

**ALEGATO QUE PRESENTA EL REPRESENTANTE DEL SEÑOR
HOMERO FLOR FREIRE ANTE LA HONORABLE CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Introducción

Estos alegatos que se presentan buscan resumir de manera concreta los aspectos fundamentales del presente caso, por ello no se repiten los argumentos señalados en el escrito inicial.

El Estado Ecuatoriano ha mantenido en el presente proceso una conducta no solo errática sino que ha estado dirigida a limitar la defensa de la víctima. No ha dudado en promover situaciones que le hicieron creer, a la víctima y su representante, en la buena fe de los actos estatales los cuales inclusive han conducido a la elección de una defensa determinada fundada en los hechos previos del Estado.

Así el Estado no ha sido leal con la víctima desde el inicio mismo de los hechos que condujeron a que se presente el caso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Luego durante el trámite ante la Comisión, se mantuvo la misma conducta e inclusive luego de adoptado el informe de fondo emitido por la Comisión, también demostró similar deslealtad. No ha existido por parte del Estado una verdadera voluntad, en los hechos, de asumir en la realidad una verdadera protección de los derechos humanos. Existe por el contrario, una clara voluntad de perpetuar las violaciones de los derechos humanos en virtud de la imposición de mecanismos discriminatorios en virtud de la orientación sexual percibida. Esta voluntad además es evidente al negar por parte del Estado la existencia de violaciones a los derechos humanos, ante esta Corte, cuando existen manifestaciones de voluntad estatales en el sentido opuesto.

Esta conducta, se ilustra claramente, no sólo por la forma en la que el Estado ha reaccionado frente a los derechos violados del señor Flor Freire, sino además por la existencia en la actualidad de normas que imponen restricciones a las personas que tienen una orientación sexual distinta a la heterosexual. Por ello, el presente caso, deja en evidencia el divorcio existente entre el anuncio oficial desde la perspectiva constitucional y la realidad en la protección de los derechos. El señor Flor Freire, es una víctima precisamente de la realidad en la que se vive, más allá de los presupuestos normativos abstractos. El fue y continua siendo discriminado en función de la percepción de su orientación sexual.

El Estado además ha buscado, ante la Corte, justificar el ejercicio del poder en contra del señor Flor Freire de una manera discriminatoria e injustificada, aún cuando existieron manifestaciones de voluntad estatal en el sentido contrario. Así el Estado no ha dudado en momento alguno en colocarle a la víctima en una situación peor a la inicial. Pues mientras se entendía que el Estado había

aceptado su responsabilidad internacional luego de la adopción del informe 81/13, éste ante la Corte la ha negado.

Este caso, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos resulta fundamental pues la honorable Corte deberá resolver aspectos tanto en el procedimiento que serán trascendentales para efectos de la generación de jurisprudencia como en el fondo, cuando por primera vez en el continente deba referirse a la cuestión de la discriminación en función de la percepción de una orientación sexual dentro de las fuerzas armadas.

La conducta previa del Estado le impedía proponer la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos.- El régimen de la justicia administrativa a la fecha de los hechos.- Los recursos de la jurisdicción interna fueron agotados.- La acción de amparo.-

El Estado ha mantenido, como se ha venido señalando, una posición contradictoria en torno al agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. En efecto, luego de admitido el caso por la Comisión el Estado lejos de discutir sobre este tema, resolvió desde la adopción del informe de fondo, dar cumplimiento a las recomendaciones de la Comisión. Esta conducta estatal, tiene como clara consecuencia la renuncia implícita a cualquier alegación posterior sobre la falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. En sus actos el Estado ha aceptado que no discutirá sobre la admisibilidad del caso.

En efecto, el Estado luego de adoptado el informe de fondo, de conformidad con la Convención podía haber recurrido ante la Corte para proponer su demanda en contra del mismo, si consideraba que el mismo no se adecuaba a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, no lo hizo y por el contrario lejos de desafiar los resultados y recomendaciones de la Comisión, resolvió cumplir con las mismas. De hecho, por cerca de un año el Estado pidió reiteradas extensiones en el plazo para cumplir con tales recomendaciones. Esta conducta del Estado, produce efectos en el Derecho Internacional, pues genera por ser una manifestación de voluntad obligaciones para el Estado, pues se trata de una manifestación unilateral de voluntad. En el presente caso, la voluntad de cumplir con el informe adoptado por la Comisión.

En el escrito de Argumentos, Solicitudes y Pruebas se afirmó que el Estado había ya reconocido su responsabilidad internacional pues, había expresado en más de una ocasión que cumpliría con las recomendaciones de la Comisión formuladas en el informe adoptado por ésta de conformidad con el Art. 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o la Convención). Al respecto, el Estado no ha negado sus afirmaciones previas, es decir aquellas que contenían la voluntad de cumplir con las recomendaciones de la Comisión, sin embargo ha sostenido que tal manifestación de voluntad no genera

responsabilidad internacional. Más aún durante la audiencia ante la Corte, el pasado 17 de febrero, sostuvo que simplemente se trataba de un acto de buena fe. Evidentemente, dicho acto que como todo los estatales se deben conducir de buena fe, genera responsabilidad internacional cuando ello implica el reconocimiento de una obligación, en este caso el cumplimiento del informe de la Comisión.

Ante las alegaciones del Estado resulta importante, el analizar los efectos de estos actos unilaterales del Estado a la luz del Derecho Internacional. Sin duda alguna el tema de los actos unilaterales de voluntad revisten gran importancia dentro del Derecho Internacional, inclusive en el pasado ha sido ya objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Internacional de Justicia y de manera implícita por la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos. Más aún, la Comisión de Derecho Internacional ha adoptado los “Principios Rectores Aplicables a las Declaraciones Unilaterales de los Estados Capaces de Crear Obligaciones Jurídicas”, en virtud de los cuales, conforme se analiza en esta sección, la responsabilidad internacional del Ecuador es clara, en virtud de las afirmaciones realizadas por el Estado a través de sus agentes ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre su voluntad de cumplir con las recomendaciones formuladas por ésta. Por ello, a continuación se presenta un análisis que confirma las alegaciones formuladas en el Escrito de Solicitudes Argumentos y Pruebas.

La Corte Internacional de Justicia ha afirmado¹ que:

46. It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. An undertaking of this kind, if given publicly, and with an intent to be bound, even though not made within the context of international negotiations, is binding. In these circumstances, nothing in the nature of a *quid pro quo*, nor any subsequent acceptance of the declaration, nor even any reply or reaction from other States, is required for the declaration to take effect, since such a requirement would be inconsistent with the strictly unilateral nature of the juridical act by which the pronouncement by the State was made.

La Corte Internacional de Justicia en la sentencia señalada ha sostenido de manera categórica que las declaraciones realizadas a través de actos unilaterales, generan obligaciones jurídicas cuando la intención del Estado es la de obligarse por tal declaración. En el presente caso, el Estado de manera reiterada solicitó plazos adicionales única y exclusivamente para cumplir con

¹ New Zealand v. France, Sentencia de 20 de diciembre de 1974, párr. 46

el informe. Es decir, existieron manifestaciones claras de voluntad de cumplir y obligarse ha hacerlo frente al informe de la Comisión.

