

INFORME No. 81/13
CASO 12.743
FONDO
HOMERO FLOR FREIRE
ECUADOR
4 de noviembre de 2013

I. RESUMEN	1
II. TRÁMITE ANTE LA CIDH POSTERIOR AL INFORME DE ADMISIBILIDAD	2
III. POSICIÓN DE LAS PARTES	3
A. Los peticionarios	3
B. Posición del Estado	7
IV. ANÁLISIS DE FONDO	8
A. Hechos probados	8
1. Vinculación de Homero Flor Freire con la Fuerza Terrestre ecuatoriana y los hechos del 19 de noviembre de 2000	8
2. Información sumaria de investigación iniciada el 22 de noviembre de 2000	9
3. Demanda de amparo constitucional No. 74-2001	13
4. Naturaleza del procedimiento de información sumaria de investigación	19
5. Las normas de derecho interno de Ecuador aplicables al caso	20
B. Análisis de derecho	22
1. Consideraciones previas.....	22
2. El derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación (artículos 24, 1.1 y 2 de la Convención Americana)	24
3. Garantías judiciales y protección judicial (artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana).....	36
V. CONCLUSIONES	45
VI. RECOMENDACIONES	45

INFORME No. 81/13
CASO 12.743
FONDO
HOMERO FLOR FREIRE
ECUADOR
4 de noviembre de 2013

I. RESUMEN

1. El 30 de agosto de 2002, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana”, “la Comisión”, o “la CIDH”) recibió una petición presentada por Alejandro Ponce Villacís y Juan Manuel Marchán (en adelante “los peticionarios”) en la cual se alega la responsabilidad de la República de Ecuador (en adelante “el Estado” o “el Estado ecuatoriano”) por la baja de Homero Flor Freire (en adelante “Homero Flor”, “el señor Flor”, “la presunta víctima” o “el co-peticionario”), Oficial de Policía Militar de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana (en adelante “la Fuerza Terrestre” o “el Ejército”) en virtud de la presunta comisión de una falta disciplinaria.

2. El 15 de marzo de 2010 la Comisión aprobó el Informe No. 1/10, en el cual, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto, decidió continuar con el análisis de fondo relativo a la supuesta violación de los artículos 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana, todos ellos en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos, prevista en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento internacional, en perjuicio de Homero Flor Freire.

3. Los peticionarios sostienen que varios derechos de Homero Flor fueron vulnerados a partir de un proceso disciplinario iniciado en su contra, que culminó con la decisión de ordenar su baja de la Fuerza Terrestre ecuatoriana. Alegan que esta decisión se basó en presuntos prejuicios discriminatorios y en la distinción arbitraria e injustificada establecida en la legislación militar para sancionar conductas sexuales dentro de un recinto militar, cuando se refiere a prácticas sexuales entre personas del mismo sexo. Igualmente, los peticionarios aducen violaciones relacionadas al debido proceso y a la protección judicial porque durante el trámite del proceso que dio lugar a su baja, Homero Flor no tuvo la oportunidad de controvertir las pruebas testimoniales recabadas, y no contó con recursos adecuados y efectivos para impugnar esta decisión.

4. El Estado, por su parte, sostiene que el presente caso se relaciona con la aplicación de disposiciones normativas que ya han sido derogadas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que es un asunto que ya fue resuelto a nivel interno, y también que se respetaron las garantías al debido proceso y protección judicial al señor Flor. Asimismo, y dado a que no fue posible alcanzar una solución amistosa, considera procedente que la CIDH proceda a realizar el análisis sobre el fondo del asunto y emitir el informe respectivo.

5. Tras analizar la posición de las partes, los hechos establecidos y el marco de derechos humanos aplicable, la Comisión Interamericana concluyó que el Estado ecuatoriano es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 24 y 25 de la Convención Americana en relación con sus artículos 1.1 y 2, en perjuicio de Homero Flor Freire. Con base en las conclusiones de este informe, la CIDH hace las siguientes recomendaciones al Estado ecuatoriano: (1) reparar integralmente al señor Homero Flor Freire en los términos indicados en este informe, tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados; (2)

reconocer públicamente que el señor Homero Flor Freire fue dado de baja de la Fuerza Terrestre ecuatoriana de manera discriminatoria; (3) adoptar las medidas estatales necesarias para asegurar que las personas que se desempeñan dentro de la Fuerza Terrestre ecuatoriana o cualquier dependencia del ejército ecuatoriano no sean discriminadas con base en su orientación sexual, real o percibida; (4) tomar las medidas estatales necesarias para que el personal de la Fuerza Terrestre ecuatoriana o cualquier dependencia del ejército ecuatoriano, así como los juzgados de derecho en jurisdicción militar conozcan los estándares interamericanos, así como la normativa interna ecuatoriana en cuanto a la no discriminación con base en la orientación sexual, real o percibida; y (5) adoptar las medidas estatales necesarias para que se garantice el derecho al debido proceso de militares juzgados por tribunales en procesos disciplinarios, incluyendo el derecho a un juez o tribunal imparcial.

II. TRÁMITE ANTE LA CIDH POSTERIOR AL INFORME DE ADMISIBILIDAD

6. El 15 de marzo de 2010, la CIDH emitió el Informe de Admisibilidad No. 1/10¹. El 29 de marzo de 2010, la Comisión notificó a las partes el referido informe, les informó que el caso había sido registrado con el número 12.743 y, en virtud del artículo 37.1 de su Reglamento, fijó un plazo de tres meses para que los peticionarios presentaran sus observaciones adicionales sobre el fondo. Asimismo, de conformidad con el artículo 48.1.f de la Convención, la Comisión se puso a disposición de las partes a fin de llegar a una solución amistosa en el asunto.

7. Mediante comunicación de 5 de abril de 2010, los peticionarios manifestaron su interés en iniciar el proceso de solución amistosa. La Comisión remitió al Estado las partes pertinentes de este escrito y le solicitó que, en el plazo de un mes, presentara sus observaciones al respecto. El Estado presentó su respuesta mediante escrito de 27 de mayo de 2010 y expresó su voluntad de proceder con el proceso de solución amistosa. La CIDH transmitió la respuesta del Estado al peticionario para su conocimiento.

8. El 17 de junio de 2010, el Estado presentó información relacionada con las gestiones realizadas entre las partes para alcanzar un acuerdo de solución amistosa, la cual fue trasladada a los peticionarios para sus observaciones. El 29 de octubre de 2010, los peticionarios informaron que habían resuelto dar por concluido el proceso de solución amistosa y continuar con el trámite sobre el fondo del asunto. El 21 de diciembre de 2010, la Comisión informó al Estado que daba por concluido el proceso de solución amistosa. En la misma fecha, solicitó a los peticionarios presentar sus observaciones sobre el fondo de conformidad con el artículo 37.1 de su Reglamento. El 12 y 19 de enero de 2011, el Estado presentó información adicional relativa al proceso de solución amistosa, la cual fue trasladada al peticionario para sus observaciones.

9. Mediante escrito de 7 de febrero de 2011, los peticionarios presentaron información sobre el proceso de solución amistosa y reiteraron su interés en continuar con el trámite del fondo del asunto. Esta comunicación fue remitida al Estado el 23 de febrero de 2011, solicitándole que presentara sus observaciones sobre el fondo. El 14 y 17 de febrero de 2011, el Estado presentó información complementaria sobre el proceso de solución amistosa, la cual fue trasladada a los peticionarios para sus observaciones.

¹ CIDH, Informe No. 1/10 (Admisibilidad), Petición 2723-02, Homero Flor Freire (Ecuador), 15 de marzo de 2010.

10. El 7 de octubre de 2011, la Comisión reiteró a los peticionarios la presentación de sus observaciones sobre el fondo del asunto. Los peticionarios presentaron su respuesta el 4 de enero de 2012, la cual fue trasladada al Estado para sus observaciones. El 9 de abril de 2012, la Comisión reiteró al Estado la presentación de sus observaciones sobre el fondo. El Estado presentó su respuesta el 7 de junio de 2012, la cual fue trasladada al peticionario para su conocimiento. El 10, 12 y 20 de julio de 2012, el Estado presentó información adicional la cual fue trasladada a los peticionarios para sus observaciones. El 25 de julio y 14 de agosto de 2012, los peticionarios presentaron información adicional y observaciones, comunicaciones trasladadas al Estado para su conocimiento. El 12 de septiembre de 2012, el Estado presentó su respuesta, la cual fue trasladada a los peticionarios para su conocimiento.

11. Mediante comunicación de fecha 7 de septiembre de 2012, la Comisión solicitó a las partes remitir copia simple del expediente del procedimiento administrativo de información sumaria de investigación que se le habría iniciado al señor Flor en noviembre de 2000 y del Reglamento para la tramitación de informaciones sumarias en las Fuerzas Armadas, expedido mediante Acuerdo ministerial 1046, publicado en la Orden General Ministerial 240 del 22 de diciembre de 1993. El 24 de septiembre de 2012, los peticionarios remitieron una copia parcial del expediente administrativo de información sumaria de investigación y copia simple del Reglamento para la tramitación de informaciones en las Fuerzas Armadas. El 11 de octubre de 2012, el Estado remitió copias simples del expediente y del Reglamento aludido, transmitidas a los peticionarios para su conocimiento y posteriormente, el 17 de octubre de 2012, en formato digital. El 10 de mayo de 2013, el señor Flor remitió un nuevo documento en el cual alega una serie de afectaciones a su persona y su familia, derivadas de las actuaciones de la Fuerza Terrestre ecuatoriana. El 13 de mayo de 2013, la CIDH trasladó esta información al Estado solicitando sus observaciones en el plazo de un mes. El 27 de agosto de 2013 el peticionario remitió información adicional, la cual fue trasladada al Estado con el plazo de un mes, mediante comunicación del 5 de septiembre de 2013. A la fecha de la aprobación del presente informe aún no se ha recibido observaciones por parte del Estado en relación con esta nueva comunicación del peticionario. La presunta víctima y co-peticionario, señor Homero Flor ha reiterado a través de distintas comunicaciones a lo largo del proceso que la CIDH se pronuncie sobre el fondo de la petición. Asimismo, el Estado solicitó a la CIDH que se pronuncie sobre el fondo del asunto.

III. POSICIÓN DE LAS PARTES

A. Los peticionarios

12. Los peticionarios señalan que Homero Flor Freire era Oficial de la Policía Militar, alcanzó el grado de Teniente y permaneció como miembro en servicio activo de la Fuerza Terrestre ecuatoriana hasta el año 2002. Sostienen que las autoridades de la justicia militar ecuatoriana iniciaron un proceso disciplinario su contra, en el cual se estableció su responsabilidad por la comisión de un acto calificado como “mala conducta profesional”, lo que trajo como consecuencia que éste fuera puesto en situación de disponibilidad por seis meses, y posteriormente fuera dado de baja y separado definitivamente de la Fuerza Terrestre ecuatoriana. Los peticionarios aducen que la decisión que dio lugar a la baja de Homero Flor, se basó en prejuicios que revelan una práctica o política discriminatoria consagrada en la legislación militar y aplicada por sus autoridades, basada en la orientación sexual de sus miembros. Los peticionarios señalan que el señor Flor afirma que no es homosexual. No obstante, aducen que esta política de discriminación tuvo el efecto de conculcar varios de sus derechos con motivo del procedimiento iniciado en su contra.

13. Como antecedentes, los peticionarios relatan que en la madrugada del 19 de noviembre de 2000, Homero Flor afirma haberse dirigido al Fuerte Militar Amazonas, ubicado en la ciudad de Shell en la Provincia de Pastaza, en compañía de otro funcionario militar, luego de que éstos hubiesen asistido a una fiesta celebrada fuera del recinto militar. Según relatan, la persona que lo acompañaba se encontraba en estado de ebriedad, por lo que Homero Flor decidió trasladarlo a su habitación. Al poco tiempo de haber ingresado a ésta, Homero Flor atendió el llamado a la puerta del Mayor Jaime Suasnavas, quien le advirtió que se encontraba en “graves problemas” y le pidió la entrega de su arma de reglamento. Al requerir una explicación sobre la situación, el señor Flor fue informado por el Mayor Suasnavas que había sido visto en “situación de homosexualismo”. Alegan que ante esta situación, Homero Flor fue presionado por otros funcionarios militares para que, de forma voluntaria, solicitara su retiro de la Fuerza Terrestre, puesto que le informaron sobre la existencia de videos y fotos que probaban la ocurrencia de “prácticas homosexuales”. Indican que Homero Flor presentó un informe ante las autoridades militares sobre lo ocurrido y rechazó la acusación en su contra.

14. Los peticionarios señalan que por estos hechos se inició un proceso denominado “de información sumaria de investigación” (en adelante “proceso de información sumaria”), destinado a establecer la existencia de una falta disciplinaria y la responsabilidad de Homero Flor². Indican que el proceso de información sumaria es de carácter administrativo, no obstante, es tramitado ante la autoridad militar con facultades jurisdiccionales, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento para la Tramitación de Informaciones Sumarias en las Fuerzas Armadas (en adelante “Reglamento de Informaciones Sumarias”)³ entonces vigente. Señalan que el proceso concluyó con la decisión del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar (en adelante “Juzgado de Derecho”) del 17 de enero de 2001, mediante la cual se concluyó que existía responsabilidad disciplinaria de Homero Flor por haber incurrido en mala conducta profesional. Sostienen que, con base en esta decisión, el 7 de mayo de 2001, el Consejo de Oficiales Subalternos de la Fuerza Terrestre (en adelante “Consejo de Oficiales Subalternos”), colocó al señor Flor en situación de disponibilidad previo a su baja del servicio activo de la Fuerza Terrestre.

15. Los peticionarios aducen que Homero Flor impugnó el proceso de información sumaria, la decisión del Juzgado de Derecho y la Resolución del Consejo de Oficiales Subalternos, a través de los siguientes recursos: (i) solicitud de reconsideración contra la decisión del Consejo de Oficiales Subalternos, la cual fue rechazada mediante decisión del mismo Consejo del 5 de junio de 2001; (ii) recurso de apelación contra la decisión del 5 de junio de 2001, desestimado por el Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Terrestre el 18 de julio de 2001⁴; (iii) recurso de amparo constitucional contra el proceso de información sumaria y la resolución del Juzgado de Derecho, declarado improcedente mediante decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha (en adelante también “Juzgado Sexto”) del 18 de julio de 2001; y (iv) recurso de apelación contra la providencia del Juzgado Sexto, declarado improcedente mediante decisión del Tribunal Constitucional del 4 de febrero de 2002.

² Según se indica, el proceso fue iniciado tanto a Homero Flor como al otro funcionario militar involucrado en los hechos. Petición original recibida en la CIDH el 30 de agosto de 2002.

³ Expedido mediante Acuerdo Ministerial No. 1046 y publicado en la Orden General Ministerial 240 de 22 de diciembre de 1993. Petición original recibida en la CIDH el 30 de agosto de 2002.

⁴ Los peticionarios señalan que, conforme a lo establecido en el artículo 200 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas entonces vigente, esta resolución causó ejecutoria. Escrito de los peticionarios de 12 de abril de 2004.

16. Los peticionarios presentan una serie de alegatos pertinentes al fondo del asunto. Primeramente sostienen que el proceso que dio lugar a la baja de Homero Flor de la Fuerza Terrestre, se sustentó en dos supuestos: el primero, la alegada orientación homosexual del señor Flor, y el segundo, la práctica de actos sexuales dentro de un establecimiento militar, pero con un especial énfasis en que se trataba de actos entre dos funcionarios del mismo sexo. De esta manera, los peticionarios plantean argumentos relativos por una parte, a la afectación de las garantías del debido proceso durante la sustanciación de la información sumaria, y por la otra, a la alegada discriminación sufrida por Homero Flor, por haber sido acusado de incurrir en una conducta sexual, respecto de la cual existe un trato diferenciado en la legislación militar, que no admite justificación bajo el artículo 24 de la Convención Americana.

17. En cuanto al primer punto, los peticionarios sostienen que se cometieron una serie de vulneraciones al debido proceso durante la tramitación de la información sumaria en contravención de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana. Concretamente, señalan que el proceso de investigación sumaria, se basó en las declaraciones testimoniales rendidas por varios funcionarios que afirmaron haber visto a Homero Flor incurriendo en la alegada falta disciplinaria. Al respecto, sostienen que durante la sustanciación de dicho proceso, a Homero Flor se le impidió presenciar las declaraciones de los testigos que declararon en su contra y su defensa tampoco tuvo la oportunidad de interrogarlos.

