo de 1994, pág.455.

²⁰ Intervención perito Ramiro Ávila, Audiencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de febrero de 2016.

²¹ Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998, **artículo 196**.- Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley.

²² Intervención perito Ramiro Ávila, Audiencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de febrero de 2016.

...05178

escritos, que no existía imposibilidad alguna de presentar el recurso contencioso administrativo respecto a los actos administrativos emitidos durante el proceso disciplinario militar, respecto a la interpretación adecuada del artículo 6 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y por la norma constitucional.

Adicionalmente, el magistrado Sierra Porto, refiriéndose a las decisiones de los jueces militares preguntó: “¿eran decisiones de carácter administrativo?”, a lo que el perito contestó afirmativamente, confirmando una vez más que la resolución tomada por el Juzgado de la Cuarta Zona, tenía carácter administrativo.

Posteriormente, el magistrado Sierra Porto, a fin de clarificar la información proporcionada por el perito, respecto al recurso contencioso administrativo, realizó una serie de preguntas: “¿podía rechazarse un Recurso Administrativo en esa época argumentando que se trataba de un derecho fundamental y no era competencia de la justicia administrativa?”, el perito contestó que **en la práctica no**. El magistrado cuestionó: “¿Procedían los recursos contenciosos contra la decisión que ordenó la baja?”, el perito contestó: “yo creo que si se hacía una interpretación Constitucional de la norma contenciosa administrativa **cabía lo contencioso administrativo**”²³. El magistrado nuevamente preguntó: “Se debía entonces presentar ese recurso ante las autoridades judiciales”, el perito sin contestar a la pregunta que se le había formulado, afirmó: “**Iba a ser negado** por la jurisprudencia del año 1994”²⁴.

En tal virtud, se evidencia que a lo largo de los interrogatorios, el perito contestó a las preguntas de manera contradictoria. Sin embargo, de las respuestas del perito al magistrado Sierra Porto, se concluye lo siguiente:

- No podía rechazarse un recurso administrativo argumentando que se trataba de un derecho fundamental.
- Sí cabía el recurso contencioso administrativo contra la decisión que ordenó la baja y por ende contra la resolución del Juzgado de la Cuarta Zona, pues su naturaleza era administrativa.
- Debió presentarse el recurso ante las autoridades judiciales, a pesar de que, como afirmó el perito, sin fundamento, “iba a ser negado”, pues no conocía la jurisprudencia nacional al respecto.

Por otro lado, el magistrado Mac-Gregor también formuló preguntas al perito relacionadas con el recurso contencioso administrativo, así preguntó: “en la época de los hechos, de ese Tribunal Constitucional, ¿qué efecto tenían sus resoluciones?, porque eso en algunos países puede determinarse como una excepción a una vía contenciosa administrativa.” El perito contestó: “(...) creo que **jurídica y doctrinariamente** me parece que **si yo fuese juez de lo**

²³ Intervención perito Ramiro Ávila, Audiencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de febrero de 2016.

²⁴ *Ibid.*

05178

contencioso administrativo yo hubiese aceptado una demanda de ese tipo²⁵". Afirmando de este modo, que sí podía interponerse un recurso ante la jurisdicción contenciosa administrativa sobre la resolución del Juzgado de la Cuarta Zona y sobre el acto administrativo de baja. Aún más, el perito dijo que en calidad de juez de lo contencioso administrativo hubiese aceptado ese recurso, esto en concordancia con lo dispuesto en la Constitución Política, demostrando que el proceso contencioso administrativo, era la vía adecuada en el caso del señor Homero Flor. Cabe indicar que del interrogatorio realizado al perito, se desprenden contradicciones en cuanto a las vías de impugnación, dado que éste, al ser interrogado por el representante de la presunta víctima, afirmó una supuesta prohibición para impugnar una baja militar en la vía contenciosa, afirmación que posteriormente no pudo mantener, ya que incluso, en varias oportunidades sostuvo, que la vía contenciosa administrativa, era la adecuada.

Respecto al amparo constitucional

Como bien lo afirmó el perito Ávila en su peritaje, la constitución que estaba vigente al momento de los hechos era la Constitución de 1998, que en su artículo 95 contemplaba al amparo constitucional²⁶. El perito afirmó que el

²⁵ Intervención perito Ramiro Ávila, Audiencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de febrero de 2016.

²⁶ Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial No.1 de 11 de agosto del 1998, **artículo 95.-** Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, **se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución** o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública. No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso. También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles. El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho. Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional. La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública. No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho.

05178

amparo constitucional “era un recurso efectivo de tutela efectiva de todos los derechos que estaban considerados en toda la Constitución²⁷”.

Durante el interrogatorio realizado por el abogado Alejandro Ponce al perito, éste preguntó: “¿...esto explicaría en consecuencia que durante muchos años se hayan interpuesto acciones de amparo contra las decisiones que resolvían la disponibilidad de miembros de las Fuerzas Armadas?”, ante lo cual el perito contestó: “Sí, pero curiosamente hay algunos fallos en donde la justicia constitucional si reconoció su competencia para prever las faltas disciplinarias, uno de esos es el caso de una pareja de marinos que eran novios y que le dieron la baja a uno de ellos porque encontraron cartas de amor. La justicia aplicando la sanción disciplinaria, le dio la baja; y éste ante la justicia constitucional logro conseguir que le reinstalen y le reintegren²⁸”.

Al respecto, haciendo referencia al caso citado por el perito, es necesario realizar algunas precisiones. El caso mencionado, efectivamente fue resuelto ante el Tribunal Constitucional, el 30 de julio de 2008, sin embargo, los detalles proporcionados por el perito son errados. El perito omitió informar a la Corte que el Tribunal Constitucional resolvió: “1.- La Resolución expedida por la Ministra de Defensa Nacional, que revoca el acto impugnado por el Sr. Hugo Enrique Castillo Echeverría, se encuentra ejecutoriada y ejecutada; por tanto, no hay objeto sobre el cual resolver. Consecuentemente por mandato del numeral 1 del Artículo 50, del Reglamento de Trámite de Expedientes, la Sala resuelve inadmitir la acción propuesta (...)”²⁹. Entonces, el marino, al cual hace referencia el perito, fue “reinstalado y reintegrado”, no por decisión del Tribunal Constitucional, sino por la resolución emitida por la propia Ministra de Defensa que, dentro de un trámite administrativo, revocó el acto de baja.

Posteriormente, ante la pregunta de la representante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto a: “si una persona consideraba que el procedimiento de información sumaria como tal violaba derechos fundamentales, ¿cuál era el recurso que al momento de los hechos tenía a disposición?”, el perito contestó: “A mí me parece que el recurso adecuado y eficaz era el Amparo Constitucional, debía haber sido el Amparo Constitucional”.³⁰

Así mismo, el comisionado Francisco Eguiguren preguntó al perito: ¿considera usted entonces que el proceso de Amparo Constitucional como **sucedió en**

²⁷ Intervención perito Ramiro Ávila, Audiencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de febrero de 2016.

²⁸ Cfr., peritaje Ramiro Ávila Santamaria, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

²⁹ Resolución del Tribunal Constitucional No.30, Registro Oficial Suplemento No. 76 de 2 de Octubre del 2008.

³⁰ Intervención perito Ramiro Ávila Santamaria, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

05178

este caso era una vía idónea para cuestionar la decisión de baja, si de por medio se alegaba discriminación o afectación al debido proceso por ejemplo?, ante lo cual el perito respondió:

“A mí me parece que es la vía idónea, sin embargo, **como sucedió en este caso** y en muchos casos el amparo por los criterios de esa época se resolvió de forma desfavorable, porque se aplicaba una cuestión establecida en la misma Constitución que era la presunción de legalidad de los hechos, que decía que si había un acto que era expedido por una autoridad competente se presumía que era legal y por lo tanto no había violación a los derechos.³¹”

El perito durante el interrogatorio afirmó que el recurso de amparo era el recurso adecuado, idóneo y eficaz para este caso; así mismo afirmó que en el presente caso, el amparo se resolvió desfavorablemente haciendo uso de la presunción de legalidad. Tales afirmaciones no corresponden a los hechos del caso, toda vez que el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha al resolver el amparo, presentado por el señor Flor, realizó las siguientes acotaciones:

“c) (...) la resolución que se impugna no ha causado estado; y, siendo la acción de amparo de carácter residual; esto es, que se acude a ella [sic] cuando todas las instancias han sido agotadas, **la presentada es totalmente improcedente.**
e) El accionante ha sido, por el momento, puesto en disponibilidad (...) por mandato legal y reglamentario, sin que se le haya privado de su rango, de su sueldo, porque la resolución aún no es definitiva, circunstancias que **le resta el requisito del daño grave e inminente que exige la presentación de esta acción. Por las consideraciones anotadas, se niega la acción de amparo.**³²”

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, al resolver la apelación realizada por el señor Homero Flor, a la resolución del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, resolvió:

“Por consiguiente, **no existe acto ilegítimo** de parte del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar al haber expedido la Resolución citada en la parte inicial de este considerando y al **no encontrarse violación constitucional que se hubiere probado de parte del recurrente**, este caso no merece la acción de amparo y además **no se han cumplido los requisitos señalados por la Ley del Control Constitucional.**³³”

Se evidencia que en las resoluciones tanto del Juzgado Sexto como del Tribunal Constitucional, el análisis para rechazar la acción de amparo, fue más allá de la mera aplicación de la presunción de legalidad y analizó el cumplimiento de requisitos dispuestos por la Ley de Control Constitucional, dejando sin fundamento la afirmación del perito, respecto a que los amparos constitucionales se negaban haciendo mera aplicación de la presunción de legalidad. Finalmente, es preciso señalar que el acto administrativo de baja

³¹ Cfr., peritaje Ramiro Ávila Santamaria, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

³² Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, sentencia de 18 de julio de 2001.

³³ Tribunal Constitucional, caso No. 739-2001-RA, resolución de 4 de febrero de 2002.

05178

jamás fue impugnado ni en la vía constitucional ni en la contenciosa administrativa.

Posteriormente, el magistrado Sierra Porto, preguntó al perito: "Una sanción como la que estamos estudiando en este caso solo tenía como recurso la vía de amparo ante el Tribunal Constitucional en su opinión o también podía o debía haber acudido a la vía Contenciosa Administrativa", al respecto el perito contestó: "Yo creo que si uno haría una interpretación, con esa idea de la supremacía constitucional y también de la obligación de los jueces y autoridades de aplicar directamente la Constitución, a mí me parece que esa **restricción** del artículo 6 c) de la Ley de lo Contencioso Administrativo se tornaba inconstitucional, sin embargo, en esa época la practica excluía la vía Contenciosa Administrativa.³⁴" Al respecto es preciso señalar, que el artículo 6 c) de la Ley de lo Contencioso Administrativo³⁵, es una norma de competencia, por lo que la misma no establece restricciones o prohibiciones expresas de acudir a esta vía.

Procedimiento sancionatorio

El Estado preguntó, si la resolución que adoptaba el juez instructor de la información sumaria, ¿podía calificar la mala conducta y baja?, el perito contestó: "podía calificar el juez instructor no el juez militar³⁶", sin embargo, la respuesta del perito fue equivocada ya que de lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, y 6 del Reglamento para los Consejos de Oficiales Superiores y Subalternos de Fuerza, los únicos que pueden calificar como tal una baja, son los Consejos Superiores y los Consejos de Subalternos como órganos reguladores de la carrera militar.

En relación al procedimiento de información sumaria, la representación del Estado le preguntó al perito: ¿este procedimiento de información sumaria podría ser aplicado por ejemplo a la falta a repartos militares o, utilizar al personal militar en unas tareas no vinculadas al servicio?, a lo que el perito contestó: "(...) se podía porque como usted ve la finalidad establece la de investigar hechos, el artículo 1 establece la finalidad de establecer normas y procedimientos que serán aplicadas en la tramitación de informaciones que que se practiquen en las Fuerzas Armadas³⁷". En consecuencia, de la

³⁴ Peritaje Ramiro Ávila Santamaria, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

³⁵ Ley de la Jurisdicción Contencioso - Administrativo, Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968, **artículo 6.-** No corresponden a la jurisdicción contencioso - administrativa: **c)** Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso - administrativa.

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Peritaje Ramiro Ávila Santamaria, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

05178

respuesta del perito y de la posterior intervención del Estado, se evidencia que la información sumaria era un procedimiento de carácter administrativo, utilizado para esclarecer hechos, ante faltas disciplinarias y no para procesar delitos.

Finalmente, el representante del Estado solicitó al perito que indique qué era una orden general, a lo que el perito manifestó que lo desconocía. Cabe precisar, que la orden general, en virtud de lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, es "el documento oficial del Ministerio de Defensa Nacional, del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y de los Comandantes Generales de Fuerza, en el que se publica los Decretos, Acuerdos, Resoluciones y más aspectos relacionados con el desenvolvimiento institucional", por tanto, todas las normas procedimentales, incluso las del procedimiento sancionatorio, fueron publicadas en la mencionada orden general, para conocimiento de todos los miembros de las Fuerzas Armadas, tanto así que el mismo señor Flor, durante el interrogatorio del Estado, señaló que conocía "porque era su deber"³⁸, el contenido del Reglamento de Disciplina Militar.

Del interrogatorio realizado al señor perito, se puede colegir que, las informaciones sumarias eran un procedimiento investigativo de carácter administrativo, que éste procedimiento se aplicaba para esclarecer hechos relativos a faltas administrativas, que el procedimiento de información sumaria se encontraba dispuesto en la normativa vigente al tiempo de los hechos del caso del señor Flor; y finalmente que todos los miembros de las Fuerzas Armadas, conocían el contenido de las normas que les regían, pues las mismas eran publicadas en la orden general.