De hecho inclusive en la reunión de trabajo realizada en la Comisión en el mes de marzo del año 2014, el Estado propuso fórmulas para cumplir con las recomendaciones. Posteriormente el 28 de julio de 2014 presentó públicamente una placa en la cual la Fuerza Terrestre reconocía la responsabilidad del Estado frente a la arbitrariedad con la que actuó. Semanas más tarde solicitó plazos adicionales para cumplir con el informe de manera íntegra. Inclusive el Estado llegó a afirmar que le faltaba muy poco por cumplir e inclusive solicitó a la Comisión que adopte un informe reconociendo que había cumplido con las recomendaciones. Esta voluntad de cumplimiento y hechos de ejecución en torno al cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión no pueden sino tener un efecto claro, el de generar obligaciones para el Estado y con ello la responsabilidad internacional.

El Estado indudablemente realizó pronunciamientos con respecto a su voluntad de cumplir con las recomendaciones contenidas en el informe adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la forma de un acto unilateral. Los pronunciamientos del Estado tuvieron como objetivo el determinar la voluntad del Estado de cumplir con las recomendaciones de la Comisión, es decir el Estado señaló un curso de conducta que se encontraba dispuesto a seguir y que inclusive en criterio del Estado había tenido ya un principio de ejecución. El Estado expresó también que en virtud de esta conducta adoptada, solicitaba a la Comisión un plazo adicional para cumplir con las recomendaciones. De esta manera, no sólo quedó expresada una obligación a través del acto unilateral sino que además el Estado determinó la necesidad de contar con un plazo adicional para el cumplimiento de la obligación. En consecuencia, es claro que la voluntad del Estado fue obligarse en virtud del acto unilateral de voluntad. Hoy el Estado pretende que la Corte ignore esta conducta previa, lo cual en el Derecho Internacional, resulta inaceptable.

Es indispensable reconocer además que el Estado no puede considerar que su conducta luego de la adopción del informe correspondiente al Art. 50 de la Convención carece de consecuencias jurídicas, pues ello implicaría el desconocer el principio internacional de la buena fe. Así, si el Estado adoptó una conducta que se manifestó a través de un acto unilateral de voluntad no podría entenderse que tal acto no contenía una voluntad estatal, sino que por el contrario se debe entender que tal manifestación tuvo la intención de generar consecuencias jurídicas, más aún cuando con su declaración de voluntad tuvo efectos procesales dentro del caso ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Además, no se puede olvidar que la buena fe envuelve a toda actuación estatal en el campo internacional en relación con la generación de

obligaciones. Esto ha sido claramente reconocido por la Corte Internacional de Justicia que ha resuelto²:

49. One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected.

El reconocimiento de obligaciones internacionales en virtud de actos unilaterales de voluntad, conforme lo ha reconocido la Corte Internacional de Justicia, se puede dar inclusive fuera del ámbito jurisdiccional dentro del cual se maneja el litigio³, por ello si los actos unilaterales se dan dentro del propio ámbito de discusión, no cabe sino reconocer los efectos positivos que los mismos tienen en relación con el conflicto. Más aún cuando el objetivo mismo de la emisión del informe previsto en el Art. 50 de la Convención tiene tal objetivo, como lo ha reconocido esta Honorable Corte⁴. Así si el objetivo del informe es el dar por terminado el conflicto, a través de la aceptación de las recomendaciones de la Comisión y el Estado a través de un acto unilateral de voluntad afirma que es su voluntad el cumplir con tales recomendaciones, se entiende que tal acto ha sido adoptado de buena fe y con el objetivo de causar los efectos expresados por el Estado. En consecuencia, tal acto unilateral conduce a que el Estado sea responsable por el mismo y se generen obligaciones internacionales para éste.

Así, en este sentido el Relator Especial Víctor Rodríguez Cedeño ha afirmado en relación con los reconocimientos como actos unilaterales de los Estados que:

“la figura del reconocimiento como ‘una institución general del derecho internacional cuyo fin es que una situación o transacción sea oponible a la entidad que la reconoce’; sin duda, la naturaleza política que el acto de reconocimiento de un determinado estado de cosas lleva tras de sí cae por su propio peso, pero también han de señalarse las importantísimas consecuencias jurídicas que un acto de este tipo implica. Ello ha llevado a la doctrina a entender que el reconocimiento es algo más-bastante más añadiríamos nosotros- que un mero acto político’...definiéndola como ‘una institución

² New Zeland v. France, párr. 49

³ Cfr. Id. párr. 52

⁴ Cfr. Corte IDH, OC-13, párr. 48

*jurídica general que los autores consideran unánimemente como una manifestación de voluntad unilateral dimanada de un sujeto de derecho y mediante la cual constata en primer lugar una situación existente y se expresa la intención de desear considerar la legítima, como es el derecho'... ”*⁵

Más aún, el mismo relator, concluye con respecto al reconocimiento, como acto unilateral de voluntad, que “también cabría, por ejemplo reconocer la responsabilidad del Estado en una conducta determinada”.⁶ Resulta interesante que el Relator llega a esta conclusión en función de una conducta del Estado de Chile dentro de un caso que fue tramitado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁷ En virtud de lo señalado, resulta evidente que si el Estado del Ecuador, dentro del trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó afirmaciones conducentes a dar un efecto jurídico, no cabe sostener hoy que dichas afirmaciones no tuvieron efecto alguno en el caso.

En el caso de Nueva Zelanda contra Francia que ha sido citado anteriormente, la Corte Internacional de Justicia determinó que una conducta del gobierno de Francia generó obligaciones para ésta. De hecho afirmó⁸:

“The Court finds further that the French Government has undertaken an obligation the precise nature and limits of which must be understood in accordance with the actual terms in which they have been publicly expressed”

En el presente caso el Estado ha realizado declaraciones que, al igual que las francesas en el caso citado, no pueden ser entendidas sino en el sentido que fueron realizadas y con el objeto de reconocer una responsabilidad internacional. En efecto, el afirmar de manera expresa que el Estado tiene la intención de cumplir con las recomendaciones, no puede ser jamás interpretado en el sentido contrario, sino que se lo debe interpretar de conformidad con los términos utilizados por el Estado. Así, jamás se podría entender que el Estado al solicitar plazos para cumplir con el informe, estaba simplemente expresando que no cumpliría con el informe emitido por la Comisión.

De igual manera, debe recordarse que esta Honorable Corte se ha pronunciado en relación con la naturaleza del informe adoptado de conformidad con el Art. 50 de la Convención en el siguiente sentido:

⁵ A/CN.4/542, Comisión de Derecho Internacional, Séptimo Informe sobre los Actos Unilaterales del Estado, Víctor Rodríguez Cedeño, Relator Especial, párr. 40

⁶ Id. párr. 76

⁷ Id. El Relator se refiere al asunto de Carmelo Soria ante la CIDH.