18. Sobre el segundo punto, los peticionarios alegan que la norma en virtud de la cual fue sancionado el señor Flor —esto es, el Reglamento de Disciplina Militar vigente en ese entonces— establecía un trato desigual con efectos sustantivos en el tipo de sanción a aplicar, cuando se verificase que se habían llevado a cabo actos sexuales dentro del recinto militar. Así, sostienen que cuando se trata de un “acto sexual ilegítimo” —calificado como “falta atentatoria”—, la sanción máxima posible era la suspensión de funciones por treinta días. Al respecto, los peticionarios señalan que la noción de “actos sexuales ilegítimos” aparentemente se refiere a las relaciones sexuales heterosexuales, practicadas en ausencia de relación matrimonial o por fuera de ésta. Aducen que en los casos que se trataran de “actos de homosexualidad” —calificados como un acto de “mala conducta profesional” (artículo 117 del Reglamento)—, la sanción a imponer era la baja del funcionario, tal y como ocurrió en el presente caso. Los peticionarios aducen que esta diferenciación resulta discriminatoria ya que se basa exclusivamente en la orientación sexual como causa calificada para ordenar la separación de un miembro de la Fuerza Terrestre de dicha institución⁵.

19. Los peticionarios señalan que la Constitución ecuatoriana entonces vigente establecía en su artículo 23(5) el derecho al libre desarrollo de la personalidad, dentro del cual se incluye “la libertad e igualdad sexual” y que el “delito de homosexualismo” había sido despenalizado en Ecuador mediante sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional del año 1997. Sostienen que, pese a la vigencia de este marco jurídico, para el momento en que se sustanció el proceso de investigación sumaria la legislación militar sancionaba la homosexualidad como una conducta que, en sí misma, era considerada como un acto de “mala conducta profesional” y en virtud de la cual, se podía privar a una persona de ejercer sus funciones como miembro de la Fuerza Terrestre ecuatoriana. Aducen que, precisamente, la decisión del Juzgado de Derecho se destaca por centrarse en el tipo de

⁵ Igualmente, los peticionarios aducen que, de acuerdo a la Constitución ecuatoriana entonces vigente, existía una reserva legal para el establecimiento de infracciones y sanciones, no obstante, aseveran que el Reglamento de Disciplina Militar, pese a ser una norma con disposiciones de carácter sancionatorio, era una disposición adoptada por el Ministerio de Defensa Nacional a través de un Acuerdo Ministerial, de carácter reservado, que no se encontraba publicado en el Registro Oficial, y que por lo tanto no se encontraba a disposición de todos los ciudadanos.

conducta sexual en la que habría incurrido el señor Flor, más allá de acreditar propiamente su ocurrencia. Resaltan que, en su decisión, el Juzgado de Derecho refirió que “[el] Reglamento de Disciplina Militar [...] sanciona los actos de homosexualismo, justamente por el carácter especial de la legislación militar”.

20. Los peticionarios sostienen que los recursos disponibles en el ordenamiento jurídico interno para impugnar el proceso y la decisión que dio lugar a la baja de Homero Flor de la Fuerza Terrestre, resultaron ineficaces para remediar la situación jurídica presuntamente infringida y que éstos fueron rechazados por razones superfluas. Aducen que ni la decisión del Juzgado Sexto del 18 de julio de 2001, ni la del Tribunal Constitucional del 4 de febrero de 2002, realizaron un examen de fondo sobre la aplicación de una norma de carácter discriminatorio que tenía efectos sustantivos en la calificación de la conducta de la que se le había acusado en el proceso de investigación sumaria, y cuyo efecto habría sido el cese de sus funciones como miembro del Ejército. Reiteran que, conforme al ordenamiento jurídico vigente, no era posible imponer una sanción por el tipo de conducta sexual que presuntamente se habría realizado, al tratarse de una conducta que (i) está relacionada con el derecho a la libertad sexual, garantizado por la Constitución, y que (ii) no constituía delito o infracción según el Código Penal ecuatoriano.

21. Por lo tanto, sostienen que era imperativo que estas instancias se pronunciaran sobre la legalidad de la sanción que se había impuesto, teniendo en cuenta los hechos objeto del proceso y la posibilidad de que el Estado ejerciera su potestad sancionadora, sobre actos relacionados con el ejercicio de un derecho protegido por el ordenamiento jurídico vigente. Asimismo aducen que ésta era la única vía que tenía el señor Flor para impugnar la decisión que dio lugar a su baja ya que, conforme a lo establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esta jurisdicción no tiene competencia para conocer asuntos relativos a la organización de la Fuerza Pública, criterio que sería aplicable en este caso por tratarse de un proceso ante un Juzgado de Derecho Militar. Sostienen que en ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de Ecuador al señalar que “las cuestiones que se suscitan en relación con la organización de la Fuerza Pública, no corresponde [a] la jurisdicción contencioso administrativa”. Así, sostienen que contra la decisión del Juzgado de Derecho, no procedía ningún recurso judicial ordinario que permitiera un pronunciamiento sobre el fondo del conflicto de un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, por lo que no habría sido posible una sentencia de última instancia ni la posibilidad de interponer un recurso de casación.

22. Los peticionarios alegan que el Reglamento de Disciplina Militar aplicado en este caso, es una norma que si bien contiene disposiciones destinadas a regular la conducta sexual de los miembros de las Fuerzas Armadas dentro de un recinto militar, establece un trato diferenciado y discriminatorio en razón de la orientación sexual, lo que evidenciaría que la legislación militar ecuatoriana entonces vigente, criminalizaba la homosexualidad. En ese sentido, aducen que el artículo 117 del referido Reglamento, equiparaba la homosexualidad a conductas tipificadas por la legislación ecuatoriana como delito, como el uso indebido, tráfico y comercialización de drogas o estupefacientes. Aducen que en el presente caso, la justicia militar justificó la aplicación de la normativa cuestionada, en base al “carácter especial de la legislación militar”, carácter que se funda en argumentos discriminatorios con base a los cuales, se prejuzga la capacidad o aptitud de un integrante de la Fuerza Terrestre para desempeñar sus funciones, en razón de su orientación sexual. Aducen que la disposición contenida en el referido artículo, siendo esta una norma de carácter secundario, violaría la Constitución vigente para la época de los hechos, la cual reconocía así como lo hace la Constitución actual, el derecho de igualdad ante la ley y la no discriminación de una persona en razón de su orientación sexual.

23. Por otra parte, durante el trámite de fondo del caso, los peticionarios han continuado presentando argumentos relacionados con una presunta violación del artículo 11 de la Convención, declarado inadmisibles por la CIDH. Al respecto, los peticionarios sostienen que la decisión del Juzgado de Derecho constituye una injerencia arbitraria que afectó el derecho a la honra y a la vida privada de la presunta víctima. En ese sentido, aducen que las circunstancias bajo las cuales Homero Flor fue dado de baja del Ejército tuvieron un efecto particularmente nocivo en su vida profesional, familiar y personal, por haber sido expuesto a un estigma social en razón de su alegada “orientación homosexual”, con la cual si bien él no se identifica, le mereció igualmente un trato discriminatorio que causó la pérdida de su trabajo y su divorcio⁶. Indica en particular que le ha sido imposible conseguir un trabajo desde hace doce años y que ello, incluso, le ha imposibilitado sufragar la pensión de alimentos de su hija. Adjunta un certificado de retención judicial del sistema de nómina emitido por el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, que según indica, evidencia que a su padre, el Teniente Coronel Lino Homero Flor Cruz, le descuentan la mensualidad de alimentos de la hija de la presunta víctima y co-peticionario, desde el año 2009.

24. Adicionalmente, los peticionarios alegan que los familiares de la presunta víctima — algunos de los cuales estarían vinculados laboralmente al Ejército u órganos estatales— han sido objeto de agravios, principalmente en su entorno laboral, por las circunstancias bajo las cuales el señor Flor fue dado de baja y también como represalia por haber decidido dar por concluido el proceso de solución amistosa iniciado entre las partes a nivel interno. En particular, indican que sus familiares fueron objeto de discriminación y hostigamiento por conocerse su vinculación con el señor Flor, considerando que se conocían en general las razones por las cuales se le había dado de baja. Mencionan que sus familiares afectados por estos hechos son su padre (Lino Homero Flor Cruz), su madre (Germania Freire Silva), su hermana (Ximena Flor), su hermano (Alejandro Flor) su tía (Ivonne Freire Silva), y su hija (Paola de los Ángeles Flor).

25. Con base en lo anterior, los peticionarios sostienen que al haber adoptado “un régimen jurídico militar destinado a la discriminación”, el Estado habría incumplido con sus obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en relación con el derecho contenido en el artículo 24 del mismo instrumento. Aducen que los Estados no pueden limitar los derechos de una persona con base en la orientación sexual. En ese sentido, alegan que en el presente caso la restricción a los derechos de la presunta víctima, habría tenido lugar por la aplicación de un régimen jurídico que resultaba en sí mismo discriminatorio y que dejó al señor Flor en una situación de desigual protección ante la ley. En consecuencia, los peticionarios solicitaron a la CIDH que procediera a emitir su decisión sobre el fondo, conforme a lo establecido en el artículo 50 de la Convención Americana.

B. Posición del Estado

26. El Estado aduce que los alegatos de los peticionarios se relacionan con la aplicación de una normativa que ya no se encuentra vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, por lo que se trata de un asunto que ya fue resuelto a nivel interno. Concretamente, el Estado remitió copia del Reglamento de Disciplina Militar vigente desde el año 2008, mediante el cual se derogó el Reglamento de 1998 aplicado en el presente caso. Al respecto, el Estado controvierte el argumento de los

⁶ La CIDH no hará referencia a este artículo en el presente informe, siendo que ya fue declarado inadmisibles en su oportunidad.

peticionarios sobre los efectos que todavía tendría la decisión por medio de la cual el señor Flor fue separado de la fuerza terrestre ecuatoriana, indicando que la normativa reformada en cualquier ámbito rige hacia el futuro y que el Estado no puede tener responsabilidad objetiva por los efectos de las regulaciones aplicadas previamente a la reforma.

27. En el presente caso, el Estado también ha sostenido que la separación o baja de un miembro activo de las Fuerzas Armadas es un acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas. Adujo que, de existir un reclamo relacionado con la ilegalidad de este acto, el mismo podía ser impugnado ante el Consejo de Oficiales respectivo, o también era posible acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para presentar la impugnación ante los Tribunales Distritales competentes, y, de ser pertinente, en el marco del procedimiento contencioso administrativo, también estaba disponible y podía resultar adecuado, el recurso de casación contra la sentencia dictada por los Tribunales Distritales.

28. El Estado ha sostenido asimismo que el proceso de amparo constitucional fue resuelto conforme a derecho y en apego a las normas del debido proceso, por lo que el Estado no había incurrido en una violación al artículo 8.1 de la Convención, y que la presunta víctima tuvo libre acceso al aparato jurisdiccional y a todos los recursos disponibles, para presentar sus reclamos por supuestas violaciones a derechos establecidos en la Convención. Agregó que, en los procesos internos, Homero Flor pudo ejercer en todo momento su derecho a la defensa, y fue escuchado en igualdad de condiciones por los órganos competentes. El Estado sostiene que no ha aceptado la verdad de los hechos, como sostienen los peticionarios.

29. Finalmente, el Estado afirma que, como muestra de su buena fe, ha entrado en un proceso de solución amistosa respecto de la presente petición. Siendo que no prosperó la negociación en el marco de la misma, el Estado solicitó a la CIDH que procediera a emitir el informe previsto en el artículo 50 de la Convención Americana.

IV. ANÁLISIS DE FONDO

A. Hechos probados

1. Vinculación de Homero Flor Freire con la Fuerza Terrestre ecuatoriana y los hechos del 19 de noviembre de 2000

30. Homero Flor Freire ingresó a la Fuerza Terrestre ecuatoriana con el grado de Subteniente de Caballería el 7 de agosto de 1992⁷. Para el mes de enero del año 2001, se encontraba en servicio activo de la Fuerza Terrestre, tenía el grado de Teniente y totalizaba un período de aproximadamente doce años como miembro de la institución castrense⁸.

⁷ Anexo 1. Certificado emitido por el Director de Personal de la Fuerza Terrestre de 5 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁸ Anexo 2. Resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar de 17 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

31. Teniendo en cuenta que los alegatos de las partes y la prueba documental aportada versan sobre de un proceso iniciado por las autoridades militares mediante el cual se dispuso la baja de Homero Flor de la Fuerza Terrestre ecuatoriana, la Comisión observa en primer lugar que no hay discusión entre las partes —y así se deduce de las decisiones adoptadas a nivel interno— que los hechos ocurridos el día 19 de noviembre de 2000, en las instalaciones del Fuerte Militar Amazonas, ubicado en la ciudad de Shell en la Provincia de Pastaza, fueron los que dieron origen al referido proceso en la jurisdicción militar disciplinaria.

32. En segundo lugar, la Comisión observa que la controversia entre las partes a nivel interno giró en torno a que existieron dos versiones sobre lo ocurrido en esa fecha. Así, por una parte varios funcionarios militares afirmaron haber visto al Teniente Homero Flor y a un soldado, teniendo relaciones sexuales en la habitación del Teniente en el Fuerte Militar. Por su parte, el señor Flor negó la acusación en su contra y sostuvo que el soldado había permanecido en su habitación por el estado de ebriedad en que se encontraba sin que hubiese tenido lugar ningún tipo de interacción entre ellos.

33. Al respecto, la Comisión desea aclarar que no es objeto del presente informe emitir un pronunciamiento sobre la veracidad de estos hechos como cuestión de derecho interno. Lo que corresponde dilucidar a la CIDH es si hubo discriminación contra la presunta víctima en el proceso de separación de las fuerzas armadas, así como examinar si el proceso de investigación sumaria de investigación y las decisiones judiciales posteriores de las autoridades internas comprometieron la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano por haber aplicado estándares incompatibles con la Convención Americana. Con base en estas consideraciones, la Comisión procede a resumir las decisiones judiciales pertinentes, así como los aspectos relevantes de la normativa interna.

2. Información sumaria de investigación iniciada el 22 de noviembre de 2000

34. La información disponible indica que el 20 de noviembre de 2000 Homero Flor fue separado de sus funciones en la Fuerza Terrestre ecuatoriana y puesto a disposición del Juzgado Primero de Instrucción de la Cuarta Zona Militar (División Amazonas) (en adelante “Juzgado Primero de Instrucción”). Esta decisión le fue notificada el mismo día a Homero Flor mediante Memorando No. 200159-IV-DE-1⁹. El 22 de noviembre de 2000, el Juzgado Primero de Instrucción ordenó el inicio del proceso de información sumaria y dictó el Auto Inicial dentro del proceso¹⁰. El proceso se sustanció de conformidad con lo establecido en el Reglamento para Informaciones Sumarias de las Fuerzas Armadas, con el propósito de establecer la existencia de infracciones así como la responsabilidad de los investigados¹¹.

⁹ Citado en la decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de 18 de julio de 2001 y del Tribunal Constitucional de 4 de febrero de 2002 (ver *Infra*).

¹⁰ Auto inicial dentro del proceso No. 20-2000-IV-DE-JM-1 de 22 de noviembre de 2000. Citado en Anexo 2. Resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar de 17 de enero de 2001. Ver también: Anexo 3. Recurso de amparo constitucional presentado por Homero Flor Feire ante el Juez de lo Civil, de 23 de enero de 2001. Anexos a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

¹¹ Anexo 2. Resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar de 17 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

35. El 13 de diciembre de 2000, Homero Flor fue requerido por el Comandante de la Cuarta Zona Militar (División Amazonas), General de Brigada Víctor Zabala, a “entregar responsabilidades a su cargo y presentarse en el HD-IV a prestar servicios”, y entregar además “la habitación [...] de la Residencia de oficiales solteros” que ocupaba¹².

36. Una vez concluida la fase investigativa en el proceso, la Fiscalía Militar de la Zona emitió su dictamen el 17 de enero de 2001, y el asunto pasó a conocimiento del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar, a cargo del General de Brigada Víctor Zabala¹³.

a. Resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar dentro de la Información Sumaria de Investigación

37. Mediante decisión de 17 de enero de 2001, el Juzgado de Derecho (Juez Víctor Zabala) resolvió acoger el dictamen de la Fiscalía Pública Militar y estableció que “existía responsabilidad disciplinaria” en contra del Teniente Homero Flor y otro soldado¹⁴.