1.5. Sobre la declaración del señor Leonardo Jaramillo

El perito propuesto por el Estado desarrolló un análisis respecto al "reintegro de miembros de Fuerzas Armadas a las líneas militares, desde una perspectiva de seguridad, con respecto a diferentes escenarios, alegados riesgos del reintegro de miembros a las Fuerzas Armadas con el paso del tiempo, posible afectación a la seguridad humana y nacional al reintegrar miembros separados de las Fuerza Armadas, y conveniencia del reintegro de miembros de las Fuerzas Armadas".

Con relación al análisis sobre el reintegro en diversos escenarios, el perito indicó que el retorno de personal civil a la vida militar es un fenómeno pobremente estudiado y comprendido, pues el fenómeno común es el inverso, la salida de la institución militar y su reincorporación a la vida civil. Los escenarios que se visualizan respecto al reintegro militar son dos. El primero entendido como el re-enlistamiento o reingreso voluntario, en el que una

³⁸ Interrogatorio señor Homero Flor, Audiencia Pública caso Homero Flor vs. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de febrero de 2016.

05178

Fuerza Armada busca atraer personal, que en algún momento perteneció a la milicia para su reinserción. El segundo, se da como restitución por una salida indebida o irregular de la carrera militar, este proceso se da de manera excepcional y no posee un tratamiento generalizado.

En los dos escenarios mencionados, el **tiempo** juega roles muy importantes, en el re - enlistamiento influye en cuanto a la determinación del personal que podría reintegrarse a las líneas militares, ya que el personal militar al salir de la organización armada va perdiendo sus habilidades y destrezas militares ya que éstas muchas veces son practicables únicamente en el servicio militar, por lo que, el personal con menor tiempo fuera del servicio militar, tiende a ser el predilecto en cuanto a su reingreso.

Con relación a la restitución en el cargo militar, el tiempo no tiene tanto peso, sin embargo, el perito señaló que el personal que retorna lo hace al puesto, rango y tareas que ocupaba al momento de salir, es decir, en este escenario el perito nos mostró que si un teniente era separado de las filas militares y es restituido, su retorno se daría al mismo cargo, es decir teniente.

En este mismo sentido, el perito indicó que no podría entenderse un reintegro a un menor cargo, pero tampoco a uno de características superiores (ascenso). Sobre el ascenso, el perito realizó un análisis contundente en cuanto a las características propias de la institución militar, así indicó que esta organización se encuentra estructurada de manera piramidal, es decir, mientras más alto es el grado de responsabilidad, menos son los miembros que ocupan las plazas de trabajo. Adicionalmente, el perito refirió que el ascenso del personal militar depende de la experiencia en el cargo y requisitos de formación, como capacitación y cursos especializados, circunstancias que, una persona que se encuentra fuera de la institución no posee y por ende, al no cumplir con los requisitos para ascender no puede hacerlo.

Además de lo anotado, el perito refirió que el ascenso no depende únicamente del personal como tal, sino también de situaciones coyunturales y estructurales, como la necesidad de oficiales en el rango superior por parte de las Fuerzas Armadas, al igual que la disponibilidad de puestos de mando y hombres y mujeres a quienes comandar. En caso de no haber un cargo adecuado para el personal que asciende, éste podría ser separado de las líneas militares. En consecuencia, de la información proporcionada por el perito se puede entender que la carrera militar no aseguraba el ascenso del personal militar, ya que como lo indicó el Mgs. Jaramillo no hay garantías de permanencia a lo largo del tiempo, y la competencia por el ascenso a rangos cada vez mayores es más difícil. En tal sentido, si una persona es separada de las Fuerzas Armadas y es reintegrada, jamás podrá volver a un cargo superior, esto además se consolida con la jurisprudencia ecuatoriana, que en ningún caso ha reconocido el reintegro de un miembro militar a un cargo que no sea el que ostentaba al momento de su salida.

05178

2. Alegatos

En esta sección, el Estado ecuatoriano presentará su posición jurídica en torno al caso planteado por la CIDH y el representante del señor Homero Flor, ante la Corte, su estructura se desarrollará de la siguiente manera: **i)** delimitación del marco fáctico, **ii)** excepción preliminar, **iii)** análisis de fondo y **iv)** eventuales reparaciones.

2.1. Marco Fáctico

El Estado Ecuatoriano deja por sentado que el presente caso trata de la destitución de un militar de las Fuerzas Armadas por mala conducta, más no la destitución por presunta discriminación en base a la orientación sexual percibida, como lo ha argumentado la CIDH y el representante de la presunta víctima, a lo largo de todo el proceso interamericano. Como se desprendió de la audiencia pública ante la Corte, lo que pretende el señor Flor Freire, parece no corresponder a lo alegado por la CIDH y su representante, puesto que la presunta víctima indicó que su pretensión es que, a través de la Corte Interamericana, se discuta su reintegro a las filas militares, por las presuntas vulneraciones a sus derechos, durante el proceso disciplinario en su contra, que concluyó con su baja. Por su parte, la CIDH, presentó en audiencia, la declaración de un perito que se limitó a hablar de temas de discriminación por orientación sexual percibida, trayendo a colación éste concepto que no logró desarrollar de manera clara, más allá de presentar ejemplos sobre lo que consideraba constituye la discriminación percibida.

Los mismos jueces demostraron tener confusión respecto al concepto de discriminación percibida, y cuestionaron la pertinencia de su utilización, dado que el peritaje del señor Warren Wintemute, no demostró la existencia de un núcleo duro que ampare este concepto. Por otro lado, el perito centró su exposición en hablar únicamente de las sanciones penales ilegítimas con relación a la orientación sexual, a lo que el Estado ecuatoriano aclaró que no mantiene ningún tipo de sanción penal en contra de las personas de los grupos LGBTI (incluso fue el segundo Estado a nivel regional en declarar inconstitucional la norma que penalizaba el homosexualismo). El Estado reafirma que en el presente caso, se estableció una sanción administrativa como resultado de un proceso interno que calificó una mala conducta profesional, diferente a una tipificación penal, que para el momento de los hechos del presente caso, ya no existía en la legislación ecuatoriana.

Además, el representante de la presunta víctima afirmó que existiría actualmente y en el momento de los hechos “una fórmula de práctica discriminatoria, desde la perspectiva de que se impone a los militares una reducida protección de sus derechos frente al resto de la población³⁹”. Es

³⁹ Declaración Alejandro Ponce Villacís, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

8

05178

decir, a partir de este caso, el representante de la víctima intenta crear toda una discusión con relación a los derechos de los grupos LGBTI, que el Estado reitera, nada tiene que ver con los hechos del presente caso, ni con el deseo de la presunta víctima, como se pudo observar en audiencia.

Adicionalmente, cabe señalar que el representante del señor Homero Flor, confunde los derechos de igualdad ante la ley y discriminación, alegando la vulneración de los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana, como si fueran un mismo derecho. La Corte IDH ha reconocido la diferencia entre el contenido de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, de tal forma que el artículo 1.1 de la CADH, se relaciona con el derecho de las personas a gozar de los derechos contenidos en ese tratado sin discriminación, mientras que el artículo 24 extiende la obligación de no discriminación y de igualdad a las normas del derecho interno. Por lo tanto, en el presente caso, se debió haber realizado una argumentación diferenciada entre estos dos artículos. Este análisis ha sido sostenido por la Corte, en los casos *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, *Fernández Ortega vs. México*, *Rosendo Cantú vs. México*, y *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, en dónde se afirmó: "si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana"⁴⁰.

Por lo tanto, la discusión de este caso, se debe mantener sobre lo que constituye su esencia, es decir determinar si dentro del proceso administrativo que se siguió con relación al señor Homero Flor Freire, se respetaron o no sus derechos. También, se debe señalar que en este mismo contexto, al haber desnaturalizado este procedimiento administrativo, las acciones que se implementaron, presuntamente para agotar los recursos de jurisdicción interna, estuvieron enfocados en citar una normativa penal y no atacar el acto administrativo como tal, que como lo ha dicho el propio perito de la defensa, era un procedimiento de tipo administrativo que podría haber sido o debía haber sido, estudiado y revisado por la propia jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Con la finalidad de contextualizar los hechos del caso, se describirá brevemente, el proceso disciplinario seguido al señor Flor:

⁴⁰ Corte IDH. Caso *Apitz Barbera y otros* ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182; Corte IDH. Caso *Fernández Ortega y otros*. Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215, párr. 199; Corte IDH. Caso *Rosendo Cantú y otra* Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 183M; Corte IDH. Caso *Atala Riffo y Niñas* Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 82.

05178

El señor Homero Flor fue sancionado por el cometimiento de una falta disciplinaria que se encontraba dispuesta en el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, que establecía que los miembros de las Fuerzas Armadas que incurran en dicha falta disciplinaria, "se sujetarán a lo previsto en el artículo 87 literal i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas", que disponía:

"Art. 87.- El militar será dado de baja por una de las siguientes causas:

i) Por convenir al buen servicio, sea por mala conducta o por incompetencia profesional del militar, calificada así por el respectivo Consejo, de conformidad con lo establecido en el Reglamento correspondiente, cuando no tenga derecho a disponibilidad."

Por otro lado, la citada norma contenida en el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, también disponía:

"Los ciudadanos que se encontraren cumpliendo el Servicio Militar Obligatorio en las Fuerzas Armadas y que incurrieren en los hechos señalados en el inciso anterior, serán separados del servicio activo.

De no estar plenamente comprobado el grado de participación del miembro de las Fuerzas Armadas, en los referidos hechos, las autoridades competentes ordenarán el trámite de una información sumaria investigativa."

En el caso del señor Homero Flor, se inició una información sumaria, procedimiento que se encontraba dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de Tramitación de Informaciones Sumarias en las Fuerzas Armadas, que establecía:

"Art.2.- Propósito de la Información Sumaria.- La información Sumaria es un **procedimiento administrativo**, tendiente a establecer la verdad sobre un hecho y determinar las consecuencias jurídicas del mismo.⁴¹"

El trámite de la información sumaria, era de competencia del juez instructor de derecho⁴², este trámite tenía tres etapas, la investigativa, la intermedia y la resolutive. En la etapa resolutive, el juez de brigada o zona emitía una resolución que era puesta a conocimiento del Comando General de la Fuerza y posteriormente a conocimiento del Consejo de Oficiales Subalternos, organismo que podía "dictaminar sobre la suspensión de funciones a los Oficiales Subalternos, a pedido del Comandante General de Fuerza; de conformidad con la Ley y reglamentos pertinentes",⁴³ es decir, se establecía la disponibilidad del involucrado. De esta forma, el Consejo de Oficiales

⁴¹ Reglamento de Tramitación de Informaciones Sumarias en las Fuerzas Armadas, Acuerdo No. 1046, publicado en la Orden General No. 240, de 22 de diciembre de 1993.

⁴² *Ibid.*, Art. 3.- (...) a los jueces de instrucción militar corresponde tramitar las informaciones sumarias. La parte resolutive, **por vía administrativa**, dentro de la cadena de mando, corresponde a los Comandantes de Zona o Brigada de la respectiva jurisdicción.

⁴³ Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, artículo 49.

05178

Subalternos, emitía una resolución respecto a la decisión adoptada por el juez de brigada o zona, que tramitó la información sumaria, misma que podía ser apelada ante el Consejo de Oficiales Subalternos Superiores⁴⁴. Con posterioridad a lo relatado, se dictaba el acto administrativo de baja que producía la separación definitiva del involucrado de las Fuerzas Armadas.

En tal sentido, se evidencia que el procedimiento disciplinario, que inició con la información sumaria, seguido al señor Homero Flor, se acogió a lo dispuesto en la normativa correspondiente.

2.2. Excepciones Preliminares

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 46.1 a), como requisito de admisibilidad de una petición, lo siguiente:

“1.- Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá:

- a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos [...]”⁴⁵

La norma convencional citada, más allá de referir la voluntad soberana de los Estados como sujetos de derecho internacional, sustenta la naturaleza del mecanismo de protección, dado que, como todos los sistemas de derechos humanos de índole regional o universal, se fundamentan en el principio de subsidiariedad, tal y como lo manifiesta el preámbulo de la propia CADH. Así, el agotamiento de recursos internos es la base de la protección internacional que se instrumenta a través de los mecanismos previstos en los pactos internacionales de derechos humanos⁴⁶, como también se lo plantea el Sistema Europeo de Derechos Humanos⁴⁷.

Por otro lado, la doctrina al analizar la falta de agotamiento de recursos internos, ha establecido que:

“El agotamiento de los recursos internos es una regla según la cual un Estado no puede ser llamado a responder en el ámbito internacional por supuestas violaciones a derechos humanos, si antes la persona denunciante no hizo uso de todos los recursos e instancias previstas en el Derecho Interno, tanto para que se le reconozca el derecho violado, como para obtener una reparación integral de los daños producidos.”⁴⁸

⁴⁴ Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, artículo 44.

⁴⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁴⁶ Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Humanos artículo. 2.

⁴⁷ Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 35.1

⁴⁸ Monge Núñez, Gonzalo y Rodríguez, Víctor; Acceso a la Justicia de Grupos en Situación de Vulnerabilidad, Manual General de Litigio en el Sistema Interamericano con Enfoque Diferenciado, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2014, pág.48.