⁸ New Zeland v. France, párr. 53

“ Este 'informe' se transmite... al Estado para que adopte las proposiciones y recomendaciones de la Comisión y solucione el problema ” (OC-13, párr. 48)

Así, si el informe adoptado en virtud de la norma del Art. 50 tiene como objetivo que el Estado “adopte las proposiciones y recomendaciones de la Comisión, y solucione el problema” y el Estado de manera expresa se acoge a las recomendaciones y a través de un acto unilateral de voluntad (o como el presente caso a través de varios actos) afirma que tiene la voluntad de cumplir con las recomendaciones, no puede sino entenderse que el Estado ha asumido su responsabilidad internacional derivada de las obligaciones incumplidas y que se han reconocido en el informe, pues dicha declaración de voluntad tendría el objetivo de solucionar el problema.

Esta misma Corte en el caso Bueno Alves contra Argentina se pronunció ya con respecto a una conducta del Estado, manifestada a través de un acto unilateral del voluntad, pues en dicho caso como consecuencia del hecho de que el Estado Argentino aceptó las conclusiones del informe la Honorable Corte resolvió que:

“A criterio de la Corte, lo manifestado por el Estado constituye un reconocimiento de la responsabilidad internacional por los hechos y las violaciones indicadas por la Comisión Interamericana”⁹

En el presente caso, el Estado del Ecuador ha realizado afirmaciones semejantes, en torno al informe adoptado por la Comisión, por lo que no cabe sino aceptar que el Estado a través de sus actos unilaterales asumió la responsabilidad internacional por los hechos y las violaciones reconocidas por la Comisión.

Resulta evidente, que si el Estado manifiesta en un momento determinado la voluntad de cumplir con el informe de la Comisión, este ha renunciado a cualquier reclamo o defensa tanto en el fondo del caso, como a cualquier defensa de carácter preliminar. El Estado se obligó por su propia conducta previa y por lo tanto renunció tácitamente a la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna y otras defensas.

En efecto, esta Honorable Corte, ha resuelto que no cabe la interposición de excepciones preliminares en el evento de que exista un reconocimiento de la responsabilidad internacional, como es el caso presente por el reconocimiento tácito de dicha responsabilidad, así la Corte resolvió precisamente contra Ecuador que:

“la Corte estima que, al haber efectuado un reconocimiento de responsabilidad, el Estado ha aceptado la plena competencia del Tribunal

⁹ Corte I.D.H, Caso Bueno Alves vs. Argentina, Serie C No.165, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 25

para conocer del mismo, por lo que la interposición de excepciones preliminares asociadas a la presunta violación del derecho a la defensa o imposibilidad de dar cumplimiento a algunas recomendaciones, resultan, en las circunstancias del presente caso, incompatibles con el referido reconocimiento”¹⁰

Por otra parte, el Estado ha sostenido que se debió agotar la vía contencioso administrativa, sin embargo no consideró por una parte la existencia de la disposición del Art. 6 (c) de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que impide la interposición de recursos de este tipo para los actos administrativos relacionados con la organización de la Fuerzas Armadas. Por otra parte, el Estado no consideró ni señaló, que al amparo de la legislación vigente a la época en que se dieron los hechos, la sanción impuesta al señor Flor Freire era considerada de carácter jurisdiccional y no administrativa, pues según la Constitución del Ecuador de 1998, se mantenía la jurisdicción militar hasta que la Ley estableciera las nuevas formas de jurisdicción.

La Constitución del año 1998, disponía en su disposición transitoria vigésima sexta lo siguiente:

“Vigésima sexta.- Todos los magistrados y jueces que dependan de la Función Ejecutiva pasarán a la Función Judicial y, mientras las leyes no dispongan algo distinto, se someterán a sus propias leyes orgánicas. Esta disposición incluye a los jueces militares, de policía y de menores. Si otros funcionarios públicos tuvieran entre sus facultades la de administrar justicia en determinada materia, la perderán, y se la trasladará a los órganos correspondientes de la Función Judicial. El Consejo Nacional de la Judicatura presentará al Congreso Nacional los proyectos que modifiquen las leyes pertinentes, para que estas disposiciones puedan cumplirse.”¹¹

Así, en el caso del señor Flor Freire, él fue sancionado por un juez militar (juez de derecho) y esa sanción no era por una parte recurrible ante los tribunales ordinarios o de lo contencioso administrativo por ser de carácter militar y tener relación con la organización de las Fuerzas Armadas y por otra parte por ser esencialmente de carácter jurisdiccional militar, como lo reconoció el propio Tribunal Constitucional al momento de resolver el recurso de amparo.

El Estado se refirió durante la audiencia ante la Corte a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y sostuvo que existían precedentes

¹⁰ Corte IDH. *Camba Campos vs. Ecuador*, Parr. 27

¹¹ La reorganización de estas formas de justicia, dependientes del ejecutivo, no se eliminaron efectivamente sino a partir del 9 de marzo de 2009 cuando entró en vigencia el Código Orgánico de la Función Judicial.

jurisprudenciales, sin embargo, se abstuvo de señalar, por una parte, que hasta el momento no se han resuelto los casos ante dicho Tribunal y por otra parte que los procesos ante dicha jurisdicción se referían a impugnaciones en torno a las negativas de ascenso dentro de las Fuerzas Armadas. Es decir, no tenían origen en procesos de carácter sancionatorio o disciplinarios, que como ha quedado dicho no eran impugnables por la vía contencioso administrativa por considerarse tal proceso como jurisdiccional militar.

En efecto, el Tribunal Constitucional en el caso del señor Flor Freire reconoció precisamente que se trataba de una decisión de carácter judicial (militar):

“...en la Ley, en concordancia con el Art. 187 de la Constitución que prescribe que "los miembros de la fuerza pública estarán sujetos a fuero especial para el juzgamiento de las infracciones en ejercicio de sus labores profesionales," lo cual, se complementa con las disposiciones legales siguientes: a) Con el Art. 1 de la Ley Orgánica del Servicio de Justicia de las Fuerzas Armadas que señala: "La Justicia Militar se administra por los Tribunales y Juzgados Militares establecidos por la Ley," b) Con el Art. 69, literal g) de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas que estatuye que los Juzgados Penales Militares son organismos jurisdiccionales militares: c) Con el Art. 76, literal i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas que determina la disponibilidad previo a la baja del servicio activo de la Fuerza Terrestre, por convenir al buen servicio por mala conducta. 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” (Resolución de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional de 4 de febrero de 2002)

Por otra parte, conforme se ha dicho la jurisdicción de lo contencioso administrativo no resulta ni adecuada ni efectiva, tanto por la existencia de normas que impedían, objetivamente el que un recurso resulte efectivo, pues la ley expresamente impedía acudir a dicha protección por lo que el fracaso de la acción era el resultado que se podía esperar con certeza. La Corte Suprema de Justicia, se había pronunciado previamente, a través de la Sala de lo Constitucional (que mantuvo jurisdicción por corto tiempo) reconociendo la constitucionalidad¹² de la restricción impuesta en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y el único caso existente a la época de los hechos confirmaba la ineficacia de la acción¹³. Es decir, a la época de los hechos no

¹² En efecto, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió que “El Art. 6to. de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su letra c), al excluir de su ámbito jurisdiccional las cuestiones atinentes "a la organización de la Fuerza Pública", se ciñe al Art. 129 de la Constitución, adaptándose a su tenor y espíritu.” Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 3. Pág. 819.