38. La decisión detalla en su texto la prueba evacuada durante el trámite del proceso, dentro de la cual figuran: (i) testimonios presentados por varios funcionarios militares, los cuales versaron sobre lo que habían observado en la habitación donde se encontraba el Teniente Homero Flor y el otro soldado el 19 de noviembre de 2000¹⁵; (ii) declaración de Homero Flor, en la cual dio su versión de los hechos y se refirió a la actuación de los funcionarios que acudieron a su habitación para verificar lo ocurrido; y (iii) la prueba documental y material aportada durante la investigación realizada en el marco del proceso. En relación con las pruebas aportadas durante la etapa de investigación, la decisión refiere, entre otras, a (i) un Informe del Departamento de Psicología de la 17-BS “PASTAZA”, mediante el cual se remitió el perfil psicológico realizado al otro soldado, y se indica que no se pudo elaborar el examen psicológico al Teniente Homero Flor, dado que el mismo no se presentó ante dicho Departamento; (ii) certificados que dan cuenta de la “buena conducta y honorabilidad” del Teniente Homero Flor y del otro soldado, así como las hojas de vida de ambos; y (iii) el acta de diligencia de reconocimiento judicial del lugar de los hechos.

39. Con base en dicha prueba, la decisión del 17 de enero de 2001 del Juzgado de Derecho dio por establecido que el día 19 de noviembre de 2000, en horas de la madrugada, el otro soldado y el Teniente Homero Flor ingresaron al dormitorio de éste, ubicado en la Villa de Oficiales Solteros del

¹² Anexo 4. Memorando 2000187-IV-DE-1 del Comandante de la IV-de “Amazonas”, de 13 de diciembre de 2000. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

¹³ Anexo 2. Resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar de 17 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

¹⁴ Anexo 2. Resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar de 17 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

¹⁵ De acuerdo con la decisión, los siguientes funcionarios rindieron declaración sobre lo ocurrido el 19 de noviembre de 2000: el Subteniente Ronny Jativa (Oficial de Guardia del Fuerte Militar Amazonas del 18 de noviembre de 2000), el Capitán Coronel Néstor Maldonado, el Teniente César Bracero y el Jefe de Plaza Mayor Jaime Suasnavas. Asimismo, se indica que un Teniente y un Sargento de Infantería rindieron testimonio afirmando no haber “constatado las tendencias homosexuales” del señor Flor.

Fuerte Militar Amazonas, y que éstos fueron vistos “practicando sexo oral” en el interior de dicha habitación¹⁶.

40. Seguidamente, el Juzgado pasó a determinar si se había incurrido en la infracción a la que hace referencia artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar vigente para la época de los hechos, esto es, en la “comisión de actos de homosexualidad”. El Juzgado sostiene que, tras haberse “investigado los actos de homosexualidad cometidos”, se demostró la comisión de los mismos con base en la prueba testimonial aportada. En su análisis, el Juzgado decidió que dicha norma no era incompatible con el derecho consagrado en la Constitución Política de Ecuador de toda persona a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual, resaltando el “carácter especial” de la legislación militar, y apelando a los valores militares como el honor, la dignidad y el “culto al civismo”. En sus propias palabras, el Juzgado señala:

La Constitución Política del Ecuador en el número 25 del artículo 23 que trata de los Derechos Civiles de los ciudadanos, garantiza el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual. Sin embargo en la Institución Armada, se encuentra vigente la disposición del artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar enunciado anteriormente, que sanciona los actos de homosexualismo, justamente por el carácter espec[ial 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, exsaltando (sic) el respeto a los símbolos patrios y a la nación ecuatoriana, por los valores de carácter ético y moral que practica y que son los elem[entos] 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 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 a hombres íntegros, capaces, responsables y poseedores de autoridad moral intachable, que les permite guiar y conducir a sus subordinados en operaciones [y] actividades propias de la carrera militar¹⁷.

41. En dicho marco, el Juzgado concluyó que:

Se ha demostrado procesalmente mediante prueba testimonial y a la luz de la sana crítica, el cometimiento de actos de homosexualismo, esto es la práctica [de] sexo oral entre el [TENIENTE] HOMERO FABIÁN FLOR FREIRE y [el otro soldado], militares en servicio activo, en el interior de un recinto militar, con lo cual se ha ofendido subjetivamente a la Institución Armada como tal, y se ha afectado a su imagen y prestigio[,] ha causado un escándalo y mal ejemplo tanto en el Fuerte Militar como a nivel de la población civil¹⁸.

¹⁶ El Juzgado precisa que se logró establecer la comisión de este hecho con los testimonios del Capitán Coronel Néstor Maldonado, el Teniente César Bracero y el Subteniente Ronny Jativa, quienes rindieron “sus declaraciones [...] en forma unívoca y concordante”. Anexo 2. Resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar de 17 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

¹⁷ Anexo 2. Resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar de 17 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

¹⁸ Anexo 2. Resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar de 17 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

42. En consecuencia ordenó que, de conformidad con lo previsto en el Reglamento para la Tramitación de Informaciones Sumarias, el expediente pase a conocimiento del Comando General de la Fuerza Terrestre, para que los Consejos de Oficiales Subalternos y de Tropa procedieran a calificar los actos de “mala conducta” establecidos, y se impusiera la sanción establecida en el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar, según lo dispuesto en los artículos 87 literal (i) y 76 literal (j) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, es decir, que el Teniente Flor Homero fuera puesto en disponibilidad previa a la baja y el otro soldado fuera dado de baja¹⁹.

b. Resoluciones del Consejo de Oficiales Subalternos de 7 de mayo de 2001 y del Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Armada Terrestre de 18 de julio de 2001

43. En sesión realizada el 3 de mayo de 2001, el Consejo de Oficiales Subalternos de la Fuerza Armada Terrestre resolvió aceptar la solicitud del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar, y dispuso que Homero Flor fuera colocado en situación de disponibilidad previa a su baja, del servicio activo de la Fuerza Terrestre, de conformidad con lo previsto en el artículo 76, literal i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas²⁰. La decisión fue notificada a Homero Flor el 7 de mayo de 2001²¹.

44. El 8 de mayo de 2001, Homero Flor presentó ante el Comandante de la Fuerza Terrestre, una solicitud para que se declarara la “nulidad de todo lo actuado en el Consejo de Oficiales [y] en subsidio [...] la reconsideración y revocatoria de [su] decisión”²². En su solicitud expuso que, tras recibir la notificación de 7 de mayo de 2001, su abogado defensor se dirigió al Ministerio de la Defensa Nacional a los fines de revisar el expediente de la información sumaria y constató que no se encontraba su escrito dirigido a esa autoridad de fecha 25 de enero de 2001, mediante el cual había solicitado la práctica de diligencias destinadas a lograr el esclarecimiento de los hechos que se investigaban dentro de dicho procedimiento²³. Sostuvo que en consecuencia, no había podido ejercer su derecho a la defensa ante el Consejo de Oficiales Subalternos²⁴. Solicitó además que se iniciara una investigación por la irregularidad denunciada y que se le concediera una entrevista personal a su abogado defensor²⁵. La CIDH no cuenta con información en el expediente que permita determinar si efectivamente no se habría incorporado al expediente interno el escrito que habría interpuesto de fecha 25 de enero de 2001, según lo alega el señor Flor. No obstante, la CIDH toma nota de que estos alegatos de debido proceso se ventilaron dentro de los mecanismos intentados por la presunta víctima para reclamar su derecho a la

¹⁹ Anexo 2. Resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar de 17 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

²⁰ Anexo 5. Memorando No. 2001-06-COSB del Consejo de Oficiales Subalternos de la Fuerza Terrestre, de 7 de mayo de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

²¹ Anexo 5. Memorando No. 2001-06-COSB del Consejo de Oficiales Subalternos de la Fuerza Terrestre, de 7 de mayo de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

²² Anexo 6. Solicitud de reconsideración presentada por Homero Flor ante el Comandante de la Fuerza Terrestre, de 8 de mayo de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

²³ Anexo 6. Solicitud de reconsideración presentada por Homero Flor ante el Comandante de la Fuerza Terrestre, de 8 de mayo de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

²⁴ Anexo 6. Solicitud de reconsideración presentada por Homero Flor ante el Comandante de la Fuerza Terrestre, de 8 de mayo de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

²⁵ Anexo 6. Solicitud de reconsideración presentada por Homero Flor ante el Comandante de la Fuerza Terrestre, de 8 de mayo de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

defensa y al debido proceso en la etapa del proceso donde se había decidido darle de baja de las Fuerzas Armadas.

45. En sesión realizada el 4 de junio de 2001, el Consejo de Oficiales Subalternos negó la solicitud de reconsideración, por cuanto estimó que se mantenían los “fundamentos de hecho y de derecho que motivaron [la resolución objeto de la reconsideración]”²⁶. La decisión fue notificada a Homero Flor el 5 de junio de 2001²⁷. La información disponible indica que Homero Flor interpuso un recurso de apelación ante el Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Armada para impugnar la decisión del Consejo de Oficiales Subalternos²⁸.

46. En sesión realizada el 18 de julio de 2001, el Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Armada Terrestre resolvió desechar la apelación interpuesta y confirmó en todos sus términos la resolución adoptada por el Consejo de Oficiales Subalternos²⁹. En la misma fecha, Homero Flor fue notificado de esta decisión³⁰.

3. Demanda de amparo constitucional No. 74-2001

47. Tras haberse emitido la Resolución del Juzgado de Derecho del 17 de enero de 2001, la cual decidió acoger el dictamen de la fiscalía indicando que existía responsabilidad disciplinaria, el señor Homero Flor presentó un recurso de amparo constitucional ante la Corte Superior de Justicia de Quito el 23 de enero de 2001³¹. El 24 de enero de 2001, la causa fue asignada a conocimiento del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha bajo el radicado No. 74-2001³².

48. La demanda fue presentada en contra del Presidente de la República, en calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de Ecuador; del Ministro de Defensa Nacional, del General Comandante de la Fuerza Terrestre del Ejército y el Procurador General del Estado. Además, la representación de Homero Flor solicitó la suspensión del proceso de información sumaria, que para ese momento se encontraba en conocimiento del Comandante de la Fuerza Terrestre, así como los efectos de la resolución del Juzgado de Derecho de 17 de enero de 2001³³.

²⁶ Anexo 7. Memorando No. 2001-10-COSB del Consejo de Oficiales Subalternos de la Fuerza Terrestre, de 5 de junio de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

²⁷ Anexo 7. Memorando No. 2001-10-COSB del Consejo de Oficiales Subalternos de la Fuerza Terrestre, de 5 de junio de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

²⁸ La Comisión no cuenta con copia de este documento. No obstante, consta en el expediente ante la CIDH la decisión que resolvió dicha apelación. Al respecto ver: Anexo 8. Resolución del Consejo de Oficiales Superiores. Memorando No. 210090-COSFT, de 18 de julio de 2001. Anexo al escrito de los peticionarios de 12 de abril de 2004.

²⁹ Anexo 8. Resolución del Consejo de Oficiales Superiores. Memorando No. 210090-COSFT de 18 de julio de 2001. Anexo al escrito de los peticionarios de 12 de abril de 2004.

³⁰ Anexo 8. Resolución del Consejo de Oficiales Superiores. Memorando No. 210090-COSFT de 18 de julio de 2001. Anexo al escrito de los peticionarios de 12 de abril de 2004.

³¹ Anexo 3. Recurso de amparo constitucional presentado por Homero Flor Feire ante el Juez de lo Civil, de 23 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

³² Anexo 9. Oficio de la Corte Superior de Justicia de Quito, Oficina de Sorteos y Casilleros Judiciales, de 24 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

³³ Anexo 3. Recurso de amparo constitucional presentado por Homero Flor Feire ante el Juez de lo Civil, de 23 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

49. En su demanda, Homero Flor alegó que el proceso adelantado por el Juzgado Primero de Instrucción de la Cuarta Zona Militar, se había iniciado por “supuesto homosexualismo”, con base a lo establecido en el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar. Al respecto, sostuvo que esta norma debía entenderse como derogada ya que el “delito de homosexualismo”, había sido declarado inconstitucional mediante la resolución 106-1-97 del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1997, por lo que no se le podía sancionar por una conducta que, conforme al ordenamiento jurídico vigente, no estaba penalizada.

50. En su demanda de amparo, el señor Flor planteó asimismo que, durante la sustanciación del proceso de información sumaria, se habían cometido una serie de irregularidades que afectaron su derecho a la defensa y al debido proceso. Destacó en particular que, en el trámite de recepción de las pruebas testimoniales, un día antes que fuera realizada la audiencia, un “auxiliar de Personal de la División, [le] transmitió la orden de [su] General Zabala, Comandante de la División” para que llevara a cabo ciertas actividades en la ciudad de Ambato. En ese sentido, el señor Flor sostuvo que “el día [de la audiencia tuvo] que bregar bastante para que se rectificara tal orden” para poder estar presente junto a su abogado defensor en la celebración de la audiencia.

51. De igual forma, adujo que su defensa había presentado una recusación en contra del Fiscal de la Zona Militar, por haber actuado de manera “parcializada y prevaricadora”, siendo que habría sido por petición del Fiscal que no se le habría permitido al señor Flor presenciar las declaraciones de los testigos que testificaron en su contra³⁴. El señor Flor sostiene que dicha recusación habría sido rechazada por el Juzgado Primero de Instrucción, quien se habría limitado a “amonestar públicamente” a la representación fiscal³⁵. Sostuvo además que, cuando se presentó en el GIM-4 a rendir un informe sobre lo ocurrido, no contó con “el asesoramiento de un asesor letrado”³⁶.

52. Mediante providencia de 29 de enero de 2001³⁷, el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha admitió el recurso de amparo constitucional y convocó a las partes a una audiencia celebrada el 5 de febrero de 2001³⁸.

³⁴ Anexo 3. Recurso de amparo constitucional presentado por Homero Flor Feire ante el Juez de lo Civil, de 23 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

³⁵ Anexo 3. Recurso de amparo constitucional presentado por Homero Flor Feire ante el Juez de lo Civil, de 23 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

³⁶ Anexo 10. Escrito presentado por Homero Flor ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha de 6 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

³⁷ Anexo 11. Providencia del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, de 29 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

³⁸ Anexo 12. Acta de Audiencia ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, de 5 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

53. Según consta en el acta de audiencia de 5 de febrero de 2001³⁹ y los escritos presentados por las partes ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha⁴⁰, la representación de los demandados planteó diferentes argumentos relacionados con la improcedencia de la solicitud de amparo, entre éstos, que: (i) no se cumplían con los requisitos establecidos en la Constitución y en la Ley de Control Constitucional; (ii) el procedimiento que se impugnaba no era susceptible del recurso de amparo; y que (iii) dicho procedimiento no había terminado, ya que se encontraba en conocimiento del Consejo de Oficiales Subalternos de la Fuerza, el cual debía emitir un pronunciamiento sobre la resolución del Juzgado de Derecho del 17 de enero de 2001, decisión frente a la cual Homero Flor todavía tendría la posibilidad de recurrir ante el Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Terrestre y, de ser necesario, acudir a la jurisdicción contencioso administrativa⁴¹. La representación de los demandados planteó asimismo alegatos relacionados con la naturaleza del procedimiento de información sumaria y su procedencia frente a los hechos objeto del asunto analizado.

54. A continuación, la Comisión resume las partes pertinentes de la posición presentada por la Procuraduría General del Estado, del Comandante General de la Fuerza Terrestre, del Ministro de Defensa Nacional y de la Presidencia de la República, sobre la justificación de iniciar la información sumaria al Teniente Homero Flor. En un apartado posterior, la Comisión se referirá a los fundamentos invocados sobre la naturaleza de dicho procedimiento.

55. En escritos dirigidos al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, la representación de la Procuraduría General del Estado alegó que la información sumaria iniciada a Homero Flor no tenía como objetivo sancionarle por un delito que ya había sido eliminado del ordenamiento jurídico interno el delito de “homosexualismo”, sino que la sanción resultaba aplicable por el hecho de que dicha conducta sexual hubiera sido practicada dentro del recinto militar, afectando con ello el orden y las buenas costumbres dentro de la Institución⁴². La Procuradora Judicial de la Presidencia de la República sostuvo que el artículo 76(i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas preveía que una de las causales para colocar en disponibilidad a uno de sus miembros, era la mala conducta, y que en el caso del señor Flor la misma resultaba aplicable por haber incurrido en un “comportamiento inmoral y escandaloso” que

³⁹ Anexo 12. Acta de Audiencia ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, de 5 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁴⁰ Anexo 13. Escritos dirigidos al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha dentro de la demanda de amparo constitucional No. 74-2001, por el Ministro de Defensa Nacional, de 8 de febrero de 2001; por el Comandante General de la Fuerza Terrestre y su asesor jurídico, de 5 de febrero de 2001; por la Procuradora Judicial de la Presidencia de la República, de 6 de febrero de 2001; y del Director de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, de 6 de febrero de 2001. Anexos a la petición inicial de 30 de agosto de 2001.