05178

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Velásquez Rodríguez en contra de Honduras, manifestó:

“34. Esta Corte deberá determinar, por ende, si se han respetado las cuestiones esenciales implícitas en las reglas de procedimiento contenidas en la Convención. Para ello **deberá examinar si, en el curso del trámite de este asunto, se ha visto menoscabado el derecho de defensa del Estado que opone las excepciones a la admisibilidad**, o éste se ha visto impedido de ejercer cualquiera de los otros derechos que la Convención le reconoce dentro del procedimiento ante la Comisión. Asimismo la Corte ha de verificar si el presente asunto ha sido tramitado de conformidad con los lineamientos esenciales del sistema de protección dispuesto por la Convención. Dentro de esos criterios generales, la Corte examinará las distintas cuestiones procesales que le han sido sometidas, con el objeto de definir si existen vicios tales en el trámite al que ha sido sometido el presente caso, que deba rechazarse *in limine* la consideración del fondo.”⁴⁹

De esta forma, en el estudio de los casos, la Corte puede analizar lo concerniente a requisitos de admisibilidad. En tal virtud, el Estado ecuatoriano presenta, como excepción, la falta de agotamiento de recursos de jurisdicción interna, como lo ha reiterado durante todo el procedimiento interamericano⁵⁰, lo cual es un requisito para que un caso pueda ser conocido por el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Para que la excepción de agotamiento de recursos internos cumpla con los requisitos de procedibilidad debe cumplir con dos supuestos, que sea oportuna, es decir, planteada en la fase inicial del procedimiento y que el Estado haya indicado los recursos que debían agotarse y su efectividad⁵¹. En tal sentido, el Estado ecuatoriano desde su escrito inicial ha sido enfático en señalar la falta de agotamiento de recurso por parte del peticionario, planteamiento que fue ratificado por parte del Estado durante la audiencia pública de 17 de febrero de 2016.

A continuación, el Estado expondrá su excepción de falta de agotamiento en el siguiente orden, primero, analizará la pretensión del peticionario al presentar su denuncia ante el Sistema Interamericano, en segundo lugar, abordará la falta de idoneidad del recurso de amparo, vinculado a las pretensiones del señor Flor; y finalmente, se referirá al recurso contencioso administrativo, como recurso adecuado y eficaz para las pretensiones del señor Flor, que no fue intentado por el peticionario.

⁴⁹ Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de excepciones preliminares, 26 de junio de 1987, párr. 33 - 34.

⁵⁰ Escrito de observaciones a la admisibilidad de 11 de agosto de 2003, presentado por la Procuraduría General del Estado del Ecuador.

⁵¹ Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Costa Rica. Decisión del 13 de noviembre de 1981

05178

1. Pretensión del señor Homero Flor

La principal pretensión del señor Homero Flor tanto a nivel nacional como interamericano, ha sido siempre su reincorporación a la Fuerza Terrestre, esta afirmación se ve reflejada en su Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas (ESAP), así como en la audiencia pública celebrada en San José de Costa Rica el 17 de febrero de 2016. Dentro de las pretensiones presentadas en el ESAP, el señor Flor, solicitó:

“Anulación íntegra del expediente y sanción impuesta por supuesta mala conducta que condujo su disponibilidad y baja de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana.

En virtud de la anulación del expediente y sanción impuesta al señor Homero Flor Freire, él debe ser reincorporado a la Fuerza Terrestre (...)”

Así mismo, el señor Flor durante la audiencia pública, ante la pregunta del juez Ferrer Mac-Gregor, respecto a la restitución a la Fuerza Terrestre, contestó: “Señor juez dentro de las reparaciones que se ha considerado y que está presentada en el expediente considero que la más fundamental no con ello quiero decir que el resto no sean importante es la reincorporación al Ejército Ecuatoriano...⁵²”

Por lo que, al ser su pretensión la reincorporación, la vía adecuada de impugnación del acto administrativo que provocó su separación del Ejército, debía ser aquella que permita cumplir integralmente con tal propósito, como se demostrará más adelante.

2. Amparo Constitucional

La Constitución que se encontraba vigente al momento de los hechos era la Constitución de 1998, que en su artículo 95 disponía:

“Art. 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que **viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente**, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave (...)”

En este mismo sentido, la Ley de Control Constitucional⁵³, en su artículo 46,

⁵² Intervención Homero Flor Freire, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública dentro del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

⁵³ Ley de Control Constitucional, Registro Oficial No. 99, de 02 de julio de 1997.

05178

respecto al amparo constitucional, establecía:

Art. 46.- El recurso de amparo tiene por **objeto la tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución y los consignados en las declaraciones, pactos, convenios y demás instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador**, frente a cualquier atentado proveniente de acto ilegítimo de autoridad de la administración pública que haya causado, cause o pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable y se interpondrá para requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a cesar la lesión o evitar el peligro de los bienes protegidos. También podrá ser objeto de amparo la no expedición de un acto o la no ejecución de un hecho, si tales omisiones causaren o puedan causar los efectos señalados en el inciso anterior.

De la normativa citada se desprende que el objeto del amparo Constitucional era el reconocimiento de los derechos vulnerados, y los requisitos simultáneos para la procedencia de esta acción eran los siguientes: a) que exista un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública, y b) que dicho acto haya causado o pueda causar un daño inminente, grave e irreparable.

Por otro lado, la doctrina, en cuanto a la naturaleza de la acción de amparo, ha señalado que esta era de carácter preventivo y residual o subsidiario, esto en virtud de que sólo podía interponerse esta acción una vez que se hayan agotado todos los recursos disponibles:

“... la subsidiariedad impone al demandante de amparo una obligación de agotar previamente todas las vías y recursos judiciales.”⁵⁴

Como se ha establecido previamente, el señor Homero Flor interpuso una acción de amparo constitucional en contra de la resolución del Juez de Derecho de la Cuarta Zona Militar, de 17 de enero de 2001, misma que resolvió:

“declarar que existe responsabilidad disciplinaria en contra del Sr. TNTE. HOMERO FABIÁN FLOR FREIRE (...) por lo que previa la calificación de su mala conducta por parte de los Consejos de Oficiales Subalternos y de Tropa respectivamente, deben ser sancionados con lo que establece el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, esto es debe (...) ser puesto a DISPONIBILIDAD previo a la baja el Tnte. Flor Homero...”⁵⁵

En su petición de amparo, el señor Flor debía probar la existencia de los requisitos dispuestos en el artículo 46 de la Ley de Control Constitucional, sin embargo, formuló su solicitud de la siguiente manera:

“(...) se me pretende acusar de un delito que fue declarado inconstitucional

⁵⁴ Francisco Rubio Llorente, “El Recurso de Amparo Constitucional”, en, La Jurisdicción Constitucional en España (Publicación del Coloquio Internacional, Madrid 13 y 14 de octubre de 1994), Madrid, Tribunal Constitucional- Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 137.

⁵⁵ Juzgado Cuarta Zona Militar, 17 de enero de 2001.

05178

según resolución 106-1-97 publicada en el RO-S 203: 27 Nov-97.

(...) las normas jurídicas que esgrimen mis juzgadores son: el Artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar (...) vuelvo a decir que el Artículo 117 ibídem se halla derogado por la resolución 106-1-97 por la cual se despenalizó el delito de homosexualismo.

(...), comparezco ante su judicatura y demando la suspensión de la información sumaria No. 20-2000-IV-DE-JM-1 que (...) al momento se halla en conocimiento del señor Comandante de la Fuerza Terrestre situado en Quito. Y de la resolución de 17 de enero de 2001 (...)”⁵⁶

El señor Homero Flor fundamentó su petición de amparo en la aplicación de una disposición normativa, que a su decir, estaba derogada esto es, el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar. Al respecto, es preciso aclarar que el Reglamento de Disciplina Militar tenía un carácter únicamente disciplinario - administrativo y no tipificaba delitos, pues esto corresponde a otra normativa. Por otro lado, la resolución 106-1-97, a la que hizo mención el señor Flor, **despenalizó** el delito de homosexualidad, lo cual evidencia entonces que el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, al no tipificar un delito, no se encontraba derogado por efecto de la resolución del Tribunal Constitucional.

Respecto a la acción de amparo propuesta, el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha resolvió:

“En la especie se pide la suspensión de la “información sumaria de investigación”, que no es un simple acto administrativo, sino todo un proceso investigativo; y, siendo un proceso hay partes, terceros y una autoridad. De consiguiente, en esta parte, la acción de amparo, **es totalmente inepta como ilegalmente propuesta**; pues, de existir el acto ilegítimo, no se conocería cual es el acto y de donde proviene.

e) El accionante ha sido, por el momento, puesto en disponibilidad, pero no por la voluntad omnímoda de sus Superiores, sino por mandato legal y reglamentario, sin que se le haya privado de su rango, de su sueldo, porque la resolución aún no es definitiva, **circunstancia que le resta el requisito del daño grave e inminente que exige la presentación de esta acción**. Por las consideraciones anotadas, se niega la acción de amparo.⁵⁷”

La resolución del Juez Sexto de lo Civil de Pichincha fue apelada ante el Tribunal Constitucional, en su texto de apelación el señor Flor manifestó:

“Señor Juez su larga resolución no contesta las preguntas básicas que motivaron el Recurso de Amparo Constitucional:
¿Está despenalizado el delito de homosexualidad en el Ecuador?; y,
¿La despenalización de la infracción en análisis es aplicable a los civiles y

⁵⁶ Demanda de amparo constitucional, Homero Flor Freire.

⁵⁷ Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, sentencia de 18 de julio de 2001.

05178

militares por igual?⁵⁸

Respecto a la apelación propuesta, el Tribunal Constitucional resolvió:

“Del análisis del expediente enviado por el Inferior, se infiere que el **acto administrativo** que se impugna, es el contenido en la Resolución emitida por el Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar, (...) Por consiguiente, no existe acto ilegítimo de parte del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar al haber expedido la Resolución citada en la parte inicial de este considerando y al no encontrarse violación constitucional que se hubiere probado de parte del recurrente, este caso no merece la acción de amparo y además **no se han cumplido los requisitos señalados por la Ley de Control Constitucional.**⁵⁹”

En tal sentido, se evidencia que la acción de amparo fue indebidamente propuesta por el señor Homero Flor, pues la misma no se encaminó a conseguir el objeto de la acción, esto es el reconocimiento de vulneración a sus derechos constitucionales sino, que el juez se manifieste respecto a si el homosexualismo había sido despenalizado o no, tema que no tenía relación con el contenido de la Resolución de 17 de enero de 2001. Es fundamental tener en cuenta que el señor Flor Freire, al presentar el amparo, no cumplió con los requisitos dispuestos por el artículo 46 de la Ley de Control Constitucional.

Una vez que se ha dejado claro que la pretensión del señor Flor ante el Sistema Interamericano, es que la Corte Interamericana, de encontrar responsabilidad estatal, ordene su reintegro a las Fuerzas Armadas, se evidencia que el recurso de amparo no resultaba idóneo para todos sus propósitos, esto en virtud de las siguientes razones:

- La resolución de 17 de enero de 2001, no fue el acto administrativo que ordenó la separación del señor Flor de las Fuerzas Armadas.
- El acto administrativo que provocó la separación del señor Flor, fue el de la baja.
- Al momento de la interposición del amparo constitucional, por parte del señor Flor, éste aún no había sido separado de las Fuerzas Armadas, por lo que el efecto del mismo no podría haber sido bajo ningún concepto su reintegro.
- En virtud de la naturaleza preventiva que tenía el amparo constitucional, de haber procedido, no podía ordenar indemnización alguna a favor del accionante.

Al respecto, durante la audiencia pública celebrada en San José de Costa Rica, el 17 de febrero de 2016, el representante del señor Flor hizo mención de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Mejía Idrovo en contra de Ecuador, reconoció que el agotamiento de los recursos internos

⁵⁸ Apelación sentencia de 18 de julio de 2001.

⁵⁹ Tribunal Constitucional, resolución de 4 de febrero de 2002.

05178

había operado con la acción de amparo. Al respecto, la misma Corte Interamericana ha reiterado que el recurso adecuado y efectivo depende de cada una de las situaciones que se juzgan:

“En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias.”⁶⁰

Por tanto, afirmar que un recurso es adecuado y efectivo porque así sucedió en un caso no vinculado al del señor Homero Flor, carece de argumento para ser valorado por este Tribunal Interamericano, por lo que a continuación se realizará un análisis sobre el recurso adecuado y efectivo para este caso en particular.

3. Recurso Contencioso Administrativo

El Estado ecuatoriano a lo largo del proceso interamericano ha afirmado que el señor Homero Flor no agotó los recursos internos antes de acceder al Sistema. En tal virtud, se ha dicho que el señor Flor tenía que haber interpuesto el recurso contencioso administrativo en contra del acto administrativo de baja, mismo que produjo su separación de las Fuerzas Armadas.

A continuación, el Estado analizará el recurso contencioso administrativo, así como su idoneidad y efectividad en vinculación con las pretensiones del señor Flor.

La Constitución Política del Ecuador, que se encontraba vigente al momento de los hechos, en su artículo 196 disponía:

“Art. 196.- Los **actos administrativos** generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, **podrán ser impugnados** ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley.”⁶¹

Por otro lado, el artículo 86 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas disponía:

“Art. 86.- La baja, es el **acto administrativo** ordenado por la autoridad competente, mediante el cual se dispone la separación del militar de las Fuerzas Armadas Permanentes, colocándole en servicio pasivo.”⁶²

De la normativa citada se desprende que en efecto la baja es un acto administrativo que produjo la separación del señor Homero Flor de las Fuerzas Armadas; y que la misma podía ser impugnada ante los órganos de la Función

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Brewer Carías vs. Venezuela, Sentencia de 26 de mayo de 2014.

⁶¹ Constitución Política del Ecuador, 1998.

⁶² Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, Registro Oficial Suplemento No. 660, de 10 de abril de 1991.