¹³ El caso de Manuel Nieto Cadena citado en varias ocasiones dentro del presente trámite. Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 2. Pág. 455.

existía razón en derecho que habría permitido esperar un resultado distinto al fracaso.

Además, conforme se ha señalado y reconocido esta propia Corte, la demora en la tramitación de los casos ante la jurisdicción contencioso administrativa es sistemática y los procesos pueden durar hasta más de una década¹⁴. Lo cual determina que en todo caso el recurso no resulta ni adecuado ni efectivo.

Por otra parte, a la época en la que se dieron los hechos, el recurso o acción de amparo resultaba ser adecuado y efectivo, al menos objetivamente, pues por una parte, era el medio procesal destinado a proteger los derechos constitucionales violados, el Tribunal Constitucional había ya resuelto casos semejantes en los que se ordenaba dejar sin efecto una decisión sancionatoria de la fuerza pública¹⁵ y además había ordenado en más de un caso la reincorporación de miembros de tales fuerzas al servicio activo. En otras palabras, el amparo resultaba tanto en lo objetivo como en lo subjetivo un recurso adecuado y efectivo para la protección de los derechos garantizados en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para efectos de proteger a las personas frente a actos de la fuerza pública.

Además se debe recordar que el agotamiento de los recursos internos está destinado a que el Estado pueda solucionar los problemas derivados de violaciones de derechos humanos ante sus propias autoridades y jueces. Esto se dio cuando se presentó el recurso de amparo, que fue desechado por el Tribunal Constitucional que declaró la legitimidad de lo resuelto por el Juez de la Cuarta Zona. En otras palabras, el Estado tuvo la oportunidad de corregir el error, a través del juez sexto de lo civil de Pichincha y del más alto tribunal del país, en la apelación propuesta ante el Tribunal Constitucional, sin embargo en ninguna de estas instancias se brindó la protección requerida. En consecuencia, se agotó con el recurso adecuado y efectivo, que es el amparo, los recursos de la jurisdicción interna. No cabía además que se interpongan todos los recursos para demostrar que no eran ni adecuados ni efectivos.

En virtud de lo señalado, la Honorable Corte deberá rechazar la excepción preliminar propuesta por el Estado.

¹⁴ Ver Corte IDH caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, parrs. 84-90.

¹⁵ En efecto, ante el Tribunal Constitucional se habrían presentado muchos recursos constitucionales destinados a dejar sin efecto decisiones de carácter disciplinario de la fuerza pública. Entre ellos los que se detallan a continuación: Resolución del Tribunal Constitucional 212, Registro Oficial 444, 31 de Octubre del 2001; Resolución del Tribunal Constitucional 504, Registro Oficial 493, 14 de Enero del 2002; Resolución del Tribunal Constitucional 9, Registro Oficial Suplemento 331, 2 de Diciembre de 1999; Resolución del Tribunal Constitucional 220, Registro Oficial 448, 7 de Noviembre del 2001; Resolución del Tribunal Constitucional 276, Registro Oficial Suplemento 115, 25 de Enero de 1999; Resolución del Tribunal Constitucional 576, Registro Oficial 243, 31 de Diciembre del 2003; Resolución del Tribunal Constitucional 533, Registro Oficial 727, 18 de Diciembre del 2002; Resolución del Tribunal Constitucional 852, Registro Oficial 532, 12 de Marzo del 2002

El principio del *estoppel* y la relevancia para el presente caso.-

El principio del *estoppel* o teoría de los actos propios tiene particular importancia en el presente caso. Así, como se ha expuesto en la sección precedente, los actos ejecutados por el Estado luego de la adopción del informe de fondo y su voluntad de cumplir con las recomendaciones de la Comisión y la afirmación misma de que se han cumplido parcialmente con las recomendaciones de la Comisión, impiden que el Estado pueda proponer la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos, también le impiden al Estado sostener que no existe violación alguna de derechos humanos.

Más aún, cuando el Estado adoptó una conducta en el sentido de afirmar y reafirmar su voluntad de cumplir con las recomendaciones de la Comisión, esta conducta condujo a la propia víctima y su representante a creer que la posición procesal del Estado era en primer lugar la del cumplimiento de las recomendaciones y como antecedente de ello un reconocimiento tácito de las violaciones en las que incurrió el Estado.

La defensa del señor Flor Freire, al momento de presentar su escrito de solicitudes argumentos y pruebas, lo hizo bajo el convencimiento de que el Estado había ya aceptado su responsabilidad internacional, pues así lo había manifestado a la Comisión y a la propia víctima cuando se le reiteró la voluntad de cumplir con las recomendaciones de la Comisión.

En efecto, en el escrito presentado ante esta honorable Corte, al inicio del trámite se sostuvo de manera específica que:

“El Estado en el trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos nunca atacó o negó los hechos que fueron objeto de la petición inicial. En efecto, se limitó a afirmar que la petición presentada había sido propuesta prematuramente por la falta de agotamiento de los recursos internos.

Esta posición del Estado al igual que aquella de buscar el cumplimiento del informe 81/13 adoptado por la Comisión conduce a la conclusión de que no existe controversia en cuanto a los hechos, por una parte y por otra a que el Estado ha reconocido su responsabilidad internacional por otra. Más aún, la propia conducta del Estado, ha conducido a que la discusión únicamente recaiga sobre la fórmula adecuada de reparación de las violaciones a los derechos humanos en las que ha incurrido el Estado en perjuicio del señor Homero Flor Freire.

De hecho luego de la adopción del informe 81/13, el Estado ha expresado de manera directa su voluntad de cumplir con las recomendaciones realizadas

por la Comisión. En efecto, inclusive ha reconocido la existencia de las violaciones aunque ha procurado mantener tal reconocimiento oculto en lo posible, impidiendo inclusive un claro acceso a los medios de comunicación.¹⁶

Más aún, en Estado en todo el trámite jamás ha discutido la ilicitud, al amparo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de los hechos que fueron objeto de la petición inicial.”

Así la posición procesal adoptada por el representante del señor Flor Freire al momento de presentar el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas respondía a la conducta previa que el Estado había adoptado ante el informe 81/13 y se asumió que el Estado no tendría una postura distinta a la previamente adoptada, es decir la de cumplir con las recomendaciones de la Comisión.

De hecho, el Estado inclusive en su escrito de contestación a la demanda, afirma y reconoce la voluntad del Estado de cumplir con el informe 81/13, y expresamente afirma:

En virtud de las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo, el Estado realizó las gestiones pertinentes para cumplir con las medidas señaladas por la CIDH, las cuales fueron ejecutadas de forma parcial por el Ministerio de Defensa Nacional en coordinación con el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. Se debe indicar que no se pudo implementar la totalidad de los requerimientos señalados por el organismo interamericano, puesto que, ante la imposibilidad de restitución a las filas militares no se alcanzó un acuerdo sobre los montos reparatorios.

