

**CONTESTACION A LA EXCEPCIÓN PRELIMINAR PROPUESTA
POR LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**HOMERO FLOR FREIRE
vs.
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

30 DE JULIO DE 2015

A. Introducción

El señor Homero Flor Freire ha venido luchando durante más de una década por el reconocimiento oficial del grave error y violación de sus derechos humanos como consecuencia de la acusación formulada en su contra, por la percepción de una orientación sexual distinta a la que tiene. Con el fin de enfrentar al aparato estatal el señor Flor propuso ante las autoridades y jueces ecuatorianos los recursos que tenía a su disposición, con el fin de que se reconozca la arbitrariedad de los hechos violatorios y que se repare los efectos que los mismos han causado en su vida, en especial que se reconozca que la falsa apreciación de su orientación sexual condujo a una conducta discriminatoria por parte del Estado y de manera más grave de la propia sociedad. Más aún cuando la inculpación realizada por el Estado estuvo siempre dirigida a causarle un daño, excluyéndole de la vida militar y privándole con ello de su vida familiar y su proyecto de vida.

El Estado ecuatoriano al contestar el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas ha propuesto como excepción preliminar la falta de agotamiento de los recursos internos. Sin embargo dicha excepción ha sido por una parte propuesta de manera tardía, por lo tanto de manera inoportuna y por otra parte de manera contradictoria con la conducta procesal previa del propio Estado.

En efecto, el Estado a partir de la emisión del informe de fondo 81/13, expresó de manera reitera su voluntad de cumplir con el mismo, es decir reconoció que lo resuelto por la Comisión, tanto en su informe de admisibilidad como en el fondo era lo acertado. De esta manera, por la propia conducta del Estado este no podía proponer la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos. Más aún, cuando el propio Estado no ejerció el derecho reconocido en el Art. 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que habría sido el mecanismo adecuado para oponerse a lo resuelto por la Comisión.

De igual manera, el recurso que ha sido señalado como aquel que debió ser agotado, esto es la acción de plena jurisdicción o recurso subjetivo ante un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo no resulta ni adecuado ni efectivo. Así, según la disposición de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no admitía a la fecha en que se produjeron los hechos, la interposición de acciones en contra de actos administrativos de las Fuerzas Armadas.

Contrariamente a lo afirmado por el Estado, el recurso o acción de amparo, que fue el recurso al que accedió el señor Flor Freire, era el único mecanismo adecuado para obtener la protección de sus derechos. Dicha protección, de haber cumplido con las disposiciones de la Convención Americana, habría conducido por una parte a reconocer que los hechos sobre los cuales recayó la acción fueron violatorios de los derechos y por otra habría ordenado la reincorporación del señor Flor a las Fuerzas Armadas y de manera específica a la Fuerza Terrestre Ecuatoriana.

En consecuencia, el recurso o acción de amparo propuesto por el señor Homero Flor Freire y la resolución del Tribunal Constitucional conducen a la conclusión de que con esta acción se agotaron los recursos de la

jurisdicción interna. De igual manera, resulta claro que la excepción preliminar propuesta por el Estado es improcedente.

La Honorable Corte, al momento de resolver deberá recoger su jurisprudencia previa, en el sentido de que:

“en relación con la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos, este Tribunal no encuentra motivo para reexaminar el razonamiento de la Comisión Interamericana al decidir sobre la admisibilidad del presente caso, ya que dicho razonamiento es compatible con las disposiciones relevantes de la Convención.”¹

B. La excepción preliminar ha sido propuesta de manera inoportuna y contradice la conducta previa del Estado

El Estado en su contestación al escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas de manera clara y reiterada por una parte ha señalado que el Estado ha cumplido parcialmente con el informe 81/13, sin que el señor Homero Flor Freire la veracidad de dicha afirmación en cuanto al cumplimiento, desde la perspectiva procesal tal afirmación conduce a que existe un reconocimiento de la validez y eficacia tanto del informe 81/13 como del informe de admisibilidad 1/10 . En efecto el Estado señala en su contestación:

“...se constata que el Estado ecuatoriano cumplió cuatro de las cinco medidas dispuestas...”²

¹ Corte I.D.H., Caso Salvador Chiriboga en contra de la República del Ecuador, Sentencia de 6 de mayo de 2008, para. 44

² Escrito de contestación del Estado , p. 9

³ Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparación y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, Párrafo 25.