05178

Judicial, en la forma dispuesta por la ley. Al respecto, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁶³ disponía:

Art. 1.- El recurso contencioso - administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas **contra** los reglamentos, **actos** y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y **vulneren un derecho o interés directo del demandante**.

Art. 3.- El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo. **El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.**

Art. 59.- Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia. b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.

Por lo tanto, de acuerdo a las pretensiones del señor Homero Flor, y tomando en cuenta la normativa citada, el recurso contencioso administrativo era el recurso adecuado para impugnar un acto administrativo que se creía vulneraba un derecho o interés directo del demandante. Adicionalmente, como quedó expuesto, existen dos clases de recursos contenciosos administrativos, el subjetivo y el objetivo. En el caso concreto del señor Homero Flor, el recurso que debió ser interpuesto en contra de la baja, era el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, ya que éste recurso "ampara un derecho subjetivo del recurrente presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo⁶⁴".

Por otro lado, la doctrina señala que el recurso contencioso administrativo o de plena jurisdicción es un recurso de conocimiento, que busca el análisis de la legalidad de un acto administrativo, recurso que además tiene una naturaleza reparadora:

"La acción de plena jurisdicción o subjetiva, es aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional no solo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, restaurando las cosas a su primitivo estado, o bien, en su caso, atendiendo una demanda de indemnización.

Decimos o de plena jurisdicción, porque el Tribunal Contencioso - Administrativo, en el conocimiento de esta pretensión, tiene jurisdicción plena,

⁶³ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Registro Oficial No. 338, de 18 de marzo de 1968.

⁶⁴ *Ibíd.*, artículo 3.

X

05178

esto es, **porque goza de la facultad de examinar, tanto las cuestiones de hecho como las de derecho, pudiendo reemplazar la resolución dictada por la autoridad administrativa por una nueva**, diversa de aquella. Se trata, pues, de un proceso que va dirigido contra la administración, como persona moral, para exigirle el cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquella.⁶⁵

Así, si el señor Flor buscaba cuestionar la resolución de baja, el peticionario debió acudir al proceso contencioso administrativo. Si bien, durante todo el proceso interamericano, el representante del señor Flor afirmó que el recurso contencioso administrativo era ineficaz, puesto que existía una disposición en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, específicamente, el artículo 6 literal c)⁶⁶, que ha decir del representante del señor Homero Flor, expresamente prohibía a la jurisdicción contenciosa administrativa, conocer este tipo de actos, es necesario realizar algunas precisiones.

Durante el proceso interamericano, así como en la audiencia pública, el Estado ecuatoriano, afirmó que el representante de la presunta víctima, ha realizado una interpretación errada de dicha disposición. Al respecto, es importante tomar en cuenta lo dispuesto por la Ley de Modernización, en su artículo 38:

Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa⁶⁷.

En tal sentido, la Constitución de la República, la misma Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley de Modernización, facultaban a los Tribunales Distritales, a conocer el acto administrativo de baja del señor Flor. Por lo tanto, es preciso aclarar que a diferencia de lo que afirmó el

⁶⁵ González Pérez, Jesús; Comentarios a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 7ma edición, S.L. Civitas Ediciones, 2013.

⁶⁶ Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, **artículo 6.-** No corresponden a la jurisdicción contencioso - administrativa: **c)** Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso - administrativa.

⁶⁷ Ley de Modernización del Estado, Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993.

05178

representante del señor Flor, el artículo 6 literal c), no impedía, de ninguna manera, que se propongan acciones por la vía judicial, contencioso administrativa, tendientes a impugnar actos relacionados con “la organización de la Fuerza Pública”, como también lo afirmaron los peritos propuestos por el Estado, Leonardo Jaramillo y Fernando Casado Gutiérrez en los siguientes términos:

“La norma establecía que no corresponden a la jurisdicción contenciosa administrativa los actos políticos de gobierno que afectan a la organización de la Fuerza Pública, sin embargo de la lectura del texto de la norma se desprende que **la misma no impedía de manera expresa que se propongan acciones judiciales por la vía contenciosa administrativa**⁶⁸.”

Por el contrario, el artículo 6 de la citada ley, establece la **incompetencia** de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para conocer “las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan (...) la organización de la Fuerza Pública”, lo cual deja fuera actos administrativos como una baja, que en nada afecta la organización de la Fuerza Pública, como se demostrará a continuación.

Al respecto, el Estado ecuatoriano, en su escrito de 8 de junio de 2004, ya afirmó que “la sanción impuesta a Homero Flor **no se relaciona con la estructura o reestructuración de las Fuerzas Armadas** (...) sino a una decisión de la autoridad militar en aplicación de sus Leyes y Reglamentos.⁶⁹”

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, se ha manifestado respecto a la correcta interpretación que se debe dar a la citada disposición normativa.

Así, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, que estuvo integrada por el ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Hernán Salgado Pesántes, en su Resolución No. 260-2007 de 20 de junio del 2007, respecto al artículo 6, literal c) manifestó:

El artículo 6, letra c), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin embargo, establece que: “No corresponden a la jurisdicción contencioso - administrativa c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de la Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso- administrativa”.- La interpretación correcta de esta norma, dentro del sistema jurídico ecuatoriano, **no permite excluir de la jurisdicción contencioso — administrativa, los actos administrativos de las Fuerzas Armadas, ya por el mandato del artículo 272 de la Constitución Política**, en

⁶⁸ Peritaje propuesto por el Estado ecuatoriano, en torno al caso Flor Freire vs. Ecuador, La Seguridad y Disciplina Militar, Leonardo Jaramillo y Fernando Casado, 2 de febrero de 2016.

⁶⁹ Estado ecuatoriano, escrito de 8 de junio de 2004.

05178

relación con las normas constitucionales antes referidas, **ya por la fecha de expedición de la Ley de Modernización del Estado** (ley posterior) en relación con aquella de expedición de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en aplicación del principio de temporalidad en la vigencia de las normas jurídicas de igual rango.- Sobre la base de las consideraciones precedentes, **esta Sala estima que los actos administrativos de la Fuerzas Armadas están sujetos a la jurisdicción de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo**⁷⁰.

En igual sentido, la misma Sala de la Corte Suprema, mediante Resolución No. 44-07, de 8 de febrero de 2007, manifestó:

“TERCERO: Para configurar el alcance de los términos "organización de la Fuerza Pública", vale la pena examinar objetivamente el alcance del término "organización". Éste, según las definiciones tanto de diccionarios generales, como de derecho, se refiere a la estructura general, a la configuración de los órganos operativos de una entidad.- En el caso de "organización de la Fuerza Pública" haría referencia un concepto general de estructuración de ella. La norma constante en la letra c) del artículo 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es una disposición de derecho público, que no puede ser interpretada en sentido extensivo o analógico, sino de acuerdo con su tenor literal. **Y es obvio que el término "organización", referido a la fuerza pública, no resulta aplicable para cuestiones de detalle como el ascenso o promoción de un oficial determinado (...).** QUINTO: **El artículo 196 de la Constitución Política de la República, (...), ordena que "Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones del Estado podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial...". Esta disposición constitucional despeja cualquier duda** en esta materia, al establecer, de manera expresa y amplia, la posibilidad de impugnar los actos administrativos emanados de las distintas funciones del Estado; dicha impugnación, naturalmente, se hará ante los correspondientes órganos de la función judicial, sistema de administración de justicia que en razón del mandato constitucional, previsto en el artículo 192, será un medio para la realización de la justicia⁷¹”

Lo dicho por la Corte Suprema, mediante las resoluciones citadas, que corresponden al mismo marco normativo del caso de la presunta víctima, fue confirmado incluso por el perito propuesto por la representación del señor Flor, en ese sentido, el perito durante la audiencia pública, ante la pregunta del juez Sierra Porto, respecto a si procedían los recursos contenciosos contra la decisión que ordenó la baja, en aplicación de su criterio jurídico contestó: **“yo creo que si se hacía una interpretación Constitucional de la norma contenciosa administrativa cabía lo contencioso administrativo⁷²”**, así mismo, afirmó: “creo que jurídica y doctrinariamente me parece que si yo

⁷⁰ **Anexo 2:** Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Resolución No. 260-2007, 20 de junio del 2007.

⁷¹ **Anexo 3:** Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Resolución No. 44-07, de 8 de febrero de 2007.

⁷² Intervención perito Ramiro Ávila, Audiencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de febrero de 2016.

05178

fuese juez de lo contencioso administrativo yo hubiese aceptado una demanda de ese tipo⁷³”.

Es tan claro que el recurso contencioso administrativo era procedente para impugnar este tipo de actos administrativos que el propio representante de la presunta víctima en el año 2004, en representación de un miembro de las Fuerzas Armadas al que se le negó su ascenso, presentó un recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción, en contra del acto administrativo que negó su ascenso, mismo que fue admitido a trámite por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito, aceptando su competencia para ese caso, en la demanda se argumentó lo siguiente:

“(…) este Tribunal, no sólo que debe dar aplicación directa a las normas internacionales y constitucionales y por tanto reconocer la plena competencia del Tribunal para conocer esta acción. ⁷⁴”

Con lo expuesto, queda demostrado que de acuerdo a las disposiciones legales y constitucionales, el recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción, pudo y debió haber sido interpuesto por el señor Homero Flor, en contra del acto administrativo de baja, como lo afirmó el Estado, lo reconoció el perito Ávila, y en la práctica existen casos como el citado que han sido tramitados ante tal jurisdicción. Así mismo, se ha demostrado que en virtud del objeto del recurso, consistente en “amparar un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata”; de su naturaleza reparatoria; y de que el recurso contencioso administrativo es un recurso de conocimiento, que faculta a la autoridad que lo conoce a examinar, tanto las cuestiones de hecho como las de derecho; **el recurso contencioso administrativo era el recurso adecuado y eficaz para las pretensiones del señor Homero Flor.**

2.3 Fondo

2.3.1 Inexistencia de vulneración al artículo 8

El Estado comprobará que tanto en el procedimiento de Información Sumaria, como en el Amparo Constitucional, se cumplieron con los parámetros establecidos en el artículo 8 de la CADH.

2.3.1.1 El procedimiento administrativo de información sumaria se acopla a los parámetros del artículo 8 de la Convención.

El debido proceso legal, según la jurisprudencia interamericana, “abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de

⁷³ Intervención perito Ramiro Ávila, Audiencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de febrero de 2016.

⁷⁴ **Anexo 4:** Demanda presentada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No.1, dentro del caso No. 11563 – EG, de mayo de 2004.

05178

aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial⁷⁵; de esta manera, los elementos contemplados en el artículo 8 de la Convención sirven “para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”⁷⁶. El artículo 8.1 de la CADH contempla los elementos que todo proceso debe tener, estos son: derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; encontrarse sujeto al juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. En el desarrollo del proceso administrativo de información sumaria todos estos preceptos estuvieron contemplados.

En cuanto a la **garantía de ser oído** por el ente juzgador competente, el señor Homero Flor en el desarrollo del procedimiento administrativo de información sumaria, fue oído en toda la etapa procedimental, circunstancia que se verifica con las diferentes comunicaciones presentadas por el señor Flor, que reposan en el proceso y que están en conocimiento de este Tribunal. Cabe indicar que las diferentes solicitudes efectuadas por el señor Flor al fuero militar fueron acatadas oportunamente. En tal sentido, se ha verificado que la presunta víctima tuvo acceso a las garantías judiciales dentro del procedimiento administrativo, sin ningún tipo de limitación.

Otra de las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención, es aquella vinculada a la tramitación de la causa en un **plazo razonable**. El Estado ecuatoriano indica que en el caso del señor Flor, la tramitación de la Información Sumaria se desarrolló acorde a los parámetros establecidos por la jurisprudencia de este mismo Tribunal⁷⁷, circunstancia que no ha sido controvertida por la presunta víctima, quien en ningún momento ha referido que el procedimiento de información sumaria se ha tramitado en un tiempo prolongado, consecuentemente, no existe vulneración al señor Flor en la tramitación administrativa sancionatoria.

Respecto a la **independencia e imparcialidad de los juzgadores**, la Corte IDH deberá considerar que el señor Flor al momento de los hechos era un militar en servicio activo, por lo que su fuero se encontraba constitucional⁷⁸ y

⁷⁵ Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Párr.124.

⁷⁶ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Párr. 202.

⁷⁷ Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Párr. 155. La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales¹¹³. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia.

⁷⁸ Constitución Política del Ecuador (1998). Decreto Legislativo 0, Publicado en el Registro Oficial No1 de 11 de agosto de 1998.

05178

legalmente determinado⁷⁹. Ahora bien, tanto la CIDH, como el representante de la presunta víctima, han alegado falta de independencia e imparcialidad respecto al juez que sustanció la información sumaria, ya que la persona que la tramitó fue juez de derecho y superior del señor Homero Flor⁸⁰. Al respecto, es indispensable recordar que el procedimiento denominado "información sumaria" se encontraba conformado por las etapas: Investigativa, Intermedia y Resolutiva⁸¹. En las dos primeras, el juez de instrucción, letrado en derecho, conducía el proceso y elaboraba un proyecto de resolución, el cual era elevado para el conocimiento del Comandante de la Zona o Brigada, quien emitía una resolución, la cual era puesta en consideración del Consejo de Disciplina (Consejo de Subalternos) correspondiente, que no se encontraba en el recinto militar en que sucedieron los hechos y por tanto no tenía conocimiento previo de los sucesos. Éste Consejo resolvía la situación puesta a su conocimiento, por ser el ente regulador de la carrera del militar sancionado. Es decir, el juez de derecho no tenía incidencia sobre la emisión de la baja.