⁴¹ En particular, la Procuradora Judicial de la Presidencia de la República alegó además que, la situación de disponibilidad en la que se encontraba Homero Flor para ese momento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, “no le priva[ba] ni del rango ni del sueldo, [sino que] lo pon[ía] en una situación transitoria hasta que se res[olviera] lo pertinente”. Ver dentro de Anexo 13. Escrito dirigido al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha dentro de la demanda de amparo constitucional No. 74-2001, por la Procuradora Judicial de la Presidencia de la República, de 6 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁴² Ver dentro de Anexo 13. Escrito dirigido al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha dentro de la demanda de amparo constitucional No. 74-2001, por el Director de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, de 6 de febrero de 2001, y de la Procuradora Judicial de la Presidencia de la República, de 6 de febrero de 2001. Anexos a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

atentaba contra la moral y las buenas costumbres⁴³. El Ministro de Defensa Nacional manifestó que se adhería a los argumentos planteados por el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, el Comandante General de la Fuerza Terrestre y la Procuraduría General del Estado⁴⁴.

56. Por su parte, la Asesoría Jurídica del Comando General de la Fuerza Terrestre indicó que la mala conducta por parte del señor Flor consistió en haber sido visto teniendo sexo oral con un soldado luego de haber asistido a una reunión social, sin la compañía de su cónyuge, y en general haber incurrido en un trato de “excesiva confianza con el personal subalterno”, lo cual corroboraba su mal comportamiento y también iba en contra del régimen de disciplina militar⁴⁵.

57. Mediante escrito del 6 de febrero de 2001 presentado ante el Juzgado Sexto de lo Civil, Homero Flor ratificó en todos sus términos la demanda de amparo presentada y solicitó al Juzgado Sexto que ordenara al Comandante de la Fuerza Terrestre remitir copia certificada del expediente contentivo del procedimiento de información sumaria iniciado en su contra⁴⁶. El 15 de febrero de 2001, Homero Flor reiteró dicha solicitud y remitió copia del memorando No. 200187-IV-DE-1 de 13 de diciembre de 2000 referido *supra*, conforme al cual alegó haber sido cambiado de “funciones y por consiguiente [...] [suprimido] de [sus] guardias”⁴⁷.

58. Mediante providencia del 23 de febrero de 2001, el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha dio por legitimada las intervenciones realizadas en la audiencia del 5 de febrero de 2001 y dispuso que la causa pasara a “los autos para resolver”⁴⁸. El 1 de marzo de 2001, Homero Flor presentó una solicitud de revocatoria ante el Juzgado Sexto de lo Civil contra esta providencia, fundamentándose principalmente en que el Juzgado debía tener conocimiento del contenido del expediente de información sumaria para poder decidir, por lo que reiteró la solicitud para que se oficiara al Comandante de la Fuerza Terrestre a remitir copia certificada de dicha actuación⁴⁹.

⁴³ Ver dentro de Anexo 13. Escrito dirigido al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha dentro de la demanda de amparo constitucional No. 74-2001, por la Procuradora Judicial de la Presidencia de la República, de 6 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁴⁴ Ver dentro de Anexo 13. Escrito dirigido al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha dentro de la demanda de amparo constitucional No. 74-2001, del Ministro de Defensa Nacional, de 8 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁴⁵ Anexo 13. Escrito presentado por el abogado de la Asesoría Jurídica del Comando General de la Fuerza Terrestre ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, dentro de la acción de amparo No. 74-2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁴⁶ Anexo 10. Escrito presentado por Homero Flor ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha de 6 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002. Esta solicitud también fue realizada en la audiencia celebrada ante el Juzgado Sexto de lo Civil, según consta en Anexo 12. Acta de Audiencia ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, de 5 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁴⁷ Anexo 14. Escrito presentado por Homero Flor ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha de 15 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁴⁸ Anexo 15. Providencia del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, de 23 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁴⁹ Anexo 16. Solicitud de revocación de la providencia de 23 de febrero de 2001 del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, presentada por Homero Flor el 1 de marzo de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

59. El 25 de marzo de 2001, el Juzgado Sexto de lo Civil negó la revocatoria solicitada por considerarla improcedente, y “dej[ó] a salvo el derecho que [Homero Flor y su defensa tenían] para presentar al [J]uzgado todos los documentos [referidos] en su petición de primero de marzo”⁵⁰.

60. El 15 de mayo y 12 de junio de 2001, Homero Flor informó al Juzgado Sexto de lo Civil, respectivamente, sobre las decisiones adoptadas por el Consejo de Oficiales Subalternos y el Consejo de Oficiales Superiores que lo colocaron en situación de disponibilidad previa a la baja. En ambas ocasiones, solicitó la adopción de “medidas urgentes” para que se ordenara la suspensión de los efectos jurídicos de estas resoluciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley de Control Constitucional⁵¹.

a. Decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha

61. El 18 de julio de 2001, el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha resolvió negar el recurso de amparo interpuesto por Homero Flor⁵². En su análisis sobre la improcedencia del amparo solicitado, el Juzgado Sexto de lo Civil precisó que en el asunto se pedía la suspensión del procedimiento de información sumaria de investigación, y que siendo éste un proceso de carácter investigativo, la acción de amparo resultaba improcedente, porque no estaba dirigida contra un acto en sí mismo, y respecto del cual el Juzgado pudiera pronunciarse acerca de su ilegitimidad⁵³.

62. En cuanto a la resolución del Juzgado de Derecho de 17 de enero de 2001, mediante la cual éste acogió el dictamen de la fiscalía militar y estableció la responsabilidad disciplinaria del señor Flor y el otro soldado, el Juzgado consideró que siendo una decisión emanada de la autoridad jurisdiccional penal militar, ésta podía ser impugnada ante instancias superiores, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Servicio Judicial de las Fuerzas Armadas. En consecuencia, estableció que la resolución impugnada “no ha[bía] causado estado”, por lo que en virtud de la naturaleza subsidiaria de la acción de amparo, la misma resultaba improcedente⁵⁴. El Juzgado destacó asimismo que, de acuerdo a lo establecido en la Constitución, “no son susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso”⁵⁵.

⁵⁰ Anexo 17. Providencia del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, de 25 de marzo de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁵¹ Anexo 18. Solicitud de medidas urgentes en la demanda de amparo constitucional ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, de 15 de mayo de 2001. Ver también: Anexo 19. Solicitud presentada por Homero Flor ante el Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha, de 12 de junio de 2001. Anexos a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁵² Anexo 20. Decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha de 18 de julio de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁵³ Anexo 20. Decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha de 18 de julio de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁵⁴ Anexo 20. Decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha de 18 de julio de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁵⁵ Anexo 20. Decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha de 18 de julio de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

63. La decisión tuvo en cuenta además que Homero Flor “ha[bía] sido por el momento puesto en disponibilidad, pero no por la voluntad [...] de sus superiores, sino por mandato legal y reglamentario, sin que se le [hubiese] privado de su rango, de su sueldo, porque la resolución aún no [era] definitiva, circunstancia que le resta[ba] el requisito del daño grave e inminente que exige la presentación de esta acción”⁵⁶.

b. Apelación contra la decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha

64. El 20 de julio de 2001, Homero Flor interpuso un recurso de apelación contra la decisión del 18 de julio de 2001 del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha⁵⁷. En su escrito de apelación sostuvo que dicho tribunal no se había pronunciado sobre algunos de los fundamentos que motivaron la demanda de amparo constitucional. Así, planteó que no se había hecho ninguna consideración sobre la despenalización del “delito de homosexualismo” en Ecuador, y si “la despenalización de la infracción en análisis [era] aplicable a los civiles y militares por igual”⁵⁸. Sostuvo asimismo que, durante el tiempo que el caso estuvo en conocimiento del Juzgado Sexto de lo Civil y para el momento en que fue emitida su decisión, se había agotado “la vía administrativo-militar” y ya se encontraba “separado definitivamente de la Fuerza Terrestre”. La apelación fue admitida el 30 de agosto de 2001 y el asunto pasó a conocimiento del Tribunal Constitucional⁵⁹.

c. Decisión del Tribunal Constitucional

65. El 4 de febrero de 2002, la Segunda Sala del Tribunal Constitucional declaró improcedente el recurso de amparo constitucional⁶⁰. En su análisis, el Tribunal tuvo en cuenta los alegatos planteados por las partes en la sustanciación del recurso ante el Juzgado Sexto de lo Civil. Al respecto, consideró que la decisión del Juzgado de Derecho dentro del proceso de información sumaria se sustentó en el principio de legalidad establecido en el artículo 119 de la Constitución ecuatoriana, en concordancia con su artículo 187, relativo al fuero especial previsto para “el juzgamiento de las infracciones [a los miembros de la Fuerza Pública] en ejercicio de sus labores profesionales”⁶¹. Además, señaló que estas disposiciones constitucionales se complementaban con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Servicio de Justicia de las Fuerzas Armadas, relativo a la competencia de los juzgados militares y el

⁵⁶ Anexo 20. Decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha de 18 de julio de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁵⁷ Anexo 21. Recurso de apelación contra la decisión de 18 de julio de 2001 del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha en la demanda de amparo constitucional No. 74-2001, de 20 de julio de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁵⁸ Anexo 21. Recurso de apelación contra la decisión de 18 de julio de 2001 del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha en la demanda de amparo constitucional No. 74-2001, de 20 de julio de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁵⁹ Anexo 22. Resolución del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha de 30 de agosto de 2000. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁶⁰ Anexo 23. Decisión del Tribunal Constitucional, Segunda Sala, de 4 de febrero de 2002. Publicada en el Registro Oficial No. 546 de 2 de abril de 2002. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002 y anexo al escrito de los peticionarios de 17 de marzo de 2008.

⁶¹ Anexo 23. Decisión del Tribunal Constitucional, Segunda Sala, de 4 de febrero de 2002. Publicada en el Registro Oficial No. 546 de 2 de abril de 2002. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002 y anexo al escrito de los peticionarios de 17 de marzo de 2008.

artículo 60(g) de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, sobre la facultad atribuida a los Juzgados Penales Militares para determinar “la disponibilidad previo a la baja del servicio activo de la Fuerza Terrestre, por convenir al buen servicio por mala conducta”⁶².

66. De esta forma, el Tribunal concluyó que el Juzgado de Derecho no incurrió en un acto ilegítimo al dictar la decisión del 17 de enero de 2001, y que al ser éste el “acto administrativo” que se impugnaba, no se había logrado demostrar una violación constitucional en perjuicio de Homero Flor que permitiera dar lugar a la acción de amparo interpuesta. El Tribunal señaló que “además[,] no se [cumplieron] los requisitos señalados por la Ley de Control Constitucional”⁶³.

4. Naturaleza del procedimiento de información sumaria de investigación

67. Este procedimiento se encuentra regulado en el Reglamento para la tramitación de informaciones sumarias en las Fuerzas Armadas⁶⁴. De acuerdo a la información disponible y, por la fecha en que fue adelantada la información sumaria de investigación a Homero Flor, se desprende que la norma aplicada en el presente caso fue el Reglamento expedido mediante Acuerdo Ministerial 1046, publicado en la Orden General Ministerial 240 del 22 de diciembre de 1993⁶⁵. El artículo 2 del citado Reglamento indica que:

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, sea que se trate de establecer las circunstancias y responsabilidades de un siniestro, pérdida o baja de bienes del Estado, conducta profesional o disciplinaria del personal de las Fuerzas Armadas o en general justificar hechos de cuyo resultado se establezcan efectos que interesen a la Institución Armada. La justificación de los hechos se efectuará por los medios probatorios señalados en la ley⁶⁶.

68. Es menester señalar que el Juzgado Sexto de lo Civil sostuvo que “la información sumaria de investigación no es un simple acto administrativo, sino todo un proceso investigativo; y, siendo un proceso hay partes, terceros y una autoridad”⁶⁷. De esta forma, se adujo que el procedimiento previsto en el Reglamento de Disciplina militar, se instrúa para “determinar el grado de

⁶² Anexo 23. Decisión del Tribunal Constitucional, Segunda Sala, de 4 de febrero de 2002. Publicada en el Registro Oficial No. 546 de 2 de abril de 2002. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002 y anexo al escrito de los peticionarios de 17 de marzo de 2008.

⁶³ Anexo 23. Decisión del Tribunal Constitucional, Segunda Sala, de 4 de febrero de 2002. Publicada en el Registro Oficial No. 546 de 2 de abril de 2002. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002 y anexo al escrito de los peticionarios de 17 de marzo de 2008.

⁶⁴ Al respecto ver: Anexo 2. Resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar de 17 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

⁶⁵ Este Reglamento fue posteriormente sustituido por un nuevo Reglamento de tramitación de informaciones sumarias aprobado mediante Acuerdo No. 1088 del Ministro de Defensa Nacional, y publicado en la Orden General Ministerial No. 200 de 30 de octubre de 2002.

⁶⁶ Anexo 23. Reglamento para la tramitación de informaciones sumarias en las Fuerzas Armadas. Acuerdo Ministerial 1046, publicado en la Orden General Ministerial 240 de 22 de diciembre de 1993. Escrito de los peticionarios remitido el 24 de septiembre de 2012.

⁶⁷ Anexo 20. Decisión del Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha de 18 de julio de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

responsabilidad en la comisión de faltas disciplinarias que dar[ían] mérito para la imposición de las sanciones previstas en la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas⁶⁸, y que éste era un “proceso investigativo asimilable a la etapa sumarial de un juicio penal, después del cual se adopt[aría] una resolución” que a su vez podía ser revisada en dos instancias: el Consejo de Oficiales Subalternos de la Fuerza Terrestre, que debía calificar el acto de mala conducta profesional, con base a los hechos probados por el Juzgado de Derecho; y luego ante el Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Terrestre, con competencia para conocer de la impugnación que se hiciera contra la resolución dictada por el Consejo de Oficiales Subalternos⁶⁹.

5. Las normas de derecho interno de Ecuador aplicables al caso

69. La Comisión estima pertinente efectuar algunas consideraciones sobre el régimen normativo de aplicación para la época de los hechos del presente caso.

70. En ese sentido, la Constitución Política de Ecuador en vigor para la época de los hechos bajo estudio, establecía en su artículo 23, el reconocimiento y garantía por parte del Estado, de los derechos civiles a las personas, dentro de los cuales se incluía el derecho a la igualdad ante la ley en los siguientes términos:

Artículo 23 (numeral 3).- La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertad y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole⁷⁰.

71. Por su parte, el artículo 24 establecía que:

Artículo 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

[...]

13. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente⁷¹.

⁶⁸ Ver dentro de Anexo 13. Escrito dirigido al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha dentro de la demanda de amparo constitucional No. 74-2001, por la Procuradora Judicial de la Presidencia de la República, de 6 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2001.

⁶⁹ Ver dentro de Anexo 13. Escritos dirigidos al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha dentro de la demanda de amparo constitucional No. 74-2001, por el Comandante General de la Fuerza Terrestre y su asesor jurídico, de 5 de febrero de 2001. Anexos a la petición inicial de 30 de agosto de 2001. Ver también Anexo 13. Escrito dirigido al Juzgado Sexto de lo Civil de Pichincha dentro de la demanda de amparo constitucional No. 74-2001, por la Procuradora Judicial de la Presidencia de la República, de 6 de febrero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2001.

⁷⁰ Constitución Política de Ecuador de 1998.

⁷¹ Constitución Política de Ecuador de 1998.

72. Asimismo, en virtud del principio de supremacía constitucional, los artículos 273 y 274 de la Constitución establecían:

Artículo 273.- Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente.

Artículo 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio⁷².

73. Por otra parte, según se desprende de la información contenida en el expediente, el Reglamento de Disciplina Militar de 1998⁷³, fue sustituido por el Reglamento de Disciplina Militar expedido mediante Orden General Ministerial No. 243 del 15 de diciembre de 2008⁷⁴. La Comisión observa que la normativa aplicada en el presente caso fue el Reglamento de 1998. En consecuencia, en este apartado, la CIDH tendrá en cuenta las disposiciones vigentes para el momento en que ocurrieron los hechos bajo estudio y, en la sección de análisis, realizará las consideraciones pertinentes sobre la entrada en vigencia de la nueva normativa.

74. El Reglamento de Disciplina Militar de 1998 establecía que las faltas podrían ser leves, graves y atentatorias. En las faltas “contra la moral” se incluyó:

Artículo 67.- Faltas Atentatorias:

a) Realizar actos sexuales ilegítimos en el interior de repartos militares;

75. Según el artículo 72, a las faltas atentatorias cometidas por los oficiales, les correspondía una sanción de arresto de 10 a 15 días; arresto de rigor en otro Reparto de 3 a 10 días; y suspensión de funciones de 10 a 30 días.