Esta conducta del Estado, con claridad demuestra que éste lejos de considerar que el procedimiento e informes de la Comisión habían sido adoptados en violación de las normas de la Convención, entre ellas los requisitos del Art. 46, reconoció que lo decidido por la Comisión y sus recomendaciones impusieron sobre el Estado una obligación internacional, que además debía ser cumplida. Esta posición Estatal inclusive se refleja en todas las comunicaciones dirigidas a la Comisión durante el año 2014, en las que de manera reiterada expresa de manera inequívoca su voluntad de cumplir con las recomendaciones. Así, estas conductas estatales, le generaron al Estado tanto obligaciones con respecto a las violaciones incurridas, como efectos de carácter procesal que hoy le impiden alegar la ausencia de cumplimiento de los requisitos de admisibilidad. El Estado, a partir del momento en que expresó su voluntad de cumplir con el informe 81/13 perdió la oportunidad de proponer excepciones de carácter preliminar, como lo es la excepción de falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

Carece de sentido, desde la perspectiva procesal, que en un momento del proceso sostenga el Estado que reconoce su deber de cumplir con las recomendaciones del informe 81/13 y luego en otro momento procesal posterior que sostenga, no sólo que no debe cumplir con tales recomendaciones, sino que además, el antecedente de dicho informe, esto es la admisibilidad resuelta por la Comisión, contraviene los preceptos de la Convención en cuanto a los dispuesto en el Art. 46. Si el Estado asumió en su momento que debía cumplir con las recomendaciones contenidas en el informe señalado, implica que el Estado reconoció la juridicidad y validez del informe tanto en los aspectos de fondo como aquellos relacionados con el procedimiento previo. Con tal conducta, es evidente que el Estado renunció tácitamente a proponer cualquier excepción preliminar y entre ellas la de falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

En este sentido se debe recordar que esta Honorable Corte ha resuelto que:

“...la Corte recuerda que según la práctica internacional, cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunde en beneficio propio o en deterioro de la contraria, no puede luego, en virtud del principio del estoppel, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera y que cambie el estado de las cosas en base al cual se guió la otra parte”³

Así, cuando el Estado asumió en el proceso ante la Comisión una conducta que hacía presumir al señor Flor Freire que éste había aceptado por una parte la responsabilidad internacional y por otra que no tenía ya objeciones con respecto a la admisibilidad del caso ante el Sistema Interamericano, el Estado perdió la posibilidad de conducirse procesalmente en contra de tales conductas previas. Por lo tanto, se puede concluir sin lugar a dudas que el Estado, por su conducta, renunció a la interposición de excepciones de carácter preliminar.

Ahora bien, se debe analizar cual debió ser la conducta del Estado si en efecto, en su momento, es decir al recibir el informe 81/13, consideraba que la Comisión había errado en su decisión tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo. La Convención Americana en el Art. 51 reconoce la posibilidad que no sólo la Comisión puede acudir ante la Corte, sino que además el Estado que no se encuentra conforme con lo decidido por la Comisión puede demandar ante esta Corte y buscar que la misma corrija lo resuelto por la Comisión. En el presente caso, el Estado no adoptó esta conducta, es decir no objetó ni contradujo, ni accionó en contra de lo decidido por la Comisión. Así, con ello con su conducta, aceptó y reconoció la validez y juridicidad de lo actuado ante la Comisión.

³ Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250, Párrafo 25.

Claramente, las conductas del Estado adoptadas con posterioridad al informe 81/13 demuestran y confirman la voluntad de éste de renunciar a cualquier excepción de carácter preliminar. Por lo tanto, se solicita que la Honorable Corte rechace la excepción de falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

C. El recurso contencioso administrativo no es un recurso adecuado ni eficaz: Este no se encontraba a disposición del señor Homero Flor Freire por ser miembro activo de las Fuerzas Armadas.

El Estado ha sostenido que el señor Homero Flor Freire, para agotar los recursos de la jurisdicción interna, debió haber interpuesto en primer lugar una acción de carácter contencioso administrativo al amparo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y luego inclusive el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia.

En relación con el recurso señalado por el Estado, se debe indicar que si bien dicho recurso o acción existe dentro de la legislación ecuatoriana, no es menos cierto que el mismo para el caso del señor Flor Freire, por ser miembro de las Fuerzas Armadas, le resultaba inadecuado. En efecto, el Art. 6 literal c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa expresamente dispone:

“Art. 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.”