En el caso concreto, se comprueba del expediente que efectivamente, el juez de instrucción, letrado en materia jurídica, condujo las etapas investigativa e intermedia y elaboró el proyecto de resolución a fin de que el Comandante de la IV Zona Militar se pronuncie. El Comandante Víctor Zabala, con los elementos sustanciados en las etapas del procedimiento emitió una resolución administrativa, que fue puesta en conocimiento del Consejo regulador correspondiente para que éste se pronuncie al respecto, es decir, el procedimiento cumplió con los parámetros determinados por la norma para la tramitación de la información sumaria; y por tanto, en ningún momento se le desvió al señor Flor de su juez natural y competente para tramitar la causa.

La Corte IDH al analizar el tema de la imparcialidad ha expuesto que esto constituye una garantía fundamental del debido proceso. En tal sentido, según se desprende el caso Usón Ramírez, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función, como juzgador, cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio.⁸² Así mismo, ha indicado que esta garantía exige que el juez que interviene en una contienda particular, se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda respecto a su imparcialidad⁸³. Con estas precisiones, se

⁷⁹ Registro Oficial 660, Ley de Personal de las Fuerzas Armadas. Fecha de publicación 10 de abril de 1991

⁸⁰ CIDH, Informe de Fondo No. 81/13, 4 de noviembre de 2013, párr. 142-150. Ver también ESAP presentado por el doctor Alejandro Ponce Villacís, pág. 17-18. Audiencia pública celebrada el 17 de febrero de 2016, presentación del caso por parte de la CIDH Min. 10:54 Parte 1. Interrogatorio al señor Ramiro Ávila por parte del señor Alejandro Ponce. Min. 19:55 parte 2.

⁸¹ Reglamento para la Tramitación de Informaciones Sumarias en las Fuerzas Armadas, Orden General No. 240, 22 de diciembre de 1993, Arts. 12-24.

⁸² Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, Párrafo 117

⁸³ Corte IDH, caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 5 de agosto de 2008., párr. 56

05178

indica que el juez de derecho que tramitó la causa del señor Flor fue imparcial, toda vez que su aproximación a los hechos fue desarrollada de manera objetiva, ya que además contaba con el apoyo de un letrado en derecho que sustanció las dos primeras etapas procedimentales que tampoco tenía un interés subjetivo u objetivo sobre la causa.

Así también, para la doctrina, en toda sociedad democrática es un postulado básico que los jueces deben ser independientes, en tanto no pueden estar sometidos, cuando administren justicia, sino a la ley; siendo esto no un privilegio otorgado a los jueces sino una garantía para los ciudadanos⁸⁴. En el presente asunto, el señor Flor no ha podido demostrar que los responsables de resolver el proceso administrativo sancionador habrían carecido de independencia. De la información que reposa en el expediente del caso, jamás se observa algún tipo de presión, sea esta interna o externa, en torno al desarrollo del proceso administrativo, por lo tanto, carece de sustento alegar que se ha vulnerado el derecho del señor Flor contemplado en el artículo 8.1., y en tal virtud se solicita a la Corte que deseche ésta pretensión del señor Flor.

2.3.1.2 El Amparo Constitucional planteado por el señor Flor se acopló a los parámetros del artículo 8 de la Convención.

Como se refirió en el acápite anterior, el artículo 8 de la Convención consagra los "lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto por un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos"⁸⁵. Con relación al presente asunto, el Estado ecuatoriano demostrará que el amparo constitucional fue sustanciado con las debidas garantías procesales, y si bien la acción fue rechazada, esto no se debió a una vulneración de las garantías procesales, sino a que la acción presentada por la presunta víctima no fue debidamente formulada.

La acción de amparo era una garantía constitucional que encontraba su respaldo en la carta magna del Ecuador de 1998, vigente a la época del caso, así como en la Ley de Control Constitucional. Con respecto al **derecho a ser oído**, el artículo 49 de la Ley, indicaba que una vez planteado el recurso, el juez o tribunal, convocará por una sola vez y mediante comunicación escrita, a las partes para **ser oídas en audiencia pública** [...] ⁸⁶, esta circunstancia se verificó en el caso del señor Flor, en el desarrollo de la audiencia pública

Ver también Pullar v. the United Kingdom, judgment of 10 June 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-III, § 30, y Fey v. Austria, judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A p. 8, § 28.

⁸⁴ Jiménez Villarejo, José. La independencia de los Jueces. Una democracia de verdad facilita la labor de los magistrados. Revista el Ciervo No. 662, mayo 2006.

⁸⁵ Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Párr. 115

⁸⁶ Ley de Control Constitucional. Ley 0. Publicada en el Registro Oficial No. 99 de 2 de julio de 1997.

05178

llevada a cabo en el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha⁸⁷, así como, de las diversas actuaciones realizadas por la presunta víctima en el proceso, sin limitaciones para ejercer su defensa.

En cuanto a la garantía de **plazo razonable**, la Corte IDH ha indicado que el tiempo de tramitación de cada proceso debe analizarse de manera individual⁸⁸, pues bien, en el caso de señor Flor, el tiempo de resolución de la acción de amparo fue de un año quince días, tiempo acorde a los parámetros internacionales y que en nada afectó a la presunta víctima, ya que como se indicó líneas atrás, la presentación de este recurso se dio cuando aún no se había definido la situación administrativa del peticionario. Adicionalmente, el Estado ecuatoriano recalca que la representación del señor Flor no alegó la vulneración de esta garantía en torno al proceso, sino únicamente de manera supletoria; ya que la presunta violación se ocasionó, según el representante de la víctima, por el resultado que tuvo la acción de amparo, el cual se debió a la errónea interposición del recurso por parte del señor Flor, que como estableció el Tribunal Constitucional, no cumplió con los requisitos dispuestos en la Ley de Control Constitucional.

Con relación a la garantía de **ser juzgado por el juez competente**, el artículo 47 de la Ley de Control Constitucional, vigente a la época de los hechos, indicaba que la competencia para el conocimiento de esta acción eran de los jueces de lo civil, los tribunales de instancia, los jueces penales o los tribunales penales, quienes no podían inhibirse de conocer tal acción; asimismo, esta acción era sustanciada en el fuero ordinario,⁸⁹ lo que se comprueba en el caso del señor Flor, cuyo proceso fue sustanciado ante el Juez Sexto de lo Civil, y apelado ante el Tribunal Constitucional.

En cuanto a la **garantía de imparcialidad**, la Corte IDH en el caso Herrera Ulloa, ha dicho que ésta tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos. En cuanto a la subjetividad, el tribunal debe carecer de prejuicio personal; por otro lado, en cuanto a la objetividad, los tribunales deben inspirar la "confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática"⁹⁰. En el caso del señor Flor, del análisis del expediente, no se observa ningún tipo de prejuicio en su contra, lo que comprueba imparcialidad subjetiva del ente juzgador. En cuanto a la objetividad, los jueces que tramitaron la acción, brindaron un ambiente de confianza, ya que su designación para conocer los casos, estaba sujeta a las normas

⁸⁷ Audiencia pública, 5 de febrero de 2001.

⁸⁸ Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99, párr. 130, y Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, op. cit., párr. 160.

⁸⁹ Ley de Control Constitucional. Ley 0. Publicada en el Registro Oficial No. 99 de 2 de julio de 1997.

⁹⁰ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Párr. 170 y 171.

05178

constitucionales y legales. Debe considerarse que no existe, por parte de la presunta víctima un cuestionamiento específico sobre este punto.

En cuanto a la **independencia**, la Corte IDH ha referido que, “radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”⁹¹. En el caso del señor Flor, no se ha comprobado ningún tipo de injerencia por parte de otros órganos estatales, o inclusive algún tipo de presión interna. Tanto es así que, el señor Flor no ha alegado que en el proceso de amparo se haya vulnerado los derechos consagrados en el artículo 8 de la CADH, sin embargo, es importante para el Estado demostrar que en el ámbito interno, los procesos fueron respetados en todo momento, garantizando así un debido proceso a favor del señor Flor.

El Ecuador ha expuesto de manera adecuada que garantizó el derecho contenido en el artículo 8 al señor Flor, toda vez que se observa que tanto en el procedimiento administrativo como en el desarrollo del amparo constitucional, se respetó el debido proceso.

2.3.2. Inexistencia de vulneración al artículo 25

Con relación al artículo 25, los Estados parte de la Convención Americana han afirmado que “se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos”⁹². En este sentido, la Corte Interamericana ha indicado en su jurisprudencia el sentido de la protección otorgada por el artículo 25, de la siguiente manera:

“es la posibilidad real de acceder a un recurso judicial para que la autoridad competente y capaz de emitir una decisión vinculante **determine si ha habido o no una violación** a algún derecho que la persona que reclama estima tener y que, en caso de ser encontrada una violación, el recurso sea útil para restituir al interesado en el goce de su derecho y repararlo”⁹³.

En el presente caso, la presunta víctima tenía a su disposición tanto el recurso de amparo constitucional como el recurso administrativo de plena jurisdicción; sin embargo, el primer recurso fue planteado de forma incorrecta y el segundo, ni siquiera se intentó interponer ante la justicia interna, como ya ha sido explicado con anterioridad.

⁹¹ Corte IDH. Caso Aplitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Párr. 55

⁹² Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Párr. 91.

⁹³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, párr.24. Caso Castañeda Gutman vs. México. Sentencia de 6 de Agosto de 2008, párr.100.

05178

El acto administrativo que presuntamente habría vulnerado los derechos del señor Homero Flor (la baja del servicio militar), debió haberse impugnado por medio del recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción, tal como ha sostenido el Estado y corroborado el perito Ramiro Ávila en la audiencia pública, como ha sido señalado con anterioridad. Este recurso, al ser de conocimiento, permitía revisar la legalidad del acto administrativo y la reparación del derecho subjetivo violentado, sin embargo, este recurso nunca fue interpuesto por la presunta víctima.

En este mismo sentido, el recurso citado era efectivo ya que permitía remediar la situación presuntamente violatoria, mediante sentencia, misma que podía ser casada ante la ex -Corte Suprema de Justicia. Adicionalmente, su idoneidad se verificó porque permitía atacar diferentes situaciones jurídicas a través de la propia acción y la ejecución de diferentes recursos como aclaración, ampliación, recusación, nulidad y casación. Adicionalmente, este recurso disponía de plazos para cada actuación.

El representante de la presunta víctima, alegó desde un inicio, que el acceso a este recurso estaba expresamente prohibido por el artículo 6, literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Sin embargo, como se ha dicho durante el proceso interamericano, no existía prohibición expresa, de interponer un recurso contencioso administrativo, de los actos emanados dentro de los procesos disciplinarios militares, sino que, dicha norma establece la incompetencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo únicamente para actos que afecten la organización de la Fuerza Pública. El Estado reitera que la resolución de la baja del señor Homero Flor, constituyó un acto administrativo de sanción y no un acto que afectaba a la estructura o la organización de la Fuerza Pública.

El artículo 86 de la Ley del Personal de la Fuerzas Armadas, señalaba que la baja es un acto administrativo, concomitantemente, la Constitución del año 1998, vigente a la época de los hechos, establecía, en su artículo 196, que los actos administrativos generados por cualquier autoridad podían ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, de igual manera, cabe destacar que el artículo 38 de la Ley de Modernización, artículo posterior a la emisión de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pero anterior a los hechos del caso, indicaba qué tipos de actos eran de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, inclusive determinó que no era necesario el agotamiento de los recursos administrativos para poder acceder ante la vía judicial. Por lo tanto, el argumento de que no se podía acudir a la Ley de lo Contencioso Administrativo es errado, y de los anexos adjuntados a este escrito, se demuestra que existieron varios casos relativos a bajas militares que se ventilaron ante los jueces de lo Contencioso Administrativo, incluso uno de ellos, auspiciado por el representante del señor Homero Flor Freire.

05178

Incluso, como ya se dijo con anterioridad, el mismo perito Ramiro Ávila en la audiencia pública, afirmó la posibilidad de recurrir a esta vía, ya que manifestó:

“Yo creo que si se hacía una interpretación Constitucional de la norma contenciosa administrativa **cabía lo contencioso administrativo** [...] Bueno yo creería que jurídicamente **eso podría haber abierto la vía contenciosa administrativa** pero me parece que en el criterio y en las circunstancias de la época era un recurso inútil [...] me parece a mí pero creo que jurídica y doctrinariamente **me parece que si yo fuese juez de lo contencioso administrativo yo hubiese aceptado una demanda de ese tipo.**⁹⁴”

Por lo tanto, el señor Homero Flor Freire, no acreditó el agotamiento de los recursos de jurisdicción internos, pues como se pudo observar, no interpuso el recursos contencioso administrativo. En este sentido, el Juez Vio Grossi, en un voto disidente, ha señalado que el agotamiento de los recursos internos es “más que un beneficio del Estado, **un requisito u obligación que debe cumplir la presunta víctima o el peticionario**”⁹⁵.

Por otro lado, el Estado considera que el recurso de amparo que estaba a disposición del señor Homero Flor, cumplió con las exigencias dispuestas en el artículo 25 de la Convención Americana. Sin embargo, este recurso, en el presente caso, fue erróneamente formulado. En efecto, el amparo constitucional permitía el reconocimiento de los derechos vulnerados, pero la pretensión del señor Homero Flor fue textualmente la siguiente:

“Se ha iniciado una información sumaria en mi contra por supuesto homosexualismo, es decir se me pretende acusar de un delito que fue declarado inconstitucional, los fundamentos de derecho de la petición de amparo Constitucional del señor Flor fueron que el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar se encuentra derogado y textualmente cita vuelvo a reiterar lo que ya dije hablo de esta disposición pero nunca he sido homosexual y no voy a tolerar que nadie, sean personas civiles o militares, me injurien o pretendan destruir mi carrera profesional⁹⁶”.