De igual manera sostuvo en la propia contestación a la demanda que, el Estado había cumplido de manera prácticamente total con el informe:

En razón de lo mencionado, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, realizó los informes de cumplimiento de recomendaciones con fechas: 11 de febrero de 2013, 24 de junio de 2014, 1 de octubre de 2014 y 27 de noviembre de 2014, indicando que la única medida pendiente era la reparación económica a favor del señor Homero Flor, la cual no pudo realizarse por falta de acuerdo con la presunta víctima²⁶.

¹⁶ *El Estado a través del Ministerio de Defensa Nacional colocó una placa en la Comandancia General del Ejército en la que se reconoce la existencia de violaciones a los derechos del señor Homero Flor Freire. Sin embargo, pese a que existió el compromiso de informar de este hecho a través de un comunicado de prensa, de la página web del Ministerio y por medio de una orden ministerial dirigida a todos los despachos y unidades militares, esto jamás se cumplió. Inclusive, la información de la página web se la mantiene oculta, pues no existe mecanismo de acceso directo, salvo para aquellas personas que conocen de la dirección exacta.*

Sin embargo, el Estado en la misma contestación a la demanda adoptó una posición absolutamente distinta y contraria a sus propios hechos previos, inclusive lo ratificó en la propia audiencia ante la Honorable Corte, cuando desconoció los efectos jurídicos de la placa que fue colocada el día 28 de julio de 2014. En efecto, ha solicitado a la Corte:

1. Declarar la inexistencia de violación de los artículos 2, 8, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos en relación con el artículo 1.1. del mismo instrumento.

Es evidente, que si se habría conocido que el Estado tendría una posición opuesta a su propia conducta previa, la posición procesal de la víctima y su representante habría sido también distinta. Claramente, el cambio de posición del Estado, contraviene el principio de la buena fe en el Derecho Internacional y el de la lealtad procesal.

En lo sustantivo, al igual que en lo adjetivo, se impone bajo la teoría de los actos propios que el Estado se encuentra atado a su propia conducta procesal previa, es decir a la expresada desde el momento que señaló y afirmó su voluntad de cumplir con las recomendaciones del informe 81/13. De igual manera, se encuentra atado a las consecuencias jurídicas, que se derivan tanto de la aceptación del cumplimiento del antes mencionado informe, así como de los efectos del reconocimiento de la responsabilidad señalado en la placa que fue colocada en el edificio de la Comandancia General del Ejército, el día 28 de julio de 2014.

En consecuencia, en aplicación del principio del *estoppel*, esta Honorable Corte, debe rechazar tanto la excepción preliminar, como se ha señalado previamente y por otra parte la defensa de ausencia de violación de los derechos humanos del señor Homero Flor Freire.

Los hechos probados y aceptados por el Estado.-

El Estado tanto en el trámite ante la Comisión como en el trámite ante la Corte, por una parte no ha negado la veracidad de los hechos, que fueron denunciados como violatorios. Es más conforme se ha señalado en las secciones precedentes el Estado inclusive reconoció las consecuencias jurídicas de los mismos al extremo que llegó a reconocer en su propia contestación a la demanda que las recomendaciones “fueron ejecutadas en forma parcial”. Esta conducta, conforme se ha dicho tiene consecuencias jurídicas, pero por otra parte nos permite confirmar que los hechos probados, no discutidos por el Estado son los que se detallan en los siguientes párrafos.

El señor Homero Fabián Flor Freire fue miembro en servicio activo de las Fuerza Terrestre Ecuatoriana (Ejército) hasta inicios del año 2002 en el que luego de haber permanecido en situación de disponibilidad por seis meses pasó al servicio pasivo al ser dado la baja del servicio activo. Dentro del Ejército el peticionario alcanzó el grado de Teniente. Los hechos que condujeron a la actual situación del peticionario son los que conducen al juzgamiento por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El domingo 19 de noviembre de 2000, alrededor de las 5h20 de la mañana el señor Flor Freire, en su calidad de Oficial de la Policía Militar trasladó al soldado Edison Ramos desde las afueras del Coliseo Mayor de la ciudad de Shell, provincia de Pastaza, hasta el fuerte Amazonas que se encontraba a una corta distancia. El soldado Ramos se encontraba en estado de embriaguez y empezaba a tener problemas con algunas personas que asistían al baile que se realizaba en dicho lugar . Al ingresar al recinto militar, el soldado trató de regresar al lugar en se realizaba la fiesta por lo que el peticionario optó por trasladarle hasta su habitación donde existía una cama adicional para que duerma allí. Es importante destacar que el peticionario estuvo también presente en la fiesta pero no había consumido bebidas alcohólicas.

Al poco tiempo de haber ingresado a su habitación, el peticionario recibió la visita del Mayor Jaime Suasnavas, quién le informó al peticionario que se encontraba en graves problemas y le ordenó la entrega de su arma. Al solicitarle una explicación, el mayor Suasnavas le informó que " *hay testigos que te han visto en situación de homosexualismo*". Dicha acusación fue negada en el acto, por ser esta la verdad.

Frente a estos hechos, el peticionario presentó un informe sobre los mismos, sin embargo, se iniciaron tanto las violaciones a los derechos del peticionario como las presiones para que solicite la baja o retiro voluntario de la Fuerza Terrestre. Se le indicó que tenían pruebas de video, fotos y que el propio soldado Ramos ya había reconocido la existencia de prácticas homosexuales. Todas estas afirmaciones fueron falsas y lo único que se buscaba con ello era una autoinculpación de una infracción inexistente en la legislación ecuatoriana y de hechos que no ocurrieron. Todas estas afirmaciones jamás fueron probadas, en el proceso nada de esto existe y por el contrario conforme se demostró con la prueba testimonial existente, el interés único era la salida del señor Flor Freire de la Fuerza Terrestre. De hecho, el señor Diego Vallejo declaró que:

Durante el proceso en el que se tomaba la versión a los oficiales, existió la predisposición por parte del abogado de la unidad militar, para que se cambie las versiones dichas en la mañana que se suscitaron los hechos, a los oficiales se les obligo a decir que efectivamente habían visto desde afuera de la habitación sombras de dos personas teniendo actos sexuales, lo cual no fue cierto porque los oficiales comentaron que no se pudo ver nada porque las luces estaban apagadas,

Pese a todo, se inició un proceso administrativo (Denominado Información Sumaria, dentro de la legislación militar, que se tramita pese a su característica de procedimiento administrativo, ante un Juez Militar) por supuesta mala "conducta profesional" por los actos de homosexualismo que se le acusaba. Durante este proceso militar, al peticionario se le privó del derecho de presenciar las declaraciones de los testigos que le acusaban de las supuestas faltas de conducta, se le privó del derecho de interrogar a los testigos de cargo, se le anunció que el caso "estaba perdido" desde un inicio y que ningún abogado le podía salvar. En fin, durante el proceso que se tramitó ante un Juez Militar no se le concedió ninguno de los derechos del debido proceso. Este mismo "juez", fue quien le pidió al señor Flor, y así lo declaró él, que firmará la baja voluntaria, pues nada le podía salvar de la sanción que se le impondría.