Más aún, la propia Corte Suprema de Justicia, en el caso presentado por el Héroe Nacional, Manuel Nieto Cadena, afirmó lo siguiente:

“La Sala considera que, el acto administrativo impugnado contentivo de la negativa del Ministro de Defensa para estimar favorable la solicitud de los actores, mira a la organización de las Fuerzas Armadas, integrantes de la Fuerza Pública, que según el Art. 6 literal c) de la Ley de lo Contencioso Administrativo, entre otras, las cuestiones que se suscitan en relación a la organización de la Fuerza Pública, no corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa”⁴

En otro fallo, más reciente, la Corte Suprema de Justicia, reconoció que la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en lo relacionado con actos administrativos de las Fuerzas Armadas, se aplica a los empleados civiles y cuando el acto no tenga relación con infracciones de carácter militar, en efecto resolvió:

“...el presente caso debe ser considerado a la luz de la resolución generalmente obligatoria expedida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción nacional y que fuera expedida el 6 de noviembre de 1990 y publicada en el Registro Oficial 576 de 4 de diciembre del indicado año, en la que se declara que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se halla investido de jurisdicción y competencia para conocer y resolver las impugnaciones a los actos administrativos que se considere que lesionan derechos de los empleados civiles de las Fuerzas Armadas, salvo cuando dichos actos provengan de hechos tipificados como

⁴ Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 2. Pág. 455. Manuel Nieto Cadena en contra del Ministerio de Defensa

infracciones de carácter penal por las leyes militares y que, en consecuencia, estén sujetos a dicho fuero”⁵

La Resolución Generalmente Obligatoria citada en dicha sentencia contiene precisamente la inclusión de los empleados civil para efectos del ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa en contra de actos de las Fuerzas Armadas, sin embargo excluye a las infracciones de orden penal. Evidentemente, la norma señalada no se le podía aplicar al señor Flor Freire, pues el era un miembro activo de las Fuerzas Armadas con un grado militar. Por ello, el recurso señalado por el Estado no resultaba adecuado.

En consecuencia el recurso señalado por el Estado no es el adecuado, pues existe una norma establecida en un Ley que de manera manifiesta impide y restringe la interposición del recurso subjetivo o de plena jurisdicción en contra de lo actos administrativos relacionados con la organización de la Fuerza Pública. Además conforme se ha señalado inclusive la Corte Suprema del Ecuador ratificó que en virtud de la disposición señalada la impugnación de los actos de la Fuerza Pública no corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La Honorable Corte ha señalado, que no es necesario agotar los recursos de la jurisdicción interna en los casos, como el presente, en el que un determinado recurso no se encuentra a disposición de una determinada persona:

“...cuyo efecto es el de impedir a ciertos demandantes la utilización de los recursos internos que, normalmente, estarían al alcance de los demás... el acudir a esos recursos se convierte en una formalidad que carece de

⁵ Registro Oficial 669, 24 de Septiembre del 2002, José Vicente Mena en contra del Ministerio de Defensa Nacional

sentido. Las excepciones del artículo 46.2 serían plenamente aplicables en estas situaciones y eximirían de la necesidad de agotar recursos internos que, en la práctica, no pueden alcanzar su objeto”⁶

Así en el presente caso, el señor Flor Freire se encontraba impedido de interponer un recurso subjetivo o de plena jurisdicción ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, por le existencia y vigencia de una norma expresa que lo impedía. De hecho, la presentación de una acción ante dicho Tribunal, no solo no habría sido exitosa sino que además no habría superado la etapa inicial de la calificación de la demanda. No se debe dejar de señalar además, que la existencia y vigencia de esta norma, a la fecha en la que se produjeron los hechos, significaba que el Estado se encontraba además en violación del Art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Arts. 24 y 25 de la Convención.

Por otra parte, el recurso contencioso administrativo, aún cuando resulta este improcedente, ha probado ser ineficaz, pues existe una considerable demorara en la tramitación de las causas que le son sometidas y aquellas que le eran sometidas en la época en que la se produjeron los hechos. Así por ejemplo existen causas que tardan más de una década en ser resueltas⁷, sin que exista ninguna razón para tan prolongada demora. En estas circunstancias el recurso señalado por el Estado carece de toda eficacia.

D. El recurso o acción de amparo fue el recurso adecuado y que podía resultar efectivo. Se agotaron los recursos internos.