Esta pretensión se puso en conocimiento del juez de lo civil, fundamentándose en la aplicación de una disposición normativa (artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar) que según el señor Flor Freire, se encontraba derogada. Sin embargo, afirmación que es errada, dado que la norma que había sido declarada inconstitucional fue la del Código Penal, mismo que no tenía ningún efecto sobre el artículo 117 del Reglamento, pues eran normas de naturaleza

⁹⁴ Intervención perito Ramiro Ávila, Audiencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de febrero de 2016

⁹⁵ Voto individual disidente del juez Eduardo Vio Grossi. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Wong Ho Wing vs. Perú. sentencia de 30 de junio de 2015 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

⁹⁶ Demanda de amparo constitucional planteada por el señor Homero Flor, en contra de la resolución de 17 de enero de 2001.

05178

distinta, la una constituía una norma administrativa, mientras la otra tipificaba delitos.

En efecto, de la Resolución de la Acción de Amparo, el Señor Homero Flor presentó un recurso de apelación ante el Tribunal Constitucional, pidiendo textualmente al Tribunal que se pronuncie sobre “si estaba despenalizado el delito de homosexualismo” y si “la despenalización de la infracción era aplicable a los civiles y militares por igual⁹⁷”. El Tribunal resolvió como ya se indicó, negando la acción, por no haber probado una vulneración a los derechos constitucionales del señor Flor y por la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley de Control Constitucional.

En virtud de lo indicado, el Estado de Ecuador rechaza la supuesta vulneración del artículo 25 de la Convención Americana, ya que el peticionario dispuso de recursos adecuados y efectivos para solicitar la protección de sus derechos, sin embargo la incorrecta o no interposición de estos, no puede ser atribuido al Estado.

2.3.3. Sobre el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación al artículo 2 de la Convención.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos claramente ha definido que el artículo 1.1, que se refiere a la obligación estatal de proteger y respetar los derechos contenidos en la Convención, es una norma de carácter general, cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del Tratado Interamericano. Con esa perspectiva, la disposición jurídica de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos, debe darse bajo la condición de que no se produzca discriminación alguna. En la misma jurisprudencia de la Corte, se establece el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, lo que implica reconocer que la noción de igualdad es inseparable de la dignidad de la persona y se deriva de la condición del género humano, frente a lo cual, la Corte ha dicho:

“(…) es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación (...)”⁹⁸

Dentro de esta perspectiva, el Estado ha garantizado la protección del derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, distinguiendo que mientras las obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprecia el deber del Estado de respetar y garantizar

⁹⁷ Apelación ante el Tribunal Constitucional, de la sentencia de 18 de julio de 2001.

⁹⁸ Corte IDH, Caso Atala Rifo y niñas vs Chile, Sentencia de 24 de febrero del 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 79.

05178

sin discriminación los derechos contenidos en la CADH, el artículo 24 del mismo instrumento interamericano protege el derecho a igual protección frente a la ley.

Dentro del presente caso, estas obligaciones internacionales se cumplieron cabalmente por cuanto el Ecuador ha desarrollado importantes avances normativos e institucionales en diferentes niveles, principalmente en los órdenes administrativos y jurisdiccionales, para consolidar el principio de igualdad y no discriminación; y a la par, proteger ante cualquier posibilidad de discriminación en el plano normativo, siguiendo los mandatos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el contenido jurídico del artículo 11. 3 de la Constitución de la República vigente.

Esta perspectiva jurídica justamente fue desarrollada en la audiencia del caso, expresando que un punto de partida significativo de este proceso de evolución normativa (progresividad jurídica) se visibilizó en el año 1997 con la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma penal que sancionaba el homosexualismo, asunto que se consolidó en la Constitución de 1998, a través del artículo 23 que, al referirse a la igualdad ante la ley, describió como motivos prohibidos de discriminación a la orientación sexual. Debe recalcar que ninguno de estos aspectos fue reconocido por el perito Robert Warren Wintemute, lo que demostró falta de conocimiento de la evolución normativa ecuatoriana. Es precisamente a este permanente proceso de cambio jurídico, ajustado a los estándares internacionales de protección de derechos humanos, que el Estado identificó como progresividad, principio que modela la actuación del Estado con enfoque de derechos.

La norma constitucional ecuatoriana, vigente, no plantea distinción alguna entre derechos civiles y políticos, o derechos económicos, sociales y culturales⁹⁹, asunto jurídico que no fue asimilado adecuadamente por la CIDH y el representante, quienes tanto en el cierre de su presentación jurídica, como en los alegatos orales, respectivamente, confundieron el alcance de la explicación sustentada por el Estado, en torno a progresividad, con el contenido del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que refiere a desarrollo progresivo de derechos económicos, sociales y culturales, cuando en realidad el Estado se estaba refiriendo por un lado; a que claramente el estándar jurídico de protección internacional de derechos humanos, es dinámico y se modifica en el tiempo; y a que en el caso concreto de Ecuador, el principio de progresividad contenido en el artículo 11. 8 de la Constitución, orienta el desarrollo de las normas, jurisprudencias y políticas públicas, asunto que puede reflejarse específicamente dentro del caso, cuando en el año 2008 el Ecuador derogó el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar que fue materia de discusión en la audiencia pública.

⁹⁹ Constitución de la República del Ecuador de 2008, artículo 11.6.

05178

En el contexto señalado, el Magistrado Eduardo Vio Grossi preguntó al perito propuesto por el representante, señor Ramiro Ávila Santamaría, si consideraba que era suficiente la determinación normativa del nuevo reglamento disciplinario, que había derogado la disposición que se alegó en los hechos y que supuestamente originó un trato discriminatorio; al respecto, la respuesta del perito reconoció que la obligación general contenida en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se habría cumplido.

De otra parte, el Estado en referencia al artículo 24 de la Convención señaló dentro de la audiencia del caso, que no solo es posible verificar el desarrollo normativo para protección del derecho a la igualdad ante la ley, sino también a nivel jurisprudencial, así, en este sentido, el Estado destacó que la Corte Constitucional del Ecuador ha receptado y armonizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como el 0445- 11EP¹⁰⁰, de 09 de octubre de 2013, en la que no solo se determinó el alcance de protección del Estado en materia de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación, sino que además recogió de forma significativa el estándar jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones.

2.4. Reparaciones

El Estado ecuatoriano tanto en su contestación al ESAP, como en la audiencia pública, presentó su posición respecto a las posibles reparaciones en torno al caso. Sin embargo, el Ecuador se referirá a puntos específicos expuestos en la audiencia. Cabe manifestar, que las solicitudes efectuadas por el señor Flor, no tendrían cabida, en razón de la falta de agotamiento de recursos de jurisdicción interna tendientes a reparar su situación, sin embargo, en el eventual caso, de que el Tribunal declare que el Estado incurrió en responsabilidad internacional, el Ecuador solicita a la Corte analizar las siguientes consideraciones:

En la audiencia pública, el señor Homero Flor indicó que espera que la Corte haga justicia en función del respeto a la dignidad de su persona. En cuanto a las reparaciones, el declarante indicó que a más de la develación de una placa de disculpas públicas, celebrada en el desarrollo del cumplimiento del informe de fondo emitido por la CIDH, el Estado se había comprometido a realizar dos publicaciones más (refiriéndose a la publicación en la Orden General y en las páginas web del Ministerio de Defensa y Ministerio de Justicia). Al respecto, el Estado ha reiterado durante la tramitación de esta causa ante el Tribunal Interamericano, que las acciones llevadas a cabo en el marco del cumplimiento al Informe de Fondo No. 81/13 de la CIDH, no conllevan la existencia de un reconocimiento de responsabilidad internacional estatal, situación que no

¹⁰⁰ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP, de 9 de octubre del 2013.



05178

debe ser utilizado en su contra, pues el hacerlo, tendría como efecto, que ningún Estado intente implementar las recomendaciones establecidas en los informes de fondo. Así mismo, el Ecuador considera que las "otras publicaciones" no serían adecuadas en tanto que la sentencia emitida por este Tribunal constituye un mecanismo de reparación.

Adicionalmente, el magistrado Vio Grossi realizó el siguiente cuestionamiento al señor Flor, ¿a qué se dedicó usted y a qué se dedica ahora, de qué ha vivido y de qué vive después del retiro de Fuerzas Armadas?, a lo que la presunta víctima dijo que por su conocimiento en temas de seguridad tuvo algunos empleos, sin embargo, por haber sido separado del ejército por "mala conducta", perdía su trabajo, así también indicó haberse dedicado al comercio, específicamente a vender rosas. El Ecuador observa que esta pregunta se relaciona con el posible daño material causado en contra del señor Flor, respecto al cual la Corte IDH ha dicho que este supone "la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso"¹⁰¹, tal como lo refirió el Estado en la contestación al ESAP, el peticionario no presentó ningún tipo de documento que respalde sus alegaciones en torno al presunto perjuicio material, el Ecuador desea referir que de las certificaciones proporcionadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS)¹⁰² y el Servicio de Rentas Internas (SRI)¹⁰³ se desprende que el señor Flor ha mantenido una actividad laboral constante, y actualmente se encuentra trabajando para la Compañía España-Ponce, por más de un año, por lo tanto, no se justifica un detrimento en los ingresos del señor Flor.

En este mismo sentido, el señor Flor ha referido que muchas veces perdió sus trabajos de manera ilegal, es decir, fue separado de las empresas en las que trabajaba porque presuntamente se enteraban que su salida del Ejército se dio por una mala conducta. Sobre este punto, el Ecuador indica que en el ámbito interno se cuenta con normativa tendiente a garantizar los derechos de los trabajadores, las cuales pudieron ser empleadas por el señor Flor al sentir que sus derechos laborales eran conculcados, tal como lo hizo en el año 2008, al presentar un juicio laboral por pago de utilidades en contra la compañía Schlumberger Surencó¹⁰⁴. Cabe aclarar, que las presuntas separaciones

¹⁰¹ Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, Párrafo 182

¹⁰² **Anexo 5:** Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Oficio No. IESS-DPP-2016-0068-OF de 1 de marzo de 2016. **Ver también anexo 34 contestación ESAP:** Oficio No. IESS-UPACP-2015-8099-O suscrito por la Ing. Erika Pacheco, Responsable de Afiliación, Aportes e Historial Laboral.

¹⁰³ **Anexo 6:** S.R.I. Oficio No. 917012016OAAG000511 de 10 de marzo de 2016. **Ver también anexo 35 contestación ESAP:** Oficio No. 917012015OAAG000728 de 15 de abril de 2015, suscrito por la Economista Ximena Amoroso, Directora General del Servicio de Rentas Internas.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Laboral y Social. Expediente de casación 905. Registro Oficial No. 152 de 17 de marzo de 2010.

05178

laborales que no fueron probadas por el señor Flor, no tienen relación alguna, con actuaciones del Estado o sus agentes.

En otro orden de las cosas, el señor Flor alegó que el hecho de haber sido considerado homosexual provocó su divorcio. Al respecto, el Estado debe señalar que, de la información que reposa en el expediente judicial, mismo que como ha sido señalado, es de carácter público, se observa que el divorcio se generó por la causal de abandono de hogar por parte del señor Flor, cuanto más su representante en la audiencia de contestación de la demanda, manifestó la voluntad del señor Flor de dar por terminado el vínculo matrimonial, por lo cual esta situación no es atribuible al Estado, aspecto que debe ser considerado por la Corte para excluir este asunto de las alegaciones sobre reparaciones y supuestos daños.

En esta misma línea, el señor Flor indicó que su ex esposa ha condicionado las visitas a su hija, en relación al resultado que tenga este proceso ante la Corte IDH, adicionalmente, indicó que su ex esposa, le ha requerido la cantidad de mil dólares como pensión alimenticia. Sobre este punto, el Ecuador indica que en el ámbito interno cuenta con mecanismos para que los progenitores puedan ver a sus hijos, esto es a través de un juicio de visitas. En tal sentido, el señor Flor puede ejercer sus derechos como padre y exigir las visitas que le corresponden, fuera de cualquier tipo de amenaza o chantaje. Así mismo, la normativa interna a la que se ha hecho referencia, establece diversos niveles para el cálculo de la pensión alimenticia, los cuales van desde el 28.18% del ingreso mensual hasta el 45.12%¹⁰⁵, por lo que, la determinación de una pensión alimenticia se da de manera proporcional a los ingresos del demandado.

De otro lado, el señor Flor alegó que la reparación fundamental es la reincorporación al Ejército Ecuatoriano. Al respecto, la Corte Constitucional del Ecuador¹⁰⁶, ha indicado que es imposible ordenar que miembros de Fuerzas Armadas separados, regresen a formar parte de las filas militares, ya que existiría una revictimización y una desestabilización de la institución armada.

En este mismo sentido, el señor Leonardo Jaramillo, perito estatal refirió que existen dos mecanismos de reingreso a las líneas militares, una de ellas por pedido de las mismas Fuerzas, entendido como re- enlistamiento y otra que se daría en el caso de existir una separación ilegal. Con relación al segundo caso, el experto indicó que si bien podría existir el reintegro, la persona no podría ingresar a un cargo superior, toda vez que los miembros de las Fuerzas Armadas pertenecen a una institución piramidal, en la cual van ascendiendo las personas con mayor capacidad, en tal sentido, una persona que se

¹⁰⁵ Acuerdo Ministerial 132 de 10 de marzo de 2016, publicada en el Registro Oficial No. 709.