76. Por su parte, el Título XI del mismo Reglamento (disposiciones generales) establecía que:

Artículo 117.- Los miembros de las Fuerzas Armadas que sean sorprendidos en actos de homosexualidad o en hechos relacionados con tenencia, uso indebido, tráfico y comercialización de drogas o estupefacientes dentro o fuera del servicio, se sujetarán a lo previsto en artículo 87, literal (i) de la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, sin perjuicio de que sean puestos a órdenes de los Jueces comunes para su Juzgamiento conforme a la Ley de la materia. 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.

⁷² Constitución Política de Ecuador de 1998.

⁷³ Reglamento de Disciplina Militar. Acuerdo Ministerial 831 Registro Auténtico 1998 de 7 de agosto de 1998.

⁷⁴ Una copia del nuevo Reglamento de Disciplina Militar fue aportada por el Estado como anexo a su escrito de observaciones sobre el fondo recibido el 7 de junio de 2012.

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. (Resaltado fuera del original)

77. En cuanto a los supuestos bajo los cuales un miembro activo de la Fuerza Armada podía ser dado de baja, la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas (Ley 118 de 1991)⁷⁵ establecía que:

Artículo 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.

B. Análisis de Derecho

1. Consideraciones Previas

a. Sobre la modificación del Reglamento de Disciplina Militar

78. El Estado sostiene que las disposiciones del Reglamento de Disciplina Militar que justificaron la baja del señor Homero Flor de la Fuerza Terrestre ecuatoriana ya han sido derogadas. Los peticionarios alegan que los efectos de la decisión que dio lugar a la baja del señor Homero Flor no han sido superados pues ésta no ha sido objeto de pronunciamiento de nulidad y que ha dado lugar a varias violaciones a los derechos humanos del señor Flor.

79. Teniendo en cuenta lo anterior, la Comisión estima pertinente aclarar que lo planteado por el Estado se refiere a una modificación ulterior a la normativa que estaba vigente para la época de los hechos. En circunstancias similares, la Corte Interamericana ha establecido que

[...] la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional a él atribuido, [...] Una posible reparación posterior llevada a cabo en el derecho interno, no inhibe a la Comisión ni a la Corte para conocer un caso que ya se ha iniciado bajo la Convención Americana⁷⁶.

80. En consecuencia, la CIDH reconoce los avances efectuados por el Estado en materia legislativa. Sin perjuicio de ello, la CIDH analizará dicha normativa en relación con su aplicabilidad a los hechos del caso y de ser pertinente tomará en cuenta el cambio posterior. De esta manera, en el presente caso la Comisión analizará si las decisiones que dieron lugar a la baja del señor Homero Flor, comprometieron la responsabilidad internacional del Estado determinando si aplicaron estándares incompatibles con la Convención Americana.

b. Sobre la orientación sexual percibida

⁷⁵ Ley de personal de las Fuerzas Armadas. Ley 118. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 660 de 10 de abril de 1991.

⁷⁶ Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 75.

81. La Comisión observa que en el presente caso, los peticionarios han argumentado que la presunta víctima fue separada de sus actividades como funcionario militar, por haber sido acusado de incurrir en un supuesto acto sexual con otro hombre. En ese sentido, sostienen que el señor Flor desconoce la ocurrencia de estos hechos y afirma que no se identifica con una orientación sexual⁷⁷ homosexual.

82. Al respecto, la Comisión resalta lo señalado por la Corte Interamericana en cuanto a que: “[e]s posible que una persona resulte discriminada con motivo de la percepción que otras tengan acerca de su relación con un grupo o sector social, independientemente de que ello corresponda con la realidad o con la auto-identificación de la víctima”⁷⁸. En ese sentido, se ha señalado que “los homosexuales pueden estar en el ámbito de una categoría de grupo social, bien sea como parte de un grupo que tiene ciertas características en común o porque son percibidos como un grupo reconocible en la sociedad”⁷⁹. De esta forma, en determinados contextos puede cobrar particular relevancia no tanto si una persona se reconoce, por ejemplo, como homosexual, sino si es “percibida como tal” por parte de terceros o se le identifica como miembro de un determinado grupo social⁸⁰. Así lo ha señalado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al referirse a las situaciones de discriminación basada tanto en la orientación sexual real como en la orientación sexual percibida⁸¹.

83. Al respecto, la Comisión entiende que las circunstancias en las cuales una persona puede ser “percibida” con una orientación sexual distinta a la heterosexual, no implican necesariamente que esta persona se identifique con dicha orientación. Sin embargo, ello no excluye que dicha persona pueda verse expuesta a la discriminación a la que históricamente han sido y son sometidas personas por su orientación sexual o por su identidad o expresión de género. Sobre la base de estas consideraciones, la Comisión entiende que la prohibición de discriminación por orientación sexual, implica que la protección ofrecida con esta prohibición busca impedir toda diferencia de trato discriminatoria basada en este aspecto, entendiendo que su alcance es independiente de si la orientación sexual de una

⁷⁷ La orientación sexual ha sido definida como “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”. Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006, p. 6, nota al pie 1.

⁷⁸ Corte IDH. *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 380.

⁷⁹ ACNUR, *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, 21 de noviembre de 2008, párr. 3; *Opinión Consultiva del ACNUR para la Asociación de Abogados de Tokio*, 3 de septiembre de 2004, párr. 8 [versión en inglés].

⁸⁰ Así lo ha establecido por ejemplo el Tribunal de Asilo e Inmigración del Reino Unido en un asunto sobre la solicitud de asilo proveniente de Jamaica. Ver: *DW (Homosexual Men - Persecution - Sufficiency of Protection) Jamaica v. Secretary of State for the Home Department*, CG [2005] UKAIT 00168, United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal / Immigration Appellate Authority, 28 November 2005. En la misma línea, la Comisión también se ha pronunciado respecto de asuntos en los cuales determinadas personas fueron expuestas a actos de violencia por ser percibidas como homosexuales. Ver: *CIDH condena ataque y asesinato por orientación sexual percibida en Brasil*. Washington D.C., 11 de julio de 2012. También el Relator de Naciones Unidas contra la Tortura ha hecho notar por ejemplo, la situación de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse las personas privadas de libertad que son percibidas como LGTBI, al verse expuestas a hechos de violencia y ser victimizadas por las autoridades policiales o penitenciarias. Ver: ONU, Asamblea General, *La tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Nota del Secretario General*, A/56/156, 3 de julio de 2001, párr. 21.

⁸¹ ONU, Asamblea General, *Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011, párrs. 1, 25, 31, 40, 67.

persona corresponde con su auto-identificación, es decir, su orientación sexual real, o si se trata únicamente de la percepción que las demás personas puedan tener respecto de su orientación sexual (orientación sexual “percibida”).

84. En cualquier caso, la CIDH entiende que este caso no se relaciona con la orientación sexual de la presunta víctima, sino de la aplicación de una disposición militar de disciplina que sancionaba los actos sexuales entre personas del mismo sexo.

2. El derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación (artículos 24, 1.1 y 2 de la Convención Americana)

a. Consideraciones previas sobre estas disposiciones convencionales

85. El artículo 24 de la Convención Americana establece que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”

86. Por su parte, el artículo 1.1 de la Convención Americana establece que:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

87. Asimismo, el artículo 2 de la Convención Americana establece que:

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

88. La jurisprudencia de la Corte Interamericana y las decisiones de la Comisión han señalado reiteradamente que el derecho a la igualdad y no discriminación “constituye el eje central y fundamental del sistema interamericano de derechos humanos”⁸², y que éste genera “obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados”⁸³. En igual sentido, la Corte ha señalado que cualquier tratamiento discriminatorio al margen de la obligación general de respetar y garantizar los

⁸² CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e Hijas, 17 de septiembre de 2010, párr. 74; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 173.5.

⁸³ CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, 20 de enero de 2007; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 173.5; CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e Hijas, 17 de septiembre de 2010, párr. 74.

derechos humanos, genera la responsabilidad internacional del Estado⁸⁴, pues existe un “vínculo indisoluble” entre dicha obligación y el principio de igualdad y no discriminación⁸⁵.

89. Sobre el principio de igualdad, la Corte Interamericana ha señalado que

[l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual 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 de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza⁸⁶.

90. Sobre el concepto de discriminación la Corte ha sostenido que ésta constituye:

[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁸⁷.

91. En cuanto al alcance del principio de no discriminación en el Sistema Interamericano, la Corte ha acudido a la diferenciación entre cláusulas autónomas y subordinadas de la Convención Americana, estableciendo desde su temprana jurisprudencia que el artículo 1.1 incorpora una prohibición de discriminación en el ejercicio y aplicación de los derechos consagrados en el mismo instrumento, mientras que el artículo 24 prohíbe dicha discriminación en lo que respecta no sólo a los derechos establecidos en la Convención, sino a “todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”⁸⁸. Esta distinción ha sido reiterada por la Corte Interamericana en el caso *Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela*, en los siguientes términos:

La diferencia entre los dos artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a la “igual protección de

⁸⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, párr. 268; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 85.

⁸⁵ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 85.

⁸⁶ Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 55.

⁸⁷ Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 92; *Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, Informe Anual CIDH 2002, 7 de marzo de 2003, párr. 87; CIDH, Informe de fondo No. 4/01, Caso 11.626, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001. Ver también: ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7.

⁸⁸ Corte IDH. *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4., párr. 54; Corte IDH. *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 186.

la ley. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1, y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario, la protección se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24⁸⁹.

92. Sin perjuicio de ello, el desarrollo del derecho a la igualdad y no discriminación permite identificar varias concepciones del mismo. Por ejemplo, una concepción es la relacionada con la prohibición de diferencia de trato arbitraria —entendiendo por diferencia de trato distinción, exclusión, restricción o preferencia⁹⁰— y otra es la relacionada con la obligación de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos y se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. Aunque en ciertos casos ambas perspectivas pueden estar presentes, cada una merece una respuesta estatal diferente y un tratamiento distinto a la luz de la Convención Americana. A esto se suma que en las diferentes concepciones del derecho a la igualdad las acciones u omisiones del Estado pueden estar relacionadas con derechos consagrados en la Convención Americana, o pueden referirse a cualquier actuación estatal que no tenga efectos sobre el ejercicio de derechos convencionales⁹¹.

93. Las distintas aristas del derecho a la igualdad se ven reflejadas en lo señalado por la Corte Interamericana en diversos casos y opiniones consultivas en el sentido de que para darle un efecto útil al derecho a la igualdad y no discriminación, los Estados deben “abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”, de “combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos” y, por último, “deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”⁹².

94. En ese sentido, aunque se pueden tener como base ciertos criterios, la determinación de las disposiciones convencionales aplicables deberá efectuarse en cada caso concreto bajo un análisis que involucra la persona o grupo de personas afectadas, las razones que motivaron la alegada discriminación, los derechos o intereses involucrados, los medios u omisiones a través de los cuales se materializa, entre otros aspectos⁹³.

⁸⁹ 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, párr. 209.

⁹⁰ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación, 10/11/89, CCPR/C/37, párr. 7; Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 92; Cuarto Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, Informe Anual CIDH 2002, 7 de marzo de 2003, párr. 87.

⁹¹ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e Hijas, 17 de septiembre de 2010, párr. 80.

⁹² Corte IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 141 y *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 88, citados en Corte IDH. *Caso López Álvarez*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 170; véase también *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 44; y *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54, citados en Corte IDH. *Caso Yatama*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 185.

⁹³ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e Hijas, 17 de septiembre de 2010, párr. 82.

95. El artículo 1.1 de la Convención Americana ha sido utilizado para interpretar la palabra “discriminación” contenida en el artículo 24 del mismo instrumento. En particular, en el análisis de razonabilidad que habitualmente se utiliza para evaluar si un Estado es responsable internacionalmente por vulnerar el artículo 24 de la Convención Americana, la invocación de las categorías expresamente mencionadas en el artículo 1.1 tiene ciertos efectos⁹⁴.

96. Ahora bien, tal y como lo ha afirmado la Corte Interamericana no toda diferencia de trato es discriminatoria. La Corte ha marcado la diferencia entre “distinciones” y “discriminaciones”, de forma que las primeras constituyen diferencias compatibles con la Convención Americana por ser “razonables y objetivas”, mientras que las segundas constituyen diferencias arbitrarias que redundan en detrimento de los derechos humanos⁹⁵.

97. Teniendo en cuenta que la evaluación de si una distinción es “razonable y objetiva” se efectúa caso por caso, tanto la Comisión, la Corte, como otros tribunales y organismos internacionales, han acudido a la utilización de un juicio escalonado de proporcionalidad que incluye los siguientes elementos de análisis: (i) la existencia de un fin legítimo; (ii) la idoneidad, es decir, la determinación de si existe una relación lógica de causalidad de medio a fin entre la distinción y el fin que se persigue; (iii) la existencia de alternativas menos restrictivas e igualmente idóneas; y (iv) proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el balance de los intereses en juego y el grado de sacrificio de uno respecto del otro⁹⁶.

98. Cuando las distinciones se encuentran basadas en ciertas categorías mencionadas expresamente en las cláusulas de no discriminación de los tratados internacionales de derechos humanos, existe un consenso en el sentido de que el análisis que se utiliza para medir la razonabilidad de la diferencia de trato, es especialmente estricto. Esto se debe a que por su naturaleza, dichas categorías son consideradas “sospechosas” y por lo tanto se presume que la distinción es incompatible con la Convención Americana. En tal sentido, sólo pueden invocarse como justificación “razones de mucho peso” que deben ser analizadas de manera pormenorizada⁹⁷. Este análisis estricto es precisamente la garantía de que la distinción no se encuentra basada en los prejuicios y/o estereotipos que habitualmente rodean las categorías sospechosas de distinción⁹⁸.

⁹⁴ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e Hijas, 17 de septiembre de 2010, párr. 78.

⁹⁵ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 211 citando *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 84.

⁹⁶ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e Hijas, 17 de septiembre de 2010, párr. 86.

⁹⁷ CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, 20 de enero de 2007, párrs. 80 y 83; CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 338; CIDH, Informe No. 4/01, Caso 11.625, María Eugenia Morales de Sierra (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 36; CIDH, Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujeres con los principios de igualdad y no discriminación, capítulo VI; CIDH, Informe No. 38/96, Caso 10.056, X y Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párrs. 73 y 74. En este informe la Comisión caracterizó la relevancia del fin perseguido como una “necesidad absoluta”.

⁹⁸ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e Hijas, 17 de septiembre de 2010, párr. 88.

99. En términos prácticos, esto se traduce en que, tras haber presentado una distinción de esta naturaleza, la carga de la prueba recae sobre el Estado y en que los criterios generales referidos, se evalúan de manera calificada de forma tal que no es suficiente que un Estado argumente la existencia de un fin legítimo, sino que el objetivo que se persigue con la distinción debe ser un fin particularmente importante o una necesidad social imperiosa⁹⁹. Asimismo, no es suficiente que la medida sea idónea o exista una relación lógica de causalidad entre la misma y el objetivo perseguido, sino que debe ser estrictamente necesaria para lograr dicho fin, en el sentido de que no exista otra alternativa menos lesiva¹⁰⁰. Finalmente, para cumplir con el requisito de proporcionalidad debe argumentarse la existencia de un balance adecuado de intereses en términos de grado de sacrificio y grado de beneficio¹⁰¹.

100. Basándose en la interpretación evolutiva de los tratados como “instrumentos vivos”, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales¹⁰², en estándares internacionales, en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos y en el derecho comparado, la CIDH ya estableció que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación bajo los criterios de no discriminación contenidos en el artículo 1.1 de la Convención Americana, y en tanto, toda distinción basada en la misma debe ser examinada bajo un examen de escrutinio estricto¹⁰³. Asimismo, la Corte Interamericana ha indicado que la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo¹⁰⁴. Así, la Corte Interamericana dejó establecido en su reciente sentencia en el caso Karen Atala Riffo e hijas contra Chile que:

⁹⁹ CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, 20 de enero de 2007, párrs. 80 y 83; CIDH, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 338; CIDH, Informe No. 4/01, Caso 11.625, *María Eugenia Morales de Sierra* (Guatemala), 19 de enero de 2001, párr. 36; CIDH, *Informe Anual 1999*, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujeres con los principios de igualdad y no discriminación, capítulo VI; Corte Europea de Derechos Humanos, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Aplicación No. 33290/96, Sentencia del 21 de diciembre de 1999, párr. 29; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Belgian Linguistics*, Sentencia del 23 de julio de 1968, pág. 34; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Lustig-Prean y Beckett v. Reino Unido*, Aplicaciones 31417/96 y 32377/96, Sentencia del 27 de septiembre de 1999, decisión final del 27 de diciembre de 1999, párr. 80; Corte Europea de Derechos Humanos. *Caso Smith and Grady*, Sentencia del 27 de septiembre de 1999, decisión final de 27 de diciembre de 1999 párr. 87.