Como era previsible, mediante resolución de 17 de enero de 2001 el Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar, resolvió declarar que:

"...existe responsabilidad disciplinaria en contra del Sr. Tnte. Homero Fabián Flor Freire y Sldo. Edison Geovanny Ramos Naveda por lo que previa calificación de su mala conducta por parte de los Consejos de Oficiales Subalternos y Tropa respectivamente, deben ser sancionados con lo que establece el Art. 117 del Reglamento de Disciplina Militar, debe ser dado de BAJA el primero de los nombrados y ser puesto en DISPONIBILIDAD previo a la baja el Tnte. Flor Homero por mala conducta de conformidad con lo dispuesto en el Art. 87 letra i); y Art. 76 letra j) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas"

Más allá de que los hechos que condujeron a este proceso administrativo son falsos, pues nada en el proceso demuestra lo contrario, resulta importante destacar que en la resolución dictada por el General de Brigada Víctor Zabala, en su calidad de juez de Derecho afirma sobre el homosexualismo lo siguiente:

"...en la Institución Armada se encuentra vigente la disposición del Art. 117 del Reglamento de Disciplina Militar enunciado anteriormente, que sanciona los actos de homosexualismo, justamente por el carácter especial de la legislación militar, por su filosofía y misión constitucional por cultivar y mantener ... Institutos y Unidades los valores tales como el honor la dignidad,

la disciplina, ... el culto al civismo exaltando el respeto a los símbolos patrios y a la nacionalidad ecuatoriana, por los valores de carácter ético y moral que practica y que son los principios fundamentales en la personalidad férrea y firme de sus miembros, que son elementos esenciales de la formación integral del militar todo lo cual no es compatible con la conducta y comportamiento adoptado por los investigados puesto que son contrarios a los principios y normas de conducta que están obligados a practicar todos los integrantes de las Fuerzas Armadas Institución que se precia de ser la reserva moral de la sociedad y de mantener en su seno hombres íntegros, capaces, responsables y poseedores de autoridad moral intachable, que les permite guiar y conducir subordinados en operaciones y actividades propias de la carrera militar.- c) Se ha demostrado procesalmente mediante prueba testimonial y a la luz de sana crítica el cometimiento de actos de homosexualismo, esto es la práctica de sexo oral entre el TNTE. HOMERO FABIÁN FLOR FREIRE y el SLDO. EDISON GEOVANNY RAMOS NAVEDA..."

En virtud del irregular procesamiento del cual fue víctima el peticionario, Homero Flor, se propuso ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha un recurso de amparo en contra del proceso y la resolución dictada por el Juez de Derecho de la Cuarta Zona Militar. El Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, sin entrar a conocer sobre los hechos objeto del amparo, procede a negarlo bajo el argumento de que dicha resolución tiene por una parte el carácter de "providencia judicial" y que como tal no es susceptible de amparo y por otra se afirma que el actor pudo haber recurrido a otras instancias dentro del sistema de administración de justicia militar.

De la resolución dictada por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha, se interpuso recurso de apelación para ante el Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional mediante resolución de 4 de febrero de 2002 finalmente negó el amparo por considerar que:

"... el acto administrativo que se impugna es el contenido en la Resolución emitida por el Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar, el 17 de enero de 2001...no existe acto ilegítimo por 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..."

Resulta importante destacar que ni el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha ni el Tribunal Constitucional se pronunciaron sobre la alegada despenalización del homosexualismo, que fuera resuelto en 1997 por parte del Tribunal Constitucional ni sobre la norma del Art. 23 No. 25 de la Constitución en cuanto garantiza a libertad sexual y por lo tanto priva al Estado de su potestad sancionadora en cuanto a actos que pudieran estar relacionados con dicha libertad. Se debe dejar en claro, que en cualquier caso, el peticionario ha señalado que ni es homosexual ni realizó ninguno de los actos acusados y en

los que se fundó el proceso militar para sancionarle con la disponibilidad y la baja del servicio activo de la Fuerza Terrestre. Más aún, no examinaron si la resolución que conducía en definitiva a una sanción había respetado el derecho a la legalidad.

Es importante recordar a la Honorable Corte, que el señor Homero Flor, ha vivido y ha crecido en un entorno social y laboral directamente relacionado con las Fuerzas Armadas. Así su padre es un militar en servicio pasivo cuya familia mantuvo siempre relación con la institución militar. Su madre proviene de una familia también de militares, de hecho sus padres se conocieron precisamente por los vínculos de los abuelos del señor Flor con las Fuerzas Armadas. Los hermanos del señor Flor han pertenecido o trabajado para las Fuerzas Armadas o instituciones relacionadas con las Fuerzas Armadas. Las amistades de la familia siempre han estado relacionadas con las Fuerzas Armadas. La baja ordenada por mala conducta, condujo al rompimiento y fractura de estas relaciones de manera permanente.

La ex esposa del señor Flor, la señora Elena Beatriz Lasso Argüello pertenece también a una familia de militares, por ello en cuanto se formularon las acusaciones su matrimonio terminó. Se rompió con ello el vínculo con su hija Paola de los Ángeles Flor Lasso a quien prácticamente no ha podido ver por muchos años, precisamente por la resistencia de la ex cónyuge a que exista la relación entre el padre y la hija.

Desde la época en que se dieron los hechos, el señor Homero Flor Freire y su familia cercana han sufrido de manera constantes las consecuencias directas del hecho de haber sido dado de baja de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana. En efecto, por una parte el hecho de que conste que su baja se debió a que “convenía al buen servicio”, significó para él que se asuma o bien que incurrió en una mala conducta profesional o que carecía de las calificaciones profesionales necesarias para continuar en la Fuerza. Se debe recordar que de conformidad con la legislación vigente a la fecha en que el señor Flor fue dado de baja, constituían hechos de mala conducta profesional los “*actos de homosexualidad o en hechos relacionados con tenencia, uso indebido, tráfico y comercialización de drogas o estupefacientes dentro o fuera del servicio*”. Evidentemente, por la carga social y cultural que existe dentro las Fuerzas Armadas, el primero de los hechos descritos en la norma generó una exclusión de su círculo social, así como de ámbitos laborales en los que el señor Flor podía desarrollarse. Además, en todo caso, por otra parte, el hecho de ser dado de baja de las Fuerzas Armadas por una mala conducta, cualquiera que esta sea, impone una carga a futuro en el mercado laboral al cual tenía acceso el señor Flor.

Adicionalmente, se debe considerar que tanto bajo la legislación vigente a la fecha en que se produjeron los hechos, como en la actualidad, la jurisdicción para decidir sobre la existencia de infracciones de carácter disciplinario dentro

de las Fuerzas Armadas recae exclusivamente sobre miembros activos, es decir el juzgamiento de tales conductas se ha encargado a quienes no reúnen las condiciones de jueces. Esta condición resulta grave en cuanto priva, como sucedió con el señor Flor Freire, de una legislación adecuada a las disposiciones de la Convención.