¹⁰⁶ Acción de Incumplimiento en reincorporación a filas militares, Resolución de la Corte Constitucional No. 29, Registro Oficial Suplemento No. 372 de 27 de enero del 2011.

05178

encontraba separada de las líneas militares **no tendría** las capacidades y aptitudes para asumir un mando superior.

Se debe indicar que las condiciones de ascenso en el Ecuador se encuentran normativamente regladas. El artículo 101 de la Ley de Personal de Fuerzas Armadas indica lo siguiente:

“El ascenso constituye un derecho del militar para pasar al grado inmediato superior, cumpliendo con los **requisitos** establecidos en la Ley, siempre que existiere la correspondiente **vacante orgánica**”¹⁰⁷.

De la norma referida, se contempla que hay dos elementos en torno a los ascensos, el cumplimiento de requisitos y la existencia de una vacante orgánica. Con relación a los requisitos para ascender, la norma militar determina requisitos comunes para el ascenso, aplicable a todos los miembros de las Fuerzas Armadas, siendo estos:

- a) Acreditar el puntaje mínimo que para cada grado se determina en la presente Ley;
- b) Aprobar el correspondiente curso;
- c) Haber cumplido funciones en unidades correspondientes a su clasificación, por lo menos durante un año en el grado, para oficiales superiores, suboficiales y sargentos primeros, y dos años para el resto de jerarquías;
- d) Haber sido declarado apto para el servicio, de acuerdo a ficha médica; y,
- e) Haber cumplido con el tiempo de permanencia en el grado.
- f) No haber reprobado ningún curso militar o técnico en el país o en el exterior, de acuerdo al reglamento respectivo; y,
- g) No encontrarse incurso en una o más de las causales de la Separación del Personal Militar¹⁰⁸.

En cuanto a los requisitos específicos según los grados militares, la norma refiere:

REQUISITOS PARA EL ASCENSO DE OFICIALES DE ARMA Y DE SERVICIOS O TECNICOS

Art. 122.- Los oficiales de arma, técnicos y de servicios a más de los requisitos comunes para su ascenso, cumplirán los siguientes, según su grado:

- a) Para el ascenso a Teniente, Capitán, Mayor y Teniente Coronel de Arma o sus equivalentes en la Fuerza Naval, aprobar el respectivo curso de Estudios Militares, establecidos en los reglamentos pertinentes de cada Fuerza;

¹⁰⁷ Ley de Personal de Fuerzas Armadas. Ley 118. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 660 de 10 de abril de 1991.

¹⁰⁸ Ibid.

05178

- b) Para ascender a Teniente Coronel de Estado Mayor o su equivalente, haber aprobado el curso de Estado Mayor de Arma, Técnico y de Servicios en las Academias de Guerra Nacionales y no haber sido sancionado por el cometimiento de una falta atentatoria, como oficial superior;
- c) Para ascender a Coronel o Capitán de Navío, no haber sido sancionado por el cometimiento de una falta atentatoria, en el grado;
- d) Para ascender a General de Brigada o sus equivalentes en las demás Fuerzas, se requiere:

Para los Oficiales de Arma:

- 1) Obtener la resolución favorable del Consejo de Oficiales Generales o Almirantes de Fuerza; y,
- 2) Haber aprobado el Curso de Estado Mayor Conjunto.

Para los Oficiales Técnicos y de Servicios:

Obtener la resolución favorable del Consejo de Oficiales Generales o Almirantes de Fuerza;

- e) Para ascender a General de División, Vicealmirante o Teniente General, se requiere ser Oficial de Arma y obtener la resolución favorable del Consejo de Oficiales Generales o Almirantes de Fuerza. En caso de que no pudiera constituirse el mencionado Consejo esta responsabilidad la asumirá el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas; y,
- f) Para ascender a General de Ejército, Almirante o General del Aire se requiere que el Oficial General se encuentre ejerciendo en forma efectiva y como titular, uno de los siguientes cargos: Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas o Comandante General de Fuerza.

Como se aprecia, el personal militar debe cumplir con diversas condiciones para poder ascender, y no todo el personal está en condiciones de hacerlo, por lo que, cada vez que asciende una promoción, algunos de los miembros son dados de baja por no cumplir los requisitos de ascenso, o porque no existe la vacante orgánica. En el caso concreto, los compañeros de promoción del señor Flor han tenido que acatar y cumplir con los requisitos de ascenso, así por ejemplo se observa que el señor Diego Villagrán ha realizado los siguientes cursos:

Capacitación Militar:

- 1. Aspirante a Subteniente
- 2. Perfeccionamiento de Subteniente a Teniente "Tigre"
- 3. Básico de armas y servicio de Teniente a Capitán.
- 4. Avanzado de Capitán a Mayor de Arma
- 5. Estado mayor de arma, de Mayor a Teniente Coronel.¹⁰⁹

Consecuentemente, una persona que ha sido separada de la institución militar, que no posee los conocimientos, y que no cumple con los requisitos de

¹⁰⁹ Hoja de vida Personal señor Diego Villagrán.

05178

ascenso, no podría ocupar un cargo superior al que dejó al momento de ser separado de las Fuerzas Armadas. Esta afirmación fue sostenida por el perito Jaramillo, quien manifestó que de su investigación tanto a nivel nacional como internacional, no se ha comprobado que miembros separados de las Fuerzas Armadas reingresen a cargos superiores. En tal virtud, no podría considerarse un reintegro a las líneas militares a favor del señor Homero Flor, toda vez que el peticionario no agotó los recursos en la vía interna, pero además no cumple con los requisitos para ajustarse a su promoción.

De otro lado, el Estado ecuatoriano refiere que en la audiencia pública, el perito Ramiro Ávila expuso que el actual Reglamento de Disciplina Militar se acopla a los parámetros establecidos en el artículo 2 de la CADH, motivo por el cual no existiría la necesidad de implementar medidas legislativas en el ámbito ecuatoriano; el Estado ecuatoriano concuerda con el perito, pero además recuerda que en el ámbito interno el Ecuador tiene un manejo de políticas públicas tendientes a eliminar cualquier tipo de discriminación. En tal virtud, la Corte no debería contemplar ningún tipo de medidas de reparación al respecto.

Por todo lo expuesto, el Estado ecuatoriano ha demostrado que no se ha generado un perjuicio material con relación al proyecto de vida del señor Flor, ya que el peticionario ha podido ejercer actividades económicas y laborales sin ningún tipo de restricción. Así mismo, el Ecuador ha demostrado la imposibilidad de reintegro a las líneas militares en razón de la no victimización del señor Flor, pero en el supuesto no consentido, en que el Tribunal determine el reintegro de la presunta víctima, éste no podría reingresar a un cargo mayor, sino al cual ejercía en el año 2000, esto es Teniente. Finalmente, el Estado se reafirma en sus alegaciones vinculadas a daño inmaterial, medidas de satisfacción y garantías de no repetición, así como a los valores contemplados por costas y gastos, determinados en la contestación al ESAP.

3. Preguntas efectuadas por los magistrados

A continuación, el Estado resolverá las inquietudes planteadas por los señores Jueces en el desarrollo de la audiencia pública.

3.1. Pregunta planteada por el Juez Humberto Sierra-Porto

Explicar si el procedimiento sancionatorio concluía con una resolución de carácter judicial, ya que del análisis del Juzgado 6to de lo Civil, como del Tribunal Constitucional, se indica que la resolución del Juzgado de la Cuarta Zona Militar era judicial (procedimiento penal militar).

Respecto a la pregunta del Juez Sierra Porto, el Estado, por considerarlo pertinente, dividirá la pregunta en dos partes; la primera respecto al proceso sancionatorio; y la segunda respecto a la resolución del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha y del Tribunal Constitucional.

05178

a) Respecto al proceso sancionatorio, el Estado precisa que el señor Homero Flor fue sancionado por el cometimiento de una falta disciplinaria, que se encontraba dispuesta en el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, misma que establecía que los miembros de las Fuerzas Armadas que incurran en dicha falta disciplinaria, "se sujetarán a lo previsto en el artículo 87 literal i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas", que disponía:

"Art. 87.- El militar **será dado de baja** por una de las siguientes causas:

- i) Por convenir al buen servicio, sea por mala conducta o por incompetencia profesional del militar, calificada así por el respectivo Consejo, de conformidad con lo establecido en el Reglamento correspondiente, cuando no tenga derecho a disponibilidad.¹¹⁰

Por otro lado, la citada norma contenida en el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, también disponía:

"Los ciudadanos que se encontraren cumpliendo el Servicio Militar Obligatorio en las Fuerzas Armadas y que incurrieren en los hechos señalados en el inciso anterior, **serán separados del servicio activo.**

De no estar plenamente comprobado el grado de participación del miembro de las Fuerzas Armadas, en los referidos hechos, las autoridades competentes ordenarán el trámite de **una información sumaria investigativa.**"

Al señor Homero Flor, se le inició una información sumaria, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento de Tramitación de Informaciones Sumarias en las Fuerzas Armadas era un **procedimiento administrativo, tendiente a establecer la verdad** sobre un hecho y determinar las consecuencias jurídicas del mismo.¹¹¹

La información sumaria, tenía tres etapas, la investigativa, la intermedia y la resolutive. En la etapa resolutive, mediante la cual concluía la información sumaria, el juez de brigada o zona emitía una resolución que era puesta a conocimiento del Comando General de la Fuerza. Una vez que la resolución se había puesto a conocimiento del Comando General, la misma pasaba a conocimiento del Consejo de Oficiales Subalternos, organismo que podía resolver la suspensión o disponibilidad de funciones de los Oficiales Subalternos, a pedido del Comandante General de Fuerza,¹¹² en tal sentido, el Consejo de Oficiales Subalternos, emitía una resolución respecto a la decisión adoptada por el juez de brigada o zona, que tramitó la información sumaria,

¹¹⁰ Ley de Personal de Fuerzas Armadas. Ley 118. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 660 de 10 de abril de 1991.

¹¹¹ Reglamento de Tramitación de Informaciones Sumarias en las Fuerzas Armadas, Acuerdo NO. 1046, publicado en la Orden General No. 240, de 22 de diciembre de 1993.

¹¹² Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, artículo 49.

05178

misma que podía ser apelada ante el Consejo de Oficiales Superiores¹¹³. Posteriormente, el Consejo de Oficiales Superiores dictaba el acto administrativo de baja que producía la separación definitiva del involucrado de las Fuerzas Armadas, **concluyendo así el proceso administrativo sancionatorio**.

Por tanto, el procedimiento sancionatorio, en virtud de lo dispuesto tanto en el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, como en el 87 literal i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, culminaba con la baja, **que constituía un acto de carácter administrativo y no judicial**. Cabe indicar que ninguna resolución administrativa, puede tener un carácter judicial.

b) Respecto a la resolución del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, es preciso anotar que el señor Homero Flor Freire, interpuso un recurso de Amparo Constitucional, en contra de la resolución de 17 de enero de 2001, dictada por el Juez de Derecho de la Cuarta Zona Militar, en el marco del trámite de información sumaria. Al respecto el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, en la parte pertinente, resolvió:

“c) La Resolución de 17 de Enero de 2001, dictada por el Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar, es un[a] decisión de carácter judicial (...) Consecuentemente, la resolución que se impugna, no ha causado estado; y, siendo la acción de amparo de carácter residual; esto es, que se acude a [e]lla cuando todas las instancias han sido agotadas, la presentada es totalmente impropcedente.

e) El accionante ha sido, por el momento, puesto en disponibilidad, pero no por la voluntad omnimoda de sus Superiores, sino por mandato legal y reglamentario, sin que se le haya privado de su rango, de su sueldo, porque la resolución aún no es definitiva, **circunstancia que le resta el requisito del daño grave e inminente que exige la presentación de esta acción**. Por las consideraciones anotadas, se niega la acción de amparo.”

En tal sentido, el Juez Sexto de lo Civil, afirmó que la resolución emitida por el Juzgado de la Cuarta Zona, constituía una decisión de carácter judicial, interpretación que no afectó el proceso, toda vez que como ha sido demostrado, la acción fue negada por no cumplir con los requisitos dispuestos por la normativa vigente. A pesar de lo manifestado por el juez, el artículo 2 del Reglamento de Tramitación de Informaciones Sumarias en las Fuerzas Armadas, disponía:

“Art.2.- Propósito de la Información Sumaria.- La información Sumaria es un **procedimiento administrativo**, tendiente a establecer la verdad sobre un hecho y determinar las consecuencias jurídicas del mismo.¹¹⁴”

¹¹³ Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, artículo 44.

¹¹⁴ Reglamento de Tramitación de Informaciones Sumarias en las Fuerzas Armadas, Acuerdo NO. 1046, publicado en la Orden General No. 240, de 22 de diciembre de 1993.

05178

Por lo tanto, la resolución del Juez de Derecho de la Cuarta Zona Militar, fue adoptada en el marco de la información sumaria que es un procedimiento administrativo, en tal virtud, las resoluciones que se tomen en el marco del mismo, son exclusivamente de carácter administrativo.

El mismo perito propuesto por la defensa del señor Homero Flor, en el interrogatorio realizado por el Estado, en la audiencia pública de 17 de febrero de 2016, afirmó, que la información sumaria era un procedimiento administrativo¹¹⁵.