¹⁰⁰ CIDH, o. 38/96, X y Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párr. 74; CIDH, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II. doc.68, 20 de enero de 2007, párr. 83. En similar sentido ver: Corte Europea de Derechos Humanos, *Karner v. Austria*, Aplicación no. 40016/98, Sentencia del 24 de julio de 2003, párr. 41; Corte Europea de Derechos Humanos, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Aplicación No. 33290/96, 21 de diciembre de 1999, párr. 29; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Belgian Linguistics*, Sentencia del 23 de julio de 1968, pág. 34.

¹⁰¹ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e Hijas, 17 de septiembre de 2010, párr. 89.

¹⁰² Corte IDH. *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 83; Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114; Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Tyrer v. Reino Unido*, Aplicación No. 5856/72, Sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

¹⁰³ CIDH, Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Karen Atala e Hijas, 17 de septiembre de 2010, párrs. 90-95.

¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 85; Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 115.

la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.

[...]

Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie y bajo ninguna circunstancia con base en su orientación sexual. Ello violaría el artículo 1.1. de la Convención Americana. El instrumento interamericano proscribire la discriminación, en general, incluyendo en ello categorías como las de la orientación sexual la que no puede servir de sustento para negar o restringir ninguno de los derechos establecidos en la Convención¹⁰⁵.

b. Análisis de los hechos del presente caso

101. En el presente caso los peticionarios argumentaron que la presunta víctima fue sometida a una diferencia de trato discriminatoria al haber sido sometida a un proceso de investigación destinado a establecer la ocurrencia de un supuesto acto sexual con otro hombre, lo que trajo como consecuencia que fuera separado de sus funciones y dado de baja en la Fuerza Terrestre ecuatoriana, todo lo que habría causado una afectación a sus derechos humanos. De igual forma, los peticionarios adujeron que los hechos se enmarcan en un contexto de discriminación en contra de los funcionarios militares por su orientación sexual real o con la que son percibidos, a partir del cual se buscaba sancionar dicha orientación y no regular la conducta sexual de éstos a través del régimen disciplinario impuesto. Con base en estas consideraciones, la Comisión estima que el asunto bajo estudio involucra aspectos que se encuentran dentro del alcance tanto del artículo 1.1 de la Convención Americana, como del artículo 24 del mismo instrumento, por lo que el análisis respectivo se realizará a la luz de ambas disposiciones.

102. En el presente caso, considerando los alegatos de las partes, la CIDH hará primero un análisis sobre el derecho a la igualdad ante la ley contenido en el artículo 24 de la Convención Americana, en el sentido de determinar si la sola existencia de una sanción para actos sexuales entre personas del mismo sexo en la normativa militar interna —para el momento de los hechos— y su aplicación al señor Homero Flor —lo que trajo como consecuencia su baja del servicio militar— comprometió la responsabilidad internacional del Estado. Luego, la CIDH pasará a analizar si se comprometió la responsabilidad internacional del Estado en relación con las garantías del debido proceso y la protección judicial del señor Flor, en vista de las obligaciones de respeto y garantía sin discriminación en el artículo 1.1 de la Convención.

i. El Reglamento de Disciplina Militar: sanción de conductas sexuales entre personas del mismo sexo

103. Al respecto, la Comisión nota primeramente que, en términos generales y conforme a la normativa vigente para la época, la conducta de los integrantes de la Fuerza Terrestre ecuatoriana estaba sujeta a una regulación especial que exigía verificar el cumplimiento de ciertos requisitos

¹⁰⁵ Corte IDH. *Caso Karen Atala Riffo e hijas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 91 y 93.

mínimos para mantener la disciplina y el orden en el funcionamiento de la institución. Así, el Reglamento de Disciplina Militar entonces vigente establecía que su objetivo era “constituirse en instrumento moral y jurídico que contemple la generalidad de las actividades de los miembros de las Fuerzas Armadas, lograr una coordinada multiplicación de sus energías y obtener, como resultado, una institución verdaderamente apta para la Defensa Nacional”¹⁰⁶. En dicho Reglamento, se preveía la aplicación del procedimiento de información sumaria de investigación como un mecanismo a partir del cual se determinaba la aplicación de la sanción respectiva, según el resultado que el mismo arroja sobre la conducta del funcionario objeto de procesamiento.

104. Corresponde ahora a la CIDH determinar si la sanción de actos sexuales entre personas del mismo sexo en el régimen castrense vigente para la época de los hechos, cumple con el juicio escalonado de proporcionalidad referido *supra*, y así determinar la responsabilidad estatal.

105. En relación con el primer elemento del análisis, esto es, la existencia de un fin legítimo, que en términos de un examen estricto implica que el objetivo que se persigue con la distinción debe ser un fin particularmente importante o una necesidad social imperiosa, la CIDH observa que el Juzgado de Derecho estableció que si bien la Constitución entonces vigente reconocía el derecho a tomar decisiones libres sobre la vida sexual, la norma del Reglamento de Disciplina Militar que sancionaba “los actos de homosexualismo” se justificaba por el “carácter especial” de la legislación militar y de la institución, la cual debía mantener y cultivar valores como el honor, la dignidad, la disciplina y el culto al civismo.

106. Al respecto, la Corte Europea ha reiterado que las restricciones impuestas por el régimen de disciplina militar pueden perseguir un fin legítimo para salvaguardar por ejemplo, los “intereses de la seguridad nacional” y la “defensa del orden”, y que la actuación de las autoridades militares se oriente en ese sentido para asegurar la capacidad operacional de las fuerzas armadas y el “mantenimiento de la moral del personal de servicio”¹⁰⁷.

107. La CIDH considera que el Estado tiene la potestad de tomar las medidas que considere apropiadas para preservar la disciplina y el orden al interior de sus fuerzas armadas y que el mantenimiento de la disciplina al interior de una institución armada es un fin legítimo estatal. La CIDH considera legítimo, en general, establecer un régimen disciplinario en las fuerzas armadas que evite la comisión de actos que atenten contra los valores de la institución, tales como actos sexuales.

108. Seguidamente, la CIDH entrará a analizar si se cumple con el siguiente paso del juicio de proporcionalidad, esto es, la idoneidad. Así lo que se examina es si la medida de establecer en la legislación y aplicar al señor Flor una sanción de baja por haberse declarado su responsabilidad en la comisión de “actos de homosexualidad”, era estrictamente necesaria para lograr el fin de preservar los valores de la institución armada. Al respecto se observa en primer lugar que la actuación de las autoridades militares estuvo conforme a la legislación militar, la cual establecía un acto sexual entre personas del mismo sexo como una condición suficiente en sí misma para separar a un miembro de la institución de sus funciones laborales.

¹⁰⁶ Reglamento de Disciplina Militar de las Fuerzas Armadas de 1998, Prólogo.

¹⁰⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Perkins y R v. Reino Unido*, Aplicaciones Nos. 43208/98 y 44875/98, Sentencia del 22 de octubre de 2002, decisión final del 22 de enero de 2003, párr. 67.

109. En ese sentido, la Comisión destaca la justificación dada por la decisión del Juzgado de Derecho para ponderar la aplicación del Reglamento de Disciplina Militar, pese a lo establecido en la Constitución Nacional, así como la imposición de la sanción que correspondía aplicar al señor Homero Flor, por haber “ofendido subjetivamente a la Institución Armada como tal” y haber “afectado a su imagen y prestigio”, teniendo en cuenta que a ésta pertenecen “hombres íntegros, capaces, responsables y poseedores de autoridad moral intachable”. Así, el Juzgado concluyó que el señor Flor había ofendido subjetivamente a la Institución Armada, afectando su imagen y prestigio, y causando un escándalo y mal ejemplo tanto en el ámbito militar y en la población civil.

110. Al respecto, la CIDH observa los pronunciamientos de la Corte Europea en el sentido de señalar que no se logra demostrar de forma convincente el riesgo o daño que genera la presencia de personas homosexuales en las fuerzas armadas¹⁰⁸. En ese sentido, la Corte Europea ha afirmado que la supuesta amenaza a la operatividad institucional de las fuerzas armadas se sustenta más bien en concepciones estereotipadas en contra de las personas homosexuales, lo que lejos de justificar la restricción en cuestión, constituye una actitud equiparable al tratamiento perjudicial en razón del color, u origen de las personas¹⁰⁹.

111. De esta forma, la Comisión considera que el criterio utilizado por las autoridades militares estuvo basado en una aparente incompatibilidad entre la homosexualidad con el régimen de disciplina militar y la institución militar en sí misma, sin esgrimir razones razonables y objetivas para justificar tal distinción. La Comisión no encuentra la relación de idoneidad de medio a fin entre la sanción de “actos de homosexualidad” en las fuerzas armadas y los valores castrenses que se buscaban proteger como el honor, la dignidad, la disciplina y el culto al civismo. Afirmar lo contrario implicaría adscribir un valor moral negativo al acto sexual entre personas del mismo sexo en sí mismo, además de promover la estigmatización contra las lesbianas, los gays y las personas bisexuales, aquellas percibidas como tales o aquellas que mantienen relaciones con personas de su mismo sexo dentro y fuera de las fuerzas armadas.

112. En consecuencia, dicha decisión se tradujo en una actuación del Estado que no cumplió con el requisito de idoneidad y, por lo tanto, constituyó una distinción arbitraria e incompatible con la Convención. En virtud de ello, la Comisión considera irrelevante referirse a los demás aspectos del análisis.

113. Relacionado con el tema objeto del presente caso, la CIDH toma nota de los diversos pronunciamientos de la Corte Europea y del Comité de Derechos Humanos sobre la incompatibilidad de las sanciones normativas —ya sea penales o disciplinarias— en torno a las prácticas sexuales entre

¹⁰⁸ Véanse en general: Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Perkins y R v. Reino Unido*, Aplicaciones Nos. 43208/98 y 44875/98, Sentencia del 22 de octubre de 2002, decisión final del 22 de enero de 2003; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Beck, Copp y Bazeley v. Reino Unido*, Aplicaciones No. 48535/99, 48536/99 and 48537/99, Sentencia de 22 de octubre de 2002, decisión final del 22 de enero de 2003; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Lustig-Prean y Beckett v. Reino Unido*, Aplicaciones 31417/96 y 32377/96, Sentencia de 27 de septiembre de 1999, decisión final de 27 de diciembre de 1999; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Smith y Grady vs. Reino Unido*, Aplicaciones No. 33985/96 y 33986/96, Sentencia de 27 de septiembre de 1999, decisión final de 27 de diciembre de 1999.

¹⁰⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Perkins y R vs. Reino Unido*, Aplicaciones No. 43208/98 y 44875/98, 22 de octubre de 2002, decisión final de 22 de enero de 2003, párr. 90.

personas del mismo sexo con el derecho internacional de los derechos humanos¹¹⁰. Asimismo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que, en general, este tipo de leyes son utilizadas para “acosar y perseguir a individuos a causa de su sexualidad real o percibida o [su] identidad de género”¹¹¹. De igual manera, en el derecho comparado se ha señalado que la naturaleza y finalidad de este tipo de normas “no tiene ningún otro propósito que el penalizar una conducta que no se ajusta a las opiniones morales o religiosas de una sector de la sociedad”¹¹². En el derecho comparado se ha establecido además que la orientación sexual no puede considerarse en sí misma como un “criterio sancionatorio”, por lo que las normas que “sancionan única y exclusivamente a quienes detentan esa condición [de homosexual]” comportan una clara discriminación que promueve la estigmatización en contra de una persona homosexual¹¹³.

114. En suma, la Comisión estima que las consideraciones vertidas en la jurisprudencia señalada permiten establecer que no son admisibles las sanciones normativas para determinado grupo de personas, por incurrir en un acto o práctica sexual consensual con otra de su mismo sexo, pues esto contraviene directamente con la prohibición de discriminación en base a la orientación sexual. Esta prohibición debe ser entendida dentro del ámbito antes descrito, esto es, que normas de esta naturaleza no sean utilizadas para reprimir o sancionar a una persona tanto por causa de su sexualidad real o por la que es percibida.

115. Adicionalmente, la CIDH observa que el Reglamento establecía una diferencia de tratamiento y de sanción en casos de “actos sexuales ilegítimos” y los “actos de homosexualidad”. La CIDH observa que no aparece en el Reglamento la definición de “actos sexuales ilegítimos”. Los peticionarios señalan que la noción de “actos sexuales ilegítimos” aparentemente se refiere a las relaciones sexuales practicadas entre personas de distinto sexo en ausencia de relación matrimonial o por fuera de ésta. El Estado no refutó este alegato. Con independencia de la acepción que se tenga de “actos sexuales ilegítimos”, la CIDH nota que existía para el momento de los hechos objeto del presente caso en la normativa militar interna disposiciones separadas con sanciones diferenciadas para “actos sexuales ilegítimos” por un lado y “actos de homosexualidad” por el otro.

116. Así, el Reglamento de Disciplina Militar en su artículo 117 establecía que si un funcionario de las Fuerzas Armadas incurría en “actos de homosexualidad”, debía aplicarse lo previsto en la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas en su artículo 87, literal (i), esto es, ser dado de baja por convenir al buen servicio, bien sea “por mala conducta o por incompetencia profesional”. Esta sanción se diferenciaba de aquella aplicada en casos de que un funcionario cometiera “actos sexuales ilegítimos”, ya que estos eran considerados una falta atentatoria¹¹⁴.

¹¹⁰ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, Aplicación No. 7525/76, Sentencia de 22 de octubre de 1981, párr. 60; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Norris vs. Irlanda*, Aplicación No. 10581/83, Sentencia de 26 de octubre de 1988, párr. 46; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso A.D.T. vs. Reino Unido*, Aplicación No. 35765/97, Sentencia de 31 de julio de 2000, párrs. 37 y 38; Comité de Derechos Humanos, Comunicación No. 488/1992 (1994), *Toonen v. Australia*, párrs. 8(5) y 8(6).

¹¹¹ ONU, Asamblea General, *Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia contra las personas basados en su orientación sexual e identidad de género*, A/HRC/19/41, 17 de noviembre de 2011, párr. 40.

¹¹² Corte Constitucional de Sudáfrica, Caso CCT 11/98, *The National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, 9 de octubre de 1998, párr. 26.b.

¹¹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-507, 14 de julio de 1999, párr. 5.11.

¹¹⁴ Artículo 67 Reglamento de Disciplina Militar de las Fuerzas Armadas de 1998.

117. La CIDH toma nota que el Reglamento establecía tres distintos tipos de faltas con distintas sanciones dependiendo de su gravedad. Así, a las faltas leves (tal como “exhibirse uniformado, con personas de mala reputación o conducta”) les correspondía las sanciones de censura simple o “llamado de atención”, y el arresto simple de uno a tres días. Por su parte, las faltas graves (tal como “introducir mujeres a repartos militares con fines deshonestos”), les correspondía las sanciones de censura solemne; arresto simple de cuatro a ocho días y “arresto de rigor” de uno a nueve días. Finalmente, las faltas atentatorias (tal como la comisión de “actos sexuales ilegítimos”; “realizar insistente acoso sexual al personal militar, civil o familiar” o dedicarse al trabajo y administración de prostíbulos), acarrearán como medidas disciplinarias el arresto de rigor de diez a quince días; el arresto de rigor de tres a diez días y la suspensión de funciones de diez a treinta días¹¹⁵.

118. Así pues el Reglamento de Disciplina Militar, además de comportar una sanción para los actos sexuales cometidos entre personas del mismo sexo, lo cual la CIDH ya concluyó que no cumple con el requisito de idoneidad entre el medio (la sanción) y el objetivo perseguido (preservar el orden en las fuerzas armadas), establecía sanciones diferenciadas para actos sexuales entre personas del mismo sexo y otros actos sexuales, diferencias que la CIDH no encuentra como justificadas y razonables, y por tanto, discriminatorias.