Bajo estas condiciones la situación económica del señor Flor y toda su familia se vio seriamente afectada, pues se dieron largas épocas en las que él no tuvo acceso a trabajo remunerado. Los bienes familiares debieron venderse e inclusive el padre del señor Flor debió asumir la obligación de pago de los deberes alimentarios de su nieta. Así en la declaración de su padre consta lo siguiente:

Le hicieron daño no solamente a él, sino a la unión familiar, ya que por el Registro de baja por mala conducta se produjo el divorcio inmediato ejecutado por su esposa, a tal punto que soy quien atiende la pensión alimenticia para mi nieta Paola Flor Lasso, pensión judicial que la estoy cumpliendo desde el año dos mil nueve. El motivo de la baja, le ha perjudicado también como dificultad permanente para conseguir un trabajo y poder cubrir sus necesidades de vida e inclusive su necesidad de estudiar para mantener y mejorar su estilo de vida.

Así mismo su madre declaró:

ha dado por la impotencia que tengo ante esta injusticia, ante esta difamación al honor de mi hijo. La situación económica fue y es apremiante en la familia sobre todo, Homero mi hijo, era y es sustento familiar, al salir del ejército las muchas deudas, gastos fueron asumidos por mis demás hijos: por Alejandro y Ximena en base a sus posibilidades. Pero después se fue complicando la situación ya que Homero conseguía trabajo mediante concurso por sus capacidades y competencias y luego era despedido por haber salido del ejército por homosexual y mala conducta. Que

En este mismo sentido el señor Vallejo declaró:

En la parte familiar su vida se desmoronó, ya que personal de Inteligencia se encargó de difundir a la esposa del Teniente

Flor la versión que ellos tenían dispuesta por parte del mando militar, eso provocó la separación inmediata de su esposa, la misma que ya tenía una hija con el Teniente Flor, desde ese momento y durante todos estos años el teniente Flor jamás pudo volver a su hija, ya que la madre le negó contacto alguno, eso también puedo dar testimonio, porque Paola la hija del teniente Flor estudiaba en el mismo colegio en el que mi hija Daniela estudio hasta los 9 años, el Colegio Marie-Clarac, ellas eran amigas y compartían la misma línea de bus. Así que ella no sabía que su padre era el Teniente Flor, para Paola su padre es su abuelo.

Evidentemente, los hechos arbitrarios del Estado condujeron a una destrucción de la vida social y económica tanto del señor Flor como de la familia Flor Freire.

**El principio de igualdad ante la Ley y la prohibición de discriminación.-
La violación de los derechos.-**

El Estado durante la audiencia del día 17 de febrero pasado ha afirmado que éste ha dado una aplicación progresiva del derecho reconocido en el Art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta afirmación por parte del Estado lleva implícita, como se detalla a continuación, el reconocimiento del incumplimiento de su obligación de respetar los derechos humanos y de manera específica del derecho a la igualdad y no discriminación.

El principio de progresividad de los derechos no es aplicable a todos los derechos humanos, pues existen muchos, por su naturaleza, que deben ser protegidos de manera absoluta e inmediata. No cabe, que el Estado asuma un compromiso de respeto progresivo de los mismos y menos aún que esto esté atado a la disponibilidad de los recursos, por ejemplo.

En el caso de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estos no están sometidos, en general, a una protección progresiva, por el contrario de conformidad con las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de lo dispuesto en los Art. 1.1, 2 y 29 de la Convención, su respeto y protección son absolutos y los Estados no pueden dejar de protegerlos. Así, es evidente que un Estado no podría asumir que el respeto del derecho a la vida o a la integridad personal, o a la personalidad jurídica, o a la protección judicial, o a las garantías judiciales está sometido al principio de progresividad. Por el contrario todos estos derechos son de aplicación y protección inmediata y absoluta.

Así esta Honorable Corte ha afirmado que:

“73. Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana e inviolables, que le hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.”¹⁷

El caso del derecho a la igualdad ante la Ley y no discriminación, también es de aplicación inmediata y no se encuentra sometido al principio de progresividad como afirma el Estado. De hecho, la Honorable Corte ha afirmado que:

“85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional

86... El hecho de estar regulado el principio de igualdad y no discriminación en tantos instrumentos internacionales, es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.

...

88. El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, de eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y de combatir las prácticas discriminatorias.”¹⁸

Además la misma Corte resolvió que:

“101. ... este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil,

¹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18, 17 de septiembre de 2003, parr. 73

¹⁸ Id. Párrs. 85, 86, 88.

nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.”¹⁹

Resulta en consecuencia evidente que el Estado no puede sostener, legítimamente, que ha existido una aplicación progresiva del derecho a la igualdad ante la Ley y que esto justifica los actos estatales ejecutados en contra del señor Flor Freire, por el contrario dicha afirmación conduce a la conclusión opuesta, esto es que el Estado violó los derechos del señor Flor Freire y por lo tanto se generó responsabilidad internacional para el Estado. En efecto, la Corte ha afirmado que:

“103. ... los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.

104. Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.

...
106. El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración...”²⁰

En el presente caso, el Estado primeramente adoptó una norma, la del Art. 117 del Reglamento de Disciplina Militar que imponía un trato desigual y discriminatorio en razón de una orientación sexual, real o percibida, esta norma fue aplicada en el caso concreto del señor Flor Freire, pues ella sirvió para declarar, de manera infundada, una supuesta mala conducta profesional y finalmente en función de ello fue separado de la carrera militar. Es decir el Estado generó una situación de clara desigualdad ante la Ley, por la percepción de la orientación sexual del señor Flor Freire y en función de ello recibió una

¹⁹ Id. Parr. 101

²⁰ Id. Parrs. 103, 104, 106.

sanción. Esta conducta, es claramente contraria a las obligaciones internacionales del Estado, por lo que existe responsabilidad internacional de éste.