El señor Homero Flor Freire, luego de agotar la vía administrativa, esto es una vez resuelto el recurso de apelación por el interpuesto ante el Consejo de Oficiales Superiores, interpuso al amparo de la Constitución vigente a la

⁶ Corte I.D.H, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, para. 68

⁷ Corte I.D.H, Caso Salvador Chiriboga, Id. Paras. 80-84

época, un recurso o acción de amparo, el mismo que fue conocido en primera instancia por el Juez Sexto de lo Civil de Pichincha y en apelación por el Tribunal Constitucional. En las dos instancias el recurso fue negado. En ninguna de ellas se analizó la existencia de las violaciones alegadas y el rechazo se dio con argumentos débiles y sin mayor explicación.

El Estado no se ha referido en detalle a las razones por las cuales este recurso, que fue propuesto por el señor Flor, no resulta adecuado ni efectivo y por lo tanto su negativa por parte del más alto tribunal del país, el Tribunal Constitucional a la época en que se produjeron los hechos, no agota los recursos internos.

En este sentido se debe recordar que esta Honorable Corte, ha reconocido que el Art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *“recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención”*⁸ Evidentemente, el recurso de amparo propuesto por el señor Flor Freire fue un recurso que resultaba efectivo y adecuado, además de sencillo y rápido, pues el mismo habría servido para proteger los derechos violados, anular el acto y ordenar que la persona víctima de la violación de sus derechos sea reinstaurado en el efectivo goce de los mismos.

Más aún el Estado no ha desvirtuado de manera alguna las alegaciones realizadas por el señor Flor durante el trámite ante la Comisión sobre la naturaleza, alcance y eficacia que tenía en abstracto el recurso de amparo. El Estado, luego de que el entonces peticionario señalara que el recurso de amparo era el recurso por el cual se agotaron los recursos internos, debía haber señalado las razones por las cuales dicho recurso no cumplía con el requisito previsto en el Art. 46 de la Convención.

⁸ Corte I.D.H, Opinión Consultiva OC 8 de 30 de enero de 1987, para. 32

Adicionalmente a lo indicado antes, es sin duda importante señalar que luego de las reformas constitucionales que entraron en vigencia en el año 1996 y luego con la Constitución de 1998, normas que introdujeron el recurso de amparo en el Ecuador, los miembros de las Fuerzas Armadas que se veían afectados por decisiones que consideraban contrarias a la Constitución presentaron y propusieron acciones de carácter constitucional⁹ con el fin de obtener una protección. En muchas ocasiones, los recursos fueron resueltos favorablemente¹⁰, lo cual demuestra que en efecto el recurso de amparo fue un recurso a través del cual se agotaron los recursos de la jurisdicción interna.

E. Documentos adjuntos

Al presente escrito se adjuntan los documentos a los que se ha hecho referencia. En especial, la Resolución del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia y las resoluciones del Tribunal Constitucional en amparos en los que se ha concedido la protección frente a actos de las Fuerzas Armadas.

F. Conclusión

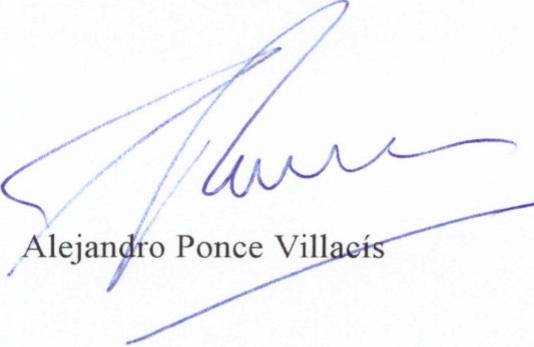
En virtud de lo señalado, se solicita que la Honorable Corte, rechace la excepción de falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, confirme que el informe de admisibilidad 1/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue adoptado de manera correcta y

⁹ Inclusive se conoce que el Héroe Nacional Manuel Nieto Cadena, luego de que se negó su acción contenciosa administrativa, que se ha citado previamente, recurrió exitosamente, ante el Tribunal Constitucional y obtuvo la protección demandada, consiguiendo a través de ello el reconocimiento de grado militar de Vicealmirante.

¹⁰ Se debe señalar que indistintamente los accionantes presentaron también acciones de inconstitucionalidad contra actos administrativos de carácter particular y recursos de amparo. En muchos casos tales acciones, cuando fueron aceptadas, tuvieron idéntico efecto para la protección de los derechos violados.

jurídica y que al mismo tiempo acepte los argumentos aquí expuestos sobre la improcedencia de la excepción preliminar sobre la falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

Atentamente,



Alejandro Ponce Villacís