119. Adicionalmente, la Comisión resalta que la prohibición de discriminación con base en la orientación sexual real o percibida, exige que ninguna persona sea discriminada en el acceso y aseguramiento de su empleo con base en este aspecto¹¹⁶. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que cualquier tratamiento discriminatorio basado en la orientación sexual de una persona, en el “acceso al mercado laboral o los medios y prestaciones que permiten conseguir empleo” constituye una violación a las obligaciones internacionales del Estado sobre estas materias¹¹⁷. Al respecto, en la doctrina internacional se ha establecido que:

Todas las personas que sean ciudadanas gozarán del derecho a participar en la conducción de los asuntos públicos, incluido el derecho a [...] tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a todos los niveles de funcionarias y funcionarios públicos y al empleo en funciones públicas, incluso en la policía y las fuerzas armadas, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género¹¹⁸.

ii. Procedimiento seguido contra el señor Flor y aplicación de la sanción de baja

120. Por otra parte, la CIDH observa que los peticionarios aducen que la decisión que dio lugar a la baja de Homero Flor se basó en prejuicios que revelan una práctica o política discriminatoria consagrada en la legislación militar y aplicada por sus autoridades, basada en la orientación sexual, real o percibida, de sus miembros.

¹¹⁵ Artículos 65 y 73 del Reglamento de Disciplina Militar.

¹¹⁶ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 18*, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12 (b)(i).

¹¹⁷ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 18*, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, párr. 12 (b)(i).

¹¹⁸ Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, 2006, principio 25.

121. Adicionalmente, la CIDH nota que la sanción impuesta se realizó conforme a lo previsto en la normativa militar sobre los actos sexuales entre personas del mismo sexo. La Comisión considera que dicha regulación no sólo era incompatible con las obligaciones del Estado de respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas sin discriminación, y adecuar su legislación interna en ese sentido, sino que a través de esta regulación, el ordenamiento jurídico militar institucionalizó un tratamiento discriminatorio que, en el ámbito de las instituciones armadas, reviste una particular trascendencia, pues la visión profundamente arraigada de que la homosexualidad afecta negativamente la existencia misma de las instituciones militares en un Estado¹¹⁹, se ve reforzada en este tipo de normativas que consolida el estigma que atribuye una supuesta falta de capacidad o aptitud en una persona para pertenecer a las Fuerzas Armadas, por el solo hecho de que ésta sea gay, lesbiana o bisexual, o bien sea percibida como tal. La CIDH destaca en particular que la norma del Reglamento de Disciplina Militar que preveía la baja como una sanción por incurrir en “actos de homosexualidad”, equiparaba esa misma sanción a otras conductas que eran consideradas hechos punibles en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, por ejemplo como el tráfico de estupefacientes. Ello pese a que la homosexualidad ya había sido excluida como delito de la ley penal ecuatoriana¹²⁰.

122. La Comisión destaca las consideraciones realizadas por la referida autoridad judicial sobre la naturaleza de la norma del Reglamento de Disciplina Militar que “sanciona[ba] los actos de homosexualismo, justamente por el carácter especi[al de la] legislación militar”, arguyendo que la conducta en la que se estableció había incurrido el señor Flor, era incompatible con los “principios y normas de conducta” de las Fuerzas Armadas, al ser esta una “institución que se precia de ser la reserva moral de la sociedad y [de] mantener en su seno a hombres íntegros, capaces, responsables y poseedores de autoridad moral intachable”¹²¹.

123. En ese sentido, la CIDH considera que si bien era la propia normativa la que establecía una sanción respecto de actos sexuales entre personas del mismo sexo, la decisión del Juzgado de Derecho evidencia la existencia de los prejuicios discriminatorios por los que tradicionalmente se ha cuestionado la aptitud de una persona para ejercer sus funciones dentro de una institución militar, en razón de su orientación sexual real o percibida.

¹¹⁹ Por ejemplo, en 1981 el Departamento de Defensa de Estados Unidos estableció una regulación que justificaba la expulsión de un miembro del Ejército por el hecho de ser homosexual. Así, mediante la Directiva DOD 1332.14 sobre dicha política, la cual se fundó que *“la homosexualidad es incompatible con el servicio militar. La presencia en el ámbito militar de personas que mantienen conducta homosexual o que por sus afirmaciones, demuestra propensión a la conducta homosexual, afecta seriamente el cumplimiento de la misión militar. La presencia de tales miembros afecta adversamente la capacidad de mantener la disciplina en las fuerzas armadas, al buen orden, y la moral; al fomento de la mutua confianza y seguridad entre las tropas; a la integridad del sistema de rangos y mando; a la asignación y despliegue mundial de los miembros del servicio que frecuentemente deben vivir y trabajar en condiciones próximas con mínima intimidad; al reclutamiento y conservación de los miembros de las fuerzas armadas; al mantenimiento de la aceptación pública del servicio militar; y para evitar brechas en la seguridad”*. Posteriormente, esta directriz fue la que dio lugar a la regulación federal aprobada por el Congreso en 1993 conocida como *“Don’t ask, Don’t tell”* (“No pregunte, No diga”), que prohibía a cualquier miembro de la Fuerza Armada revelar su orientación homosexual o bisexual mientras estuviese prestando funciones para dicha institución.

¹²⁰ Mediante el fallo No. 111/97 de 27 de noviembre de 1997, el Tribunal Constitucional de Ecuador declaró inconstitucional el artículo 516 del Código Penal sobre el delito de “homosexualismo”.

¹²¹ Anexo 2. Resolución del Juzgado de Derecho de la Cuarta Zona Militar de 17 de enero de 2001. Anexo a la petición inicial de 30 de agosto de 2002.

124. Adicionalmente, la Comisión considera importante señalar que en el proceso disciplinario para la determinación de la falta de “acto de homosexualismo” se solicitaron principalmente pruebas como certificados de buena conducta de los militares involucrados. La Comisión considera que ello denota un sesgo discriminatorio en el proceso en sí mismo al intentar desvirtuar un acto sexual entre personas del mismo sexo con una certificación que apela a la conducta “buena” o “mala” que haya tenido el militar.

125. La Comisión ya se refirió en secciones precedentes a las razones por las cuales considera que esta decisión del Juzgado de Derecho se tradujo en una actuación incompatible con la Convención Americana. Sólo resta destacar en este punto del análisis, el efecto determinante que tuvo una decisión adoptada con inobservancia de las garantías del debido proceso e incompatible con el derecho a la igualdad y no discriminación, en el trámite seguido ante la misma jurisdicción militar, para disponer la separación definitiva de la presunta víctima de sus actividades laborales y en los mecanismos utilizados por ésta en dicha jurisdicción, para controvertir tal decisión. La Comisión destaca además la trascendencia que tuvo la norma del Reglamento de Disciplina Militar aplicada en el presente caso, pues una vez que fueron acreditados los hechos por el Juzgado de Derecho, la sanción disciplinaria impuesta operó de forma prácticamente automática, teniendo particularmente en cuenta que se trataba de la separación definitiva de la presunta víctima de sus funciones en la Fuerza Terrestre ecuatoriana.

126. Finalmente, la CIDH desea destacar que en reiteradas oportunidades desde el año 2006 la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la obligación de oficio de ejercer el llamado “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana. Así, la Corte ha establecido:

Quando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana¹²².

127. Al respecto, la Comisión Interamericana observa que en el presente caso los tribunales internos faltaron a su obligación de adecuar las normas internas a la Convención Americana, en particular en relación con el derecho de igualdad ante la ley, cuando examinaron la normativa interna relacionada con la sanción de actos de homosexualismo en la Fuerza Terrestre ecuatoriana.

128. En virtud de las anteriores consideraciones, la Comisión concluye que el Estado ecuatoriano violó el derecho consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Homero Flor.

¹²² Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 193; Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Corte IDH. *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 176; Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, párr. 225.

3. Garantías judiciales y protección judicial (artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana)

a. Consideraciones previas sobre la aplicación de las garantías judiciales a los procesos disciplinarios contra militares

129. El artículo 8.1 de la Convención Americana establece que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

130. El artículo 25.1 de la Convención Americana dispone que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

131. La Corte Interamericana ha sostenido que:

[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas¹²³.

132. En el presente caso, y según fue establecido en la sección de hechos probados, la baja de la Fuerza Terrestre ecuatoriana del señor Flor, fue producto de la sanción impuesta por las autoridades militares, a partir de la responsabilidad disciplinaria acreditada en el marco del proceso de información sumaria de investigación.

133. Al respecto, y en relación con el ejercicio del poder sancionatorio del Estado a través de sus autoridades, la Corte ha precisado que es

[I]lícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención [lo que] es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención¹²⁴.

134. Con base en estas consideraciones, ciertos precedentes establecidos en el Sistema Interamericano permiten afirmar que en aquellos casos en los que la jurisdicción militar resulte

¹²³ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Sentencia de 2 de febrero de 2001, párrs. 126 y 127.

¹²⁴ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C. No. 71, párr. 68.

competente, las actuaciones de dichas autoridades deben respetar las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana¹²⁵. El alcance del numeral 2 de dicho artículo también se entiende aplicable a este tipo de supuestos, teniendo en cuenta lo señalado por la Corte en cuanto a que:

[E]l elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes¹²⁶.

135. Asimismo, la Corte Interamericana ha señalado que “cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas [...] tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”¹²⁷.

136. En un sentido similar se pronunció la CIDH en un caso relacionado con el procedimiento administrativo seguido contra un miembro del ejército peruano, indicando que aplicaban todas las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.2 de la Convención Americana¹²⁸. Finalmente, la Corte Interamericana y la CIDH han conocido varios casos en los cuales ha analizado la aplicación de las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 a los procesos seguidos en jurisdicción militar contra militares por delitos o faltas que por su propia naturaleza han atentado contra bienes jurídicos propios del orden militar¹²⁹.

137. En el presente caso, la CIDH observa que los peticionarios hacen una serie de argumentos relacionados con alegadas violaciones al debido proceso del señor Flor, las cuales serán analizadas por separado por esta Comisión. Por su parte, el Estado sostiene en términos generales que el procedimiento se había llevado a cabo con respeto a las garantías del debido proceso del señor Flor.

¹²⁵ Véanse Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2011, Serie C, No. 228, párr. 64. Sobre la jurisdicción penal militar, la Corte ha señalado que “éste debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno”. Ver: Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2009, párrafo 108; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre de 2005, párrafo 132. En igual sentido, lo ha hecho el Comité de Derechos Humanos al señalar que la justicia militar no resulta *per se* incompatible con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero que la misma debe cumplir con “la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14”. Ver: ONU, Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 13; Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley*, 13 de abril de 1984, considerando 4.

¹²⁶ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, NO. 72, párr. 125.

¹²⁷ Corte IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 104.

¹²⁸ CIDH, Informe No. 20/99, Caso 11.317, Rodolfo Robles Espinoza e Hijos (Perú), 23 de febrero de 1999, párr. 97.

¹²⁹ Véanse por ejemplo, Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135; Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207. Véase también, CIDH, Informe No. 135/11, Caso 12.167, Fondo, Hugo Oscar Argüelles y otros (Argentina), 31 de octubre de 2011.

b. Alegada imposibilidad de presenciar declaraciones de testigos

138. A la luz de las anteriores consideraciones, la Comisión observa que en el presente caso, los peticionarios han sostenido que durante la tramitación del proceso de investigación sumaria, la defensa del señor Flor no tuvo la oportunidad de presenciar las declaraciones de los testigos que declararon en su contra, ni de interrogarlos.

139. Al respecto, y habiendo ya determinado que las garantías establecidas en el artículo 8.2 de la Convención Americana aplican para procesos disciplinarios como el seguido al señor Flor, la CIDH toma nota de la garantía establecida en el numeral (f) del artículo 8.2, que señala el “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”. Así, de corroborarse este alegato, la CIDH encontraría una violación de dicha garantía convencional.

140. Sin embargo, la CIDH nota que del sustento documental que consta en el expediente del caso, no es posible acreditar que efectivamente el señor Flor no haya tenido la oportunidad de presenciar las declaraciones de los testigos, testimonios con base en los cuales se determinó la responsabilidad disciplinaria del señor Flor y se dio su baja. En consecuencia, la Comisión no cuenta con elementos suficientes para analizar una posible violación del artículo 8.2.f de la Convención sobre este extremo de los alegatos respecto del procedimiento de información sumaria de investigación. Por otra parte, la CIDH observa que el Reglamento de Informaciones Sumarias vigente para la época de los hechos más allá de contener una disposición general en relación a que el juez recibirá las declaraciones con juramento de los testigos, no hace mención alguna sobre el derecho a interrogar a los testigos.

141. No obstante, la Comisión observa que este alegato estuvo planteado dentro de la demanda de amparo interpuesta por el señor Homero Flor decidida con posterioridad, por lo que este aspecto será tenido en cuenta en el análisis sobre el cumplimiento de las garantías del artículo 8 en conexión con el artículo 25 de la Convención, respecto de dicho recurso.

c. Alegada falta de imparcialidad del Juez de Derecho

142. En relación con el derecho de toda persona a ser juzgada por un juez imparcial, los peticionarios indican que el juez de derecho que presidió la investigación sumaria del señor Flor había sido a su vez su superior.

- El Juez de Derecho y el superior del señor Flor eran la misma persona

143. Al respecto, la CIDH observa en primer lugar que tal y como quedó demostrado en la sección de hechos probados, la decisión del Juzgado de Derecho del proceso de información sumaria de investigación fue adoptada por el General de Brigada de la IV Zona Militar, Víctor Zabala, quien era a su vez el Comandante de la IV Zona Militar y Juez de Derecho de la IV Zona Militar.

144. El Reglamento de Informaciones Sumarias vigente para la época de los hechos establecía que una vez culminada la etapa investigativa, con la emisión del dictamen del fiscal militar, el “Juez instructor elaborará el proyecto de resolución y elevará el proceso al Comandante de Zona o Brigada para la prosecución del trámite”. Luego, “recibido el proceso, el Comandante de Zona o Brigada avocará conocimiento y dispondrá que se notifique antes para sentencia (...)”. Finalmente, se establece que “el proyecto de resolución no (...) obliga al Comandante de Zona o Brigada a acatarlo, pero constará

en el expediente y dicha autoridad explicará en su resolución las razones por las que se aparta del proyecto”¹³⁰.

145. Así se observa que si bien el Reglamento de Informaciones Sumarias indicaba que el juez instructor era quien elaboraba el proyecto de resolución, el mismo no era vinculante para el juez de derecho, Comandante de Zona Víctor Zabala, superior del señor Flor. En última instancia, fue el Comandante de Zona, Juez de Derecho, Víctor Zabala, quien emitió la decisión que declara la responsabilidad del señor Flor. La Comisión observa que las consideraciones de esta decisión, así como la valoración realizada en la misma sobre los hechos investigados y las pruebas aportadas durante la sustanciación del procedimiento de información sumaria, determinaron que Homero Flor fuera posteriormente separado de sus funciones dentro de la Fuerza Terrestre ecuatoriana. Las resoluciones del Consejo de Oficiales Subalternos y Superiores que dispusieron que el señor Flor fuera colocado en situación de disponibilidad previo a su baja, fueron adoptadas por vía de remisión a la decisión del Juzgado de Derecho. En ese sentido, la Comisión estima pertinente destacar en este punto que ésta fue la única decisión que hizo un examen de la prueba para determinar la responsabilidad disciplinaria del señor Flor.

146. La Corte Interamericana ha reiterado que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso, y que para ello se debe garantizar que el juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio¹³¹. Al respecto, la Corte Interamericana y la CIDH han establecido que la garantía de imparcialidad tiene un aspecto subjetivo y otro objetivo¹³². En igual sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas¹³³. Más específicamente ha indicado la Corte Interamericana:

la imparcialidad 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 que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad¹³⁴.

¹³⁰ Véanse artículos 23 y 24 del Reglamento para la tramitación de informaciones sumarias en las Fuerzas Armadas. Anexo 23. Reglamento para la tramitación de informaciones sumarias en las Fuerzas Armadas. Acuerdo Ministerial 1046, publicado en la Orden General Ministerial 240 de 22 de diciembre de 1993. Escrito de los peticionarios remitido el 24 de septiembre de 2012.

¹³¹ Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 117; Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 171; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 145.

¹³² CIDH, Informe No. 176/10, Caso 12.576 y otros, Segundo Aniceto Norin Catriman y otros (Chile), Fondo, 5 de noviembre de 2010, párr. 280; CIDH, Caso 11.139, Informe No. 57/96, William Andrews (Estados Unidos), Informe Anual CIDH 1997, párrs. 159-161. Ver también Corte Europea de Derechos Humanos, caso Findlay c. Reino Unido, 25 de febrero de 1997, párr. 73. CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/SER.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1, corr., 22 de octubre de 2002, párr. 229.

¹³³ ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación Nº 387/1989, *Karttunen c. Finlandia*, párr. 7(2).