Además resulta fundamental señalar, que la discriminación de la que ha sido víctima el señor Flor Freire, conforme él declaró ante la honorable Corte, no sólo influyó de manera determinante en la terminación de su carrera militar, sino que el mismo proceso en el cual fue juzgado estuvo ya dañado por la carga discriminatoria existente dentro de las propias fuerzas armadas. Así, por ejemplo, sin que exista prueba alguna dentro del proceso, sin que se le permita interrogar a los supuestos testigos y sin que se siga un debido proceso legal, fue condenado. De hecho, en la realidad, por las prácticas discriminatorias existentes siempre estuvo condenado, esto es, desde el momento mismo en que de manera arbitraria se decidió iniciar el proceso disciplinario. La condena, fundada en una percepción de su orientación sexual, persiste hasta el día de hoy conforme se determinó en la declaración del señor Flor en su comparecencia ante la Honorable Corte. Bajo estos presupuestos, resulta evidente que se violó, conforme se ha señalado, el derecho a las garantías judiciales reconocido en el Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta condena, fundada tanto en la norma discriminatoria como en la practica tolerada de discriminación existente, por la percepción de una orientación sexual, es tan arbitraria que inclusive la norma que imponía la sanción no se encontraba recogida en una Ley, en los términos que la Convención, sino que además estaba en un reglamento de segundo orden, con lo que inclusive la sanción también es arbitraria por la falta de legalidad. Esta conducta estatal precisamente revela la real voluntad dentro de las fuerzas armadas de no someterse al ordenamiento jurídico, tanto en lo que se refiere al respeto del derecho a la igualdad ante la Ley, como en el respeto al propio principio de legalidad. Por ello, es claro que el Estado violó el Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Todas las conductas señaladas, es decir la existencia de la norma del Art. 117 del Reglamento de Disciplina Militar, la existencia de una tolerancia y fomento de prácticas discriminatorias, en razón de la orientación sexual percibida, la conducción de un proceso destinado a la sanción prejuzgada, condujeron a que la vida privada y la honra del señor Flor Freire se vea afectada de manera directa, pues ante los actos arbitrarios del Estado, el señor Flor Freire perdió a su familia, su cónyuge al ver supuestamente traicionado el compromiso de fidelidad, le expulsó del hogar y obtuvo el divorcio. Esta es una consecuencia directa de los actos arbitrarios del Estado, con lo que se violó el Art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En relación con el alcance de la protección del Art. 11 de la Convención esta Corte ha resuelto que:

“113. El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”²¹

Sin embargo, las violaciones a los derechos se vieron agravadas por la intervención del juez sexto de lo civil de Pichincha y del Tribunal Constitucional, los mismos que habiendo tenido la oportunidad de brindar la protección judicial, al amparo de lo dispuesto en el Ar. 25 de la Convención, resolvieron reconocer la legitimidad de los actos de la Fuerza Terrestre y con ello perpetuar las violaciones a los derechos humanos en el tiempo. Así, el Estado es también responsable por la violación del Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En consecuencia, el Estado es responsable por la violación de las normas de los Arts. 1.1, 2, 8, 9, 11 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las reparaciones

En el escrito de solicitudes argumentos y pruebas se determinaron con precisión las medidas de reparación que se solicitan. Sin embargo, resulta fundamental referirnos de manera específica a algunas de ellas.

En el Derecho Internacional se ha reconocido como principio de reparación el de *restitutio in integrum* el mismo que se encuentra inclusive reconocido en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto se dispone que la Corte al momento de resolver debe ordenar que se restituya el goce del derecho que ha sido violado. En este sentido, resulta fundamental, conforme se ha señalado que de deje sin valor jurídico alguno el acto por el cual se declaró la mala conducta del señor Flor, es decir la decisión por la cual se determinó la existencia de actos de homosexualismo y como consecuencia de ello, se ordene la reincorporación del señor Flor a la Fuerza Terrestre. Esta medida, es jurídica y materialmente posible. De hecho, en el pasado conforme lo reconoció el propio perito del Estado se ha ordenado la reincorporación de miembros de las Fuerzas Armadas que han sido dados de baja de manera irregular o arbitraria. Inclusive, el perito reconoció que en ninguno de los casos en los que se ha ordenado, a través de decisiones judiciales, la reincorporación de miembros de

²¹ Corte IDH. Caso Escher y Otros vs. Brasil, parr. 113

las Fuerzas Armadas se ha producido ninguna situación de riesgo para las mismas, pues este riesgo es simplemente de carácter teórico y no real.

Más aún, en el caso de que se produce una violación a los derechos humanos, como consecuencia de un hecho discriminatorio resulta fundamental no sólo eliminar desde la perspectiva jurídica el acto discriminatorio sino que además requiere que esa eliminación del acto discriminatorio se materialice en los hechos. En el presente caso, al haber existido la expulsión de las Fuerzas Armadas del señor Flor por existir una percepción de una orientación sexual y al ser este hecho claramente discriminatorio, no cabe sino el reinstaurarle en la posición en la que se habría encontrado si el hecho discriminatorio no hubieras existido. Así, esto se logra única y exclusivamente con la reincorporación a la Fuerza Terrestre²² y conforme lo reconoce inclusive la legislación ecuatoriana en el grado y antigüedad que le corresponde dentro de su promoción.

Es importante recordar que este tipo de reparaciones se han dado en el pasado dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así por ejemplo en el caso Mejía Idrovo, la Corte resolvió:

“137. La Corte constata que fue demostrado en el capítulo VI que existieron omisiones en el debido proceso, algunas de las cuales han sido subsanadas en el fuero interno durante el transcurso del proceso ante la Corte. El Tribunal toma nota que, mediante sentencia de 8 de octubre de 2009, la Corte Constitucional ordenó “[l]a reincorporación del accionante a la situación profesional que ostentaba dentro de la Fuerza Terrestre, a la fecha inmediatamente anterior a la expedición de los Decretos Ejecutivos declarados inconstitucionales”. Posteriormente, el 18 de octubre de 2010 el señor Mejía Idrovo fue reincorporado al servicio activo como Coronel del Ejército.

138. En razón de lo anterior, la Corte encuentra que durante el trámite del caso ante este Tribunal el señor Mejía Idrovo fue reincorporado a su cargo, y con ello se le ha restituido en sus derechos por el tiempo que se produjo la violación. Por tanto, ha sido reparado en cuanto a este aspecto.”²³

Así, esta propia Corte ha reconocido que no solamente es posible la reincorporación de un miembro de las Fuerzas Armadas al servicio activo, sino que además constituye una fórmula de reparación.

De igual manera y de forma más reciente en el caso 12.689, contra México, la Comisión recomendó de manera expresa:

²² La misma que se puede dar inclusive sin que exista un destino específico en la distribución orgánica de la Fuerza Terrestre y conllevaría por ejemplo a que el oficial que se encuentra en tal situación deba solicitar la disponibilidad y baja de manera voluntaria (lo cual sucede con los oficiales de manera constante).

²³ Corte IDH., Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador, parrs. 137, 138.

*“Reparar integralmente a las víctimas del presente caso tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados, así como su reinstalación en las fuerzas armadas si las víctimas así lo desean”*²⁴

El Estado en este caso cumplió con la recomendación señalada.²⁵

Así en los dos casos señalados se ha dado la reincorporación a las armadas como medida de reparación, en ambos se cumplió sin que exista prueba alguna de con ello se haya colocado en riesgo la seguridad militar o nacional en ninguno de los dos Estados. En consecuencia, es evidente que no existen restricciones ni legales ni fácticas que impidan esta forma de reparación.

Por otra parte, se ratifica el pedido de las demás reparaciones señaladas en el escrito de solicitudes argumentos y pruebas y sobre las cuales se considera no cabe ningún análisis adicional al ya expresado en dicho escrito.

Conclusión

La Honorable Corte debe declarar la violación de los derechos humanos señalados en el escrito de solicitudes argumentos y pruebas. Al mismo tiempo, como consecuencia de tales violaciones se deberá ordenar la reparación integral de las mismas en los términos señalados en el mencionado escrito.

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 80/15, Caso 12.689, parr. 141

²⁵ Id.