Así mismo, el señor Homero Flor, en su demanda de amparo constitucional, al referirse a la resolución del Juzgado de la Cuarta Zona militar, afirmó:

“Permítame recordarle, Señor Juez, que este trámite se halla reglado en la Orden General No. 01 dictada el 1 de enero de 1994, y como consta en el artículo [1] de dicho reglamento, **es un trámite administrativo y no judicial** aunque se sustancie en un Juzgado de Derecho.¹¹⁶”

El pronunciamiento del Juez Sexto de lo Civil de Pichincha fue aclarado, en sentencia definitiva, por el Tribunal Constitucional, al conocer la apelación presentada por el señor Flor, donde estableció que la resolución de 17 de enero de 2001, constituía un acto administrativo:

“Del análisis del expediente enviado por el Inferior, se infiere que **el acto administrativo que se impugna, es el contenido en la Resolución emitida por el Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar, (...)** Por consiguiente, no existe acto ilegítimo de parte del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar al haber expedido la Resolución citada en la parte inicial de este considerando y al no encontrarse violación constitucional que se hubiere probado de parte del recurrente, este caso no merece la acción de amparo y además no se han cumplido los requisitos señalados por la Ley de Control Constitucional.¹¹⁷”

Con lo expuesto, queda evidenciado que la resolución adoptada por el Juzgado de la Cuarta Zona Militar era de carácter administrativo y no judicial.

3.2. Pregunta planteada por el Juez Ferrer Mac-Gregor

En la práctica era posible la interposición del recurso contencioso administrativo? (casuística)

El Estado ecuatoriano ha demostrado durante todo el procedimiento interamericano, que el señor Homero Flor estaba facultado para interponer un recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción, sobre el acto

¹¹⁵ Intervención perito Ramiro Ávila, Corte Interamericana de Derechos Humanos, audiencia pública del caso Homero Flor, 17 de febrero de 2016.

¹¹⁶ Demanda de amparo constitucional del señor Homero Flor F.

¹¹⁷ Tribunal Constitucional, caso No. 739-2001-RA, resolución de 4 de febrero de 2002

05178

administrativo de baja. Esta afirmación la ha basado en lo dispuesto en el artículo 196 de la Constitución Política del Ecuador de 1998, los artículos 1, 3 y 6 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; y en el artículo 38 de la Ley de Modernización; así como, en las resoluciones de la ex Corte Suprema de Justicia, a las que se ha hecho mención con anterioridad.

Así mismo, la casuista confirma lo aseverado por el Estado ecuatoriano. Para probar esta afirmación, el Estado tomó una muestra de 15 casos tramitados ante la jurisdicción contenciosa administrativa, misma que se adjunta. La muestra que presenta el Estado ecuatoriano a la Corte, reúne algunos casos que han sido planteados, por hechos ocurridos, en el período comprendido entre el año 1993 y 2008, período en el que se encontraba vigente la misma normativa que regía al tiempo de los hechos del caso del señor Homero Flor Freire, esto es la Constitución de 1998, la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y la Ley de Modernización.

Del estudio de la muestra, se refleja que todos los casos fueron admitidos a trámite, lo que evidencia entonces que no existía prohibición alguna de acudir a esta vía, como ha sido afirmado por el representante del señor Flor. Así mismo, la muestra refleja que en la práctica, los miembros de la Fuerza Pública (Fuerzas Armadas y Policía Nacional), que se creyeron perjudicados por procedimientos de baja o similares, acudieron a la jurisdicción contencioso administrativa, a fin de impugnar tales actos, y en tal virtud, existen sentencias favorables que han ordenado el reintegro de los perjudicados a las filas militares.

Dentro de los casos presentados por el Estado, consta el caso No.11563-EG¹¹⁸, en el cual, el representante de la víctima, presentó en el año 2004, un recurso subjetivo de plena jurisdicción, impugnando un acto administrativo que negó el ascenso de un militar del Ejército Nacional, caso que fue admitido a trámite, aceptando la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. Adicionalmente, en la fundamentación del escrito de demanda, en relación al artículo 6 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, se dijo:

“(...) este Tribunal, no sólo que debe dar aplicación directa a las normas internacionales y constitucionales y por tanto reconocer la plena competencia del Tribunal para conocer esta acción.”

Con lo anterior, queda evidenciado que la alegación de que existía una imposibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa en casos relativos a bajas o ascensos militares, ha sido desvirtuada.

¹¹⁸ Demanda presentada por el Ab. Alejandro Ponce V. ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No.1, dentro del caso No. 11563 – EG, de mayo de 2004.

05178

Se adjunta para referencia del Tribunal, un cuadro que contiene la muestra analizada por el Estado, con sus respectivos respaldos¹¹⁹.

3.3. Preguntas planteadas por el Juez Roberto Caldas

El Estado ecuatoriano puede indicar por qué considera que el peticionario no probó la pérdida de ingresos

Con relación a la inquietud planteada por el señor Presidente de la Corte IDH, el Estado ecuatoriano observó tanto en su contestación al ESAP, como en la audiencia, que el señor Flor no ha tenido una pérdida de ingresos toda vez que de la documentación aportada por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, institución autónoma, responsable de la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio¹²⁰ y el Servicio de Rentas Internas, organismo encargado de la tributación, se desprende que la presunta víctima sí ha desarrollado actividades económicas constantes, que le han generado ingresos. Así mismo, se verifica que desde el año 2015, el señor Flor trabaja para la compañía España- Ponce Cia. Ltda.

Explicar por qué la excepción de falta de agotamiento de recursos internos fue explicada de menor manera en la etapa de admisibilidad que en la audiencia.

En primer lugar, el Estado considera que la excepción de falta de agotamiento de recursos internos fue presentada en el momento procesal oportuno, ante la Comisión Interamericana.

Así, el Estado ecuatoriano, es sus escritos presentados durante todo el procedimiento interamericano ha señalado:

“En vista de esto siendo el momento procesal pertinente el Estado ecuatoriano se excepciona ante esta Ilustre Comisión, manifestando que los recursos de jurisdicción interna no han sido agotados razón por la cuál [sic] esta petición no puede ser admitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

(...) Como señala el Estado, la baja impuesta a un militar en servicio activo es un acto administrativo, y como tal susceptible de ser impugnado por la vía contencioso administrativa ante los Tribunales Distritales competentes, de acuerdo a las normas citadas precedentemente. [se hace referencia a los artículos 1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, 86 y 201 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas]

¹¹⁹ Anexo 7: Cuadro casos Fuerza Pública ante el contencioso administrativo.

¹²⁰ Constitución Política del Ecuador (2008). Decreto Legislativo 0. Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 374

X

05178

(...) Otro recurso que resultaría efectivo, dentro del proceso contencioso administrativo, es el recurso de casación, que el peticionario podría interponer de la sentencia que dicte uno de los Tribunales Distritales de lo[s] Contencioso Administrativo, este recurso sí podría ser adecuado (...) En caso de que los jueces o tribunales hayan incurrido en errores *in iudicando* o *in procedendo*, esto es el recurso adecuado para proteger la situación jurídica infringida.

De igual manera, el recurso resulta eficaz, "es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido", en caso de que la Corte Suprema de Justicia, encontrar[é] que los jueces incurrieron en errores de derecho, casará la sentencia y dictará una nueva apegada a derecho.¹²¹

"En efecto, el objetivo de la acción de amparo es cautelar. Tiene por finalidad "hacer cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto ilegítimo" que viola un derecho garantizado por la Constitución o los tratados internacionales", según lo dispone el art. 95 de la Constitución Política del Ecuador. La acción de amparo es, pues, precautelatoria y no de conocimiento lo que implica que, de aceptarse el recurso de amparo, corregida la violación constitucional, la autoridad pública, puede actuar nuevamente sobre el asunto, siempre que lo haga constitucionalmente. Esto, desde luego, en el caso de que existan violaciones constitucionales, lo cual en el presente caso no ha ocurrido, como ha sido demostrado fehacientemente.

(...) Actualmente, la acción de amparo es independiente de la acción de conocimiento pleno que, con respecto a actos administrativo, la conoce y decide, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y, en materia tributaria, los Tribunales Fiscales.

(...) Ahora bien, en lo referente a la aseveración del peticionario acerca de que este tipo de actos no son susceptibles de impugnación a través del recurso subjetivo o de plena jurisdicción, por ser de aquellos relativos a la organización de las Fuerzas Armadas, conforme lo dispone el literal c) del art. 6 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Estado ecuatoriano debe manifestar que la sanción impuesta al señor Flor no se relaciona con la estructura o la reestructuración de las Fuerzas Armadas (...) La pena impuesta a Homero Flor es un acto administrativo disciplinario y sancionador que se rigió, para su expedición, por las normas sustantivas y adjetivas que contemplan nuestras Leyes Militares (...)¹²²

"En este sentido, la falta de agotamiento de recursos internos se constata puesto que el señor Flor ante la emisión del acto administrativo de su baja de las filas militares, no presentó como correspondía un recurso subjetivo de plena jurisdicción ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo,

¹²¹ Estado ecuatoriano, escrito de 11 de agosto de 2003.

¹²² Estado ecuatoriano, escrito de 8 de junio de 2004.

05178

herramienta jurisdiccional que se creó para amparar el derecho de los recurrentes, cuando un acto administrativo hubiere desconocido o negado total o parcialmente sus derechos¹²³.

En tal sentido, se constata que el acto administrativo (baja) era plenamente impugnabile por vía judicial, y con posterioridad a la sentencia del Tribunal Contencioso estaba prevista la posibilidad de concurrir mediante un recurso de casación a la máxima instancia jurisdiccional ordinaria, la ex - Corte Suprema de Justicia¹²⁴.

En relación a lo anterior, el recurso contencioso administrativo, garantizó la posibilidad de instar ante el órgano jurisdiccional, que según el artículo 1 de la Ley de la materia, permitía a toda persona natural o jurídica demandar contra resoluciones o actos administrativos¹²⁵. Cabe mencionar, que a pesar de que la legislación ecuatoriana previó este recurso, la Comisión Interamericana sin fundamentación, a través de su Informe de Admisibilidad determinó que el mismo no era procedente.¹²⁶

Con lo anterior, el Estado ha demostrado que existió un recurso efectivo para subsanar eventualmente cualquier menoscabo en los derechos del señor Homero Flor. Sin embargo, se puede concluir también que jamás el peticionario, hizo efectivo su reclamo por la vía correcta, simplemente no lo presentó, lo cual no puede ser un elemento que se tome en contra del Estado y en sentido contrario es causa suficiente para que la Honorable Corte Interamericana, se abstenga del análisis de fondo, toda vez que no se cumplió con el requisito establecido en el artículo 46 de la CADH.¹²⁷

Los textos citados evidencian que el Estado ecuatoriano, no ha cambiado en ningún momento su línea argumentativa, y en la audiencia, sólo se desarrolló lo que había sido presentado previamente. Por lo tanto, el Estado discrepa con la afirmación de la CIDH, al decir que la argumentación del Estado es extemporánea. Esto, en virtud que desde la etapa de admisibilidad ante la CIDH, el Estado Ecuatoriano reafirmó el hecho de que la presunta víctima no había cumplido con su deber de agotar los recursos internos, por no haber interpuesto el recurso pertinente en la vía contenciosa administrativa, como ya se indicó previamente.

4. Aclaración Final

En esta sección el Estado ecuatoriano, abordará varias temáticas vinculadas al desarrollo de la audiencia pública.

¹²³ Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968,

¹²⁴ Ley de Casación, Registro Oficial 192, 18 de mayo de 1993. Art. 2.

¹²⁵ Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968, artículo 1.

¹²⁶ CIDH, Informe de Admisibilidad No. 1/10 de 15 de marzo de 2010, párr. 33.

¹²⁷ Contestación del Estado ecuatoriano al Escrito solicitudes, argumentos y pruebas presentado por el señor Homero Flor.

05178

4.1. El cumplimiento del informe de fondo, no constituyó estoppel

La Corte Interamericana ha explicado en el caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, que en virtud del principio de *estoppel*, no se debe “asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera y que cambie el estado de cosas en base al cual se guió la otra parte”¹²⁸.

El Estado reitera, como lo hizo en la audiencia, que la colocación de la placa mencionada fue realizada de buena fe, para intentar dar cumplimiento a las recomendaciones de la CIDH en su informe de fondo. El Estado aclara que en ningún momento procesal ante el Sistema Interamericano, se ha allanado a algún hecho o derecho sobre este caso, ni ha reconocido ningún tipo de responsabilidad ya sea total o parcial, sobre las violaciones internacionales que se le han imputado. Un acto de disculpas, no puede ser reconocido como un allanamiento, por lo tanto, el Estado no ha cambiado su posición desde el trámite inicial ante la Comisión. La CIDH erróneamente ha dicho que con la colocación de la placa de disculpas hacia el señor Homero Flor, se habría lesionado algún derecho o expectativa de la otra parte; al respecto, se puede verificar, que la presunta víctima siempre ha mantenido su misma argumentación jurídica, incluso en el momento posterior a la colocación de la mencionada placa, no por esta razón, la presunta víctima dejó de acudir a alguna instancia procesal, ni tuvo que modificar su defensa en el presente caso, como se evidencia del ESAP y su defensa en la audiencia ante la Corte Interamericana.

5. Petitorio Final

El Estado ecuatoriano durante la tramitación de este caso ante el Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos, ha demostrado que el señor Homero Flor no agotó los recursos que en la vía interna podría haber permitido su reintegro a las líneas militares, esto es el recurso contencioso administrativo. En tal sentido, en respeto al principio de subsidiariedad, este Tribunal no debe conocer este asunto, por incumplimiento del artículo 46 de la CADH.

Adicionalmente, el Ecuador ha demostrado que el amparo constitucional presentado por el señor Flor fue erróneamente interpuesto, circunstancia que en ningún momento podría responsabilizar al Estado, ya que el peticionario contó con asistencia de un letrado del derecho.

¹²⁸ Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Párr. 176.