¹³⁴ 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, párr. 56; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Piersack v. Bélgica*, sentencia de 1 de octubre de 1982, Series A no. 53; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso De Cubber v. Bélgica*, sentencia de 26 de octubre de 1984, Series A no. 86.; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Pullar v. Reino Unido*, sentencia de 10 de junio de 1996; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Fey v. Austria*, sentencia de 24 de febrero de 1993, Series A no. 255-A pág. 8, § 28.

147. En más detalle, la Corte Interamericana ha indicado que la imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, y que no se encuentren involucrados en la controversia, entre otros¹³⁵. Así ha dispuesto la Corte, “en aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”¹³⁶.

148. En ese sentido, la Corte Europea se ha pronunciado en particular en casos relacionados con la aplicación del sistema de disciplina militar, señalando que si bien la organización de dicho sistema corresponde al orden interno de cada Estado¹³⁷, la actividad de las autoridades militares en función jurisdiccional, pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado, en la medida en que sus decisiones no cumplan con la garantía de imparcialidad. En los precedentes establecidos por la Corte Europea, dicha garantía se vulneró debido a que la misma estructuración del sistema instaurado en la jurisdicción militar, permitía que un funcionario pudiera tener facultades dentro del procesamiento, aún cuando tuviera además una relación de jerarquía con la persona objeto del mismo¹³⁸.

149. En el presente caso, de los hechos probados quedó demostrado que el Juez de Derecho que dictó la sentencia en contra del señor Flor, había intervenido en una primera etapa del proceso de investigación, cuando en su calidad de Comandante de Zona, un mes antes de que emitiera dicha decisión había sido quien había requerido al señor Flor entregar las responsabilidades y la habitación a su cargo en función de la investigación que se le adelantaba. En este sentido, la CIDH considera que la decisión del juzgado de derecho estuvo influenciada al haber el juez tenido una idea preconcebida del asunto en relación con la responsabilidad del señor Flor.

150. Con base en las consideraciones anteriores, y teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión adoptada por el Juzgado de Derecho y la trascendencia de la misma en la imposición de la sanción de baja a Homero Flor, la Comisión considera que la garantía de imparcialidad fue vulnerada y que en este sentido hubo una violación del artículo 8.1 de la Convención Americana en cuanto al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal imparcial.

d. Alegada falta de motivación de la decisión

151. Al respecto, la Comisión tiene en cuenta que el deber de motivación se incluye dentro del marco de “debidas garantías” establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, y con base en el cual se exige que las decisiones que adopten los órganos internos tengan una debida fundamentación, como una garantía de que las partes involucradas han sido debidamente escuchadas y que en caso de ser recurribles, puedan lograr un “nuevo examen de la cuestión ante las instancias

¹³⁵ Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 118; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 147.

¹³⁶ Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 118; Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 147.

¹³⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Engel y otros vs. Holanda*. Sentencia de 8 de junio de 1976, párr. 59.

¹³⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Findlay vs. Reino Unido*. Sentencia del 25 de febrero de 1997, párr. 73 - 80; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Thompson vs. Reino Unido*. Sentencia del 15 de junio de 2004, párrs. 46 a 48.

superiores”¹³⁹, de forma que tales decisiones no resulten arbitrarias, sobre todo cuando éstas implican la afectación de derechos fundamentales¹⁴⁰. La Corte Interamericana ha señalado que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una exteriorización”¹⁴¹.

152. Los estándares sobre este aspecto, han sido desarrollados por la Corte Interamericana siguiendo los precedentes jurisprudenciales de la Corte Europea, la cual ha señalado que el artículo 6 del Convenio Europeo obliga a los tribunales internos a motivar sus sentencias, sin embargo, no puede entenderse necesariamente como una obligación de dar una respuesta detallada a cada uno de los argumentos planteados por las partes, sino que debe analizarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión, la diversidad de los alegatos presentados ante el órgano decisor, la legislación interna, entre otros¹⁴². En particular, la Corte Interamericana ha reconocido la exigencia de esta obligación frente a las decisiones tomadas por entidades militares, por ejemplo, en casos referidos a la denegatoria de ascenso de un funcionario del Ejército, mediante una resolución del Consejo de Oficiales Generales de la Fuerza Terrestre, que no cumplió con el deber de motivación en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico interno ni la Convención Americana¹⁴³.

153. Por otra parte, la Corte Interamericana ha señalado que el ejercicio de la potestad disciplinaria, persigue como objetivo evaluar la conducta y el desempeño de un funcionario público¹⁴⁴. Lo anterior implica que el deber de motivación es aún mayor para el órgano encargado de ejercer dicha potestad¹⁴⁵, por lo que se exige que éste deba analizar de forma autónoma “la gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción”¹⁴⁶.

¹³⁹ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008, párr. 78; Corte IDH. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C. No. 193, párr. 153; Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C. No. 227, párr. 118.

¹⁴⁰ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C. No. 127, párr. 152; Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C. No. 233, párr. 141.

¹⁴¹ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008, párr. 77.

¹⁴² Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Hiro Balani vs. España*. Sentencia del 9 de diciembre de 1994, párr. 27; Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Hurk vs. Holanda*. Sentencia del 19 de abril de 1994, párr. 61.

¹⁴³ Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2011, Serie C, No. 228, párr. 64. En este caso, la Corte Interamericana determinó que el Tribunal Constitucional de Ecuador había subsanado una omisión del Consejo de Oficiales Generales de la Fuerza Terrestre Ecuatoriana en motivar una decisión.

¹⁴⁴ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008, párr. 86.

¹⁴⁵ Corte IDH. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C. No. 227, párr. 120.

¹⁴⁶ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros («Corte Primera de lo Contencioso Administrativo») Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de agosto de 2008, párr. 86.

154. Finalmente de igual relevancia para el presente caso, vale destacar que la Corte Interamericana también ha sostenido que la fundamentación utilizada para tomar una decisión “debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado”¹⁴⁷.

155. Al respecto, la decisión de 7 de mayo de 2001 del Consejo de Oficiales Subalternos indica que tras haberse realizado una sesión por dicho organismo para tratar el asunto, se decidió que no habían “fundamentos jurídicos” que permitieran desvirtuar lo decidido por el Juzgado de Derecho, en virtud de lo cual debía aceptarse su solicitud sobre la imposición de la referida sanción disciplinaria. Los hechos del caso permiten establecer que en el procedimiento adelantado ante este organismo, Homero Flor no contó con un mecanismo de participación adecuada a través del cual pudiera ejercer su derecho a la defensa. En efecto, el señor Flor planteó en el recurso de reconsideración presentado en contra de esta decisión, que durante el trámite seguido ante dicha autoridad, había solicitado la práctica de diligencias destinadas al esclarecimiento de los hechos, pero que dicha solicitud no había sido atendida y no se encontraba en el expediente ante el Ministerio de Defensa Nacional, según había podido comprobar su abogado defensor. La Comisión observa que en la misma petición de reconsideración, el señor Flor elevó una serie de solicitudes, a saber: (i) que se iniciara una investigación por las alegadas irregularidades cometidas en el referido trámite; (ii) que se declara la nulidad de lo actuado por el Consejo de Oficiales Subalternos; y (iii) que se le concediera una entrevista a su abogado.

156. La Comisión nota que la resolución del Consejo de Oficiales Subalternos de 5 de junio de 2001, a través de la cual se le notificó al señor Flor que su solicitud de reconsideración había sido negada, solamente indicó que la misma se fundamentaba en que no habían “variado los fundamentos de hecho y de derecho” que motivaron la resolución impugnada. Sin embargo, no hubo un pronunciamiento de fondo sobre la procedencia de las demás solicitudes presentadas por el señor Flor, y tampoco sobre las irregularidades denunciadas en la referida etapa del proceso.

157. En cuanto a la apelación decidida por el Consejo de Oficiales Superiores de la Fuerza Armada mediante resolución de 18 de julio de 2001, la Comisión nota que en esta decisión tampoco hubo un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sino que por remisión a lo establecido en la decisión del Juzgado de Derecho, se confirmó la sanción impuesta a Homero Flor.

158. A la luz de lo anterior, la Comisión estima que los elementos de hecho descritos permiten establecer que las resoluciones de los Consejos de Oficiales Subalternos y Superiores, respectivamente, se remitieron de forma muy sucinta, a lo previamente establecido por el Juzgado de Derecho. La Comisión entiende que, de conformidad con el procedimiento previsto para la tramitación del procedimiento de información sumaria de investigación, una vez establecida la existencia de responsabilidad disciplinaria por parte del Juzgado de Derecho que conoció del asunto, correspondía a los respectivos Consejos de Oficiales, calificar la conducta acreditada e imponer las sanciones establecidas en la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas.

¹⁴⁷ Corte IDH. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C. No. 233, párr. 141.

159. De esta forma, se desprende de los hechos del caso que la facultad atribuida a los respectivos Consejos de Oficiales en el marco del proceso que concluyó con la baja del señor Homero Flor, tenía un carácter distinto al atribuido a la autoridad judicial que debía conocer sobre el resultado de la investigación administrativa, y acreditar la veracidad de los hechos denunciados. En ese sentido, la Comisión considera que la naturaleza de dicha facultad, esto es, la materialización del control disciplinario por parte de las autoridades militares, y lo relativo a decidir sobre las impugnaciones presentadas en contra del procedimiento de información sumaria, exigía un pronunciamiento que de forma autónoma determinara la procedencia de aplicar la sanción que correspondiera a partir de los hechos establecidos por el Juzgado de Derecho. Así era requerido además por el propio ordenamiento jurídico interno, de acuerdo a lo previsto en el artículo 24.13 de la Constitución entonces vigente, que establece el deber de motivación de las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas como garantía del derecho al debido proceso¹⁴⁸.

160. En consecuencia, el procedimiento seguido ante los Consejos de Oficiales en el marco del cual se determinó hacer efectiva la baja del señor Homero Flor de la Fuerza Terrestre, previo a su disponibilidad, constituyó, en la práctica, en un incidente procesal de mero trámite. Bajo estas circunstancias y teniendo en cuenta la trascendencia de dicho procedimiento, la Comisión considera que la falta de motivación de las decisiones de los Consejos de Oficiales Subalternos y Superiores, también repercutió negativamente en el ejercicio del derecho a la defensa del señor Flor en dicho trámite. Lo anterior teniendo en cuenta que el señor Flor nunca obtuvo un pronunciamiento sobre las solicitudes relacionadas con supuestas irregularidades cometidas en dicho procedimiento, y que pese a haber contado con la posibilidad de recurrir la decisión del Consejo de Oficiales Subalternos, la decisión de la instancia superior tampoco realizó un examen sobre el fondo de la cuestión planteada. En virtud de ello, la Comisión considera que la presunta víctima no fue debidamente escuchada y no contó con las debidas garantías para ejercer su derecho a la defensa.

161. Teniendo en cuenta tales consideraciones, la Comisión observa que ni la decisión del Juzgado Sexto de lo Civil ni la del Tribunal Constitucional, realizaron un pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones planteadas por Homero Flor en la demanda interpuesta, teniendo en cuenta que las mismas se relacionaban con la posible afectación de derechos constitucionales, específicamente el derecho a la igualdad y a las garantías del debido proceso, y que el mecanismo en cuestión estaba destinado a la protección de tales derechos.

162. La Comisión considera que la fundamentación dada en ambas decisiones, se basó únicamente en un análisis cualitativo sobre la normativa aplicable al asunto conocido por ambas instancias judiciales, sin entrar a analizar en lo sustantivo el objeto central de la demandada planteada por la presunta víctima reclamando la protección de sus derechos constitucionales. En particular, la CIDH estima que la decisión de tutela debía responder al planteamiento sobre la compatibilidad de la sanción prevista en el Reglamento de Disciplina Militar y el ordenamiento jurídico vigente. La formulación de razones y fundamentos específicos sobre este aspecto, era una exigencia prevista por el

¹⁴⁸ El artículo 24.13 de la Constitución del Ecuador entonces vigente (Constitución de 1998), establecía textualmente “Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: (...) 13. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.”

propio ordenamiento jurídico interno, de conformidad con lo establecido en los artículos 273 y 274 de la Constitución Nacional, y a la luz lo establecido en el artículo 23 de la misma Constitución.

163. Por otra parte, la Comisión observa que en la demanda de amparo decidida en primera y segunda instancia por el Juzgado Sexto de lo Civil y el Tribunal Constitucional, respectivamente, uno de los alegatos principales planteados por el señor Flor era que las decisiones adoptadas a partir del procedimiento de información sumaria de investigación, se basaban en la aplicación de una norma de carácter discriminatorio que sancionaba una conducta que había sido derogada de la legislación penal, esto es, las relaciones consensuales entre personas del mismo sexo. El señor Flor planteó además que durante la tramitación de dicho procedimiento se habían cometido una serie de irregularidades relacionadas con las garantías del debido proceso. La CIDH nota asimismo que en el trámite del amparo en primera instancia, el señor Flor solicitó en varias oportunidades al Juzgado Sexto de lo Civil que ordenara a la autoridad militar respectiva remitir copia del expediente de la información sumaria de investigación. Según fue establecido en la sección de hechos probados, dicha solicitud fue negada indicando que al señor Flor le asistía el derecho de presentar la documentación que considerara pertinente ante dicha autoridad judicial.

164. En ese sentido, la CIDH observa en particular que el Tribunal Constitucional, si bien tuvo a la vista el argumento sobre la alegada discriminación, no lo analizó y determinó la procedencia de la sanción impuesta por haber incurrido en mala conducta. El Tribunal Constitucional no esgrimió razones para determinar si la conducta sancionada, se subsumía o no en el supuesto de una norma penal que ya se encontraba derogada, y de ser el caso, analizar las consecuencias jurídicas de dicha determinación. La CIDH reitera nuevamente las consideraciones realizadas en secciones previas sobre el trato discriminatorio del que fue objeto el señor Flor en la determinación de su situación laboral en la Fuerza Terrestre ecuatoriana.

165. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que "[n]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios"¹⁴⁹. En ese sentido la CIDH considera que la falta de motivación en las decisiones sobre la demanda de tutela interpuesta por el señor Homero Flor, impidió que éste tuviera un efectivo acceso a la protección judicial, que tutelara los derechos afectados por la actuación de las autoridades militares destinada a sancionar la orientación sexual percibida de la presunta víctima. En consecuencia, los estándares aplicados a nivel interno para resolver el recurso de amparo interpuesto por la presunta víctima, por parte de las respectivas autoridades judiciales, fueron incompatibles con el artículo 8.1 de la Convención Americana y por lo tanto constituyen una violación a su derecho al acceso a la justicia.

166. Con base en las consideraciones vertidas en esta sección, la Comisión concluye que el Estado ecuatoriano violó, en perjuicio de Homero Flor, los derechos a las garantías judiciales y protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, respectivamente, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

¹⁴⁹ Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A. No. 9, párr. 24.

V. CONCLUSIONES

167. En virtud de las consideraciones de hecho y derecho expuestas en el presente informe, la Comisión Interamericana concluye que el Estado de Ecuador violó los derechos consagrados en los artículos 24, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del Sr. Homero Flor Freire.

VI. RECOMENDACIONES

168. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomienda al Estado ecuatoriano:

1. Reparar integralmente al señor Homero Flor Freire en los términos indicados en este informe, tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados.

2. Reconocer públicamente que el señor Homero Flor Freire fue dado de baja de la Fuerza Terrestre ecuatoriana de manera discriminatoria.

3. Adoptar las medidas estatales necesarias para asegurar que las personas que se desempeñan dentro de la Fuerza Terrestre ecuatoriana o cualquier dependencia del ejército ecuatoriano no sean discriminadas con base en su orientación sexual, real o percibida.

4. Tomar las medidas estatales necesarias para que el personal de la Fuerza Terrestre ecuatoriana o cualquier dependencia del ejército ecuatoriano, así como los juzgados de derecho en jurisdicción militar conozcan los estándares interamericanos, así como la normativa interna ecuatoriana, en cuanto a la no discriminación con base en la orientación sexual, real o percibida.

5. Adoptar las medidas estatales necesarias para que se garantice el derecho al debido proceso de militares juzgados por tribunales en procesos disciplinarios, incluyendo el derecho a un juez o tribunal imparcial.

Dado y firmado en la ciudad de Washington, D.C., a los 4 días del mes de noviembre de 2013. (Firmado): José de Jesús Orozco Henríquez, Presidente; Tracy Robinson, Primera Vicepresidenta; Felipe González, Dinah Shelton, Rodrigo Escobar Gil, y Rose-Marie Antoine, Miembros de la Comisión.

El que suscribe, Emilio Álvarez Icaza L., en su carácter de Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 49 del Reglamento de la Comisión, certifica que es copia fiel del original depositado en los archivos de la Secretaría de la CIDH.

Firmado en el original

Emilio Álvarez Icaza L.
Secretario Ejecutivo