

**Señor Juez Constitucional**

Alí Lozada Prado (Juez Ponente)

***Amicus curiae* presentado por Carlos Andrés Mora Montaña en representación de los derechos de los servidores de las Fuerzas Armadas Ecuatorianas**

El 24 de julio de 2023, el Tribunal de la Corte Constitucional de Ecuador, compuesto por los jueces Carmen Corral Ponce, Teresa Nuques Martínez y Alí Lozada Prado (quien actúa como juez ponente), aceptó a trámite el caso No. 22-23-IN. Esta causa se basa en una demanda de acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Jorge Gerardo García Ortiz. La demanda cuestiona la constitucionalidad de varios artículos de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, en particular los artículos 30, 33, 36, 39, 42, 45, 89 numeral 6, 90 numeral 5 y el inciso sin número posterior al numeral 5, 119 numeral 10, 142 numerales 1 y 2, y 200. Esta ley fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 236 el 24 de enero de 2023.

El Voto Concurrente del **Dictamen Nro. 6-20-CP/20** de la Corte Constitucional ha establecido que las acciones públicas de inconstitucionalidad se traducen en el poder del control constitucional para proteger derechos y evitar regresividades; en este sentido, se pretende ser considerado como amicuriente para poder exponer a la Honorable Corte los argumentos por los cuales se considera que una disposición que guarda conexidad con la demanda presentada como lo es la transitoria novena es inconstitucional porque implica regresión de derechos y discriminación para los servidores militares sancionados a partir de la nueva Ley Orgánica de Personal y Disciplina Militar.

**NATURALEZA DEL AMICUS CURIAE**

De acuerdo al artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y

Control Constitucional, "cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado."

La Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado sobre esta institución y señala: "es una herramienta que permite a personas ajenas a un proceso judicial, aportar con criterios jurídicos sobre un punto determinado". Asimismo, ha sostenido que la institución del *amicus curiae* democratiza y transparenta el debate judicial y permite al juzgador conocer elementos adicionales a los que proponen las partes procesales y comprender un mayor contexto sobre los asuntos jurídicos para ofrecer opiniones de trascendencia para la solución de un caso sometido a su conocimiento.

Sobre la comparecencia de terceros, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional indica:

"Comparecencia de terceros.- Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de ***amicus curiae*** que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado.

En este sentido, jueces de la Honorable Corte Constitucional, esta representación desea esgrimir argumentos legales con respecto a:

- 1) La obligatoriedad de observar garantías judiciales de no regresividad en el desarrollo de los derechos y aplicar el principio de progresividad de la ley
- 2) Argumentación sobre el derecho de igualdad formal, material y no discriminación que transgrede la Novena Disposición Transitoria de la Ley Orgánica Personal y Disciplina Militar.
- 3) La conexidad de la Disposición Transitoria Novena con el numeral 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, y su inconstitucionalidad

## **ANÁLISIS SOBRE EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS VULNERADOS POR LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA NOVENA DE LA LEY ORGÁNICA DE PERSONAL Y DISCIPLINA DE LAS FUERZAS ARMADAS**

Dentro de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, esta representación considera **inconstitucional** dentro de sus Disposiciones Transitorias, la **Novena Disposición**.

Con respecto a la Novena Disposición Transitoria de dicha norma establece que:

Novena.- **Ley aplicable en caso de faltas atentatorias.** Para el personal militar que hubiere sido sancionado con falta atentatoria hasta antes de la vigencia de la presente Ley, permanecerán vigentes las disposiciones de la Ley de Personal de Fuerzas Armadas publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 660 de 10 de abril de 1991 y sus reformas; el Reglamento General a la Ley de Personal de Fuerzas Armadas y sus reformas, así como también, la normativa que de esta se hubiere derivado, para su aplicación en lo referente a la carrera militar.

### **Sobre la obligatoriedad de observar garantías judiciales de no regresividad en el desarrollo de los derechos y aplicar el principio de progresividad de la ley**

El contenido de la ley de personal de las fuerzas armadas que regía antes de la implementación de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas establecía un régimen de sanciones graduales ante faltas atentatorias, permitiendo una respuesta proporcional y progresiva a las infracciones cometidas. Sin embargo, la nueva legislación introduce la sanción de separación del servicio activo como una medida inmediata y definitiva, lo que representa un cambio drástico en la política disciplinaria. Esta modificación se torna excesivamente severa y atenta contra el principio de progresividad, un pilar fundamental en la protección y respeto de los derechos de los servidores militares; además también atenta contra el principio de proporcionalidad.

### **¿Qué implica el principio de no regresividad?**

Para la Corte Constitucional, según la **sentencia nro. 129-12-SEP-CC** implica la adecuación jurídica de las normas a preceptos constitucionales y tratados internacionales. En la sentencia se menciona que es obligación de la Asamblea

Nacional y todo órgano con potestad normativa la adecuación formal y material para garantizar la dignidad.

### **¿Cuál es la doble dimensión del principio de progresividad?**

Según la **sentencia nro. 017-17-SIN-CC** es 1) el avance gradual de derechos; y 2) se afianza con la garantía de no regresividad, que impide reducción a la protección ya obtenida o reconocida.

### **¿Cómo debe ser la justificación de una posible regresión de derechos?**

A criterio de la **sentencia nro. 10-20-IA/20** debe ser rigurosa. No cabe simple explicación o un pretexto. Sólo será suficiente cuando protege otro derecho.

**Una justificación inexistente o insuficiente se entiende regresiva y es inconstitucional.**

La nueva ley que aborda la separación del servicio activo por el cometimiento de una falta atentatoria carece de una justificación clara respecto a por qué se ha vuelto más restrictiva y la sanción más rigurosa. Esta falta de justificación no solo genera incertidumbre y arbitrariedad en su aplicación, sino que también vulnera principios constitucionales fundamentales, como el derecho a un debido proceso y la proporcionalidad de las sanciones, haciendo la normativa inconstitucional.

### **Argumentación sobre el derecho de igualdad formal, material y no discriminación que contraría la Novena Disposición Transitoria de la Ley Orgánica Personal y Disciplina Militar.**

Con respecto al principio de igualdad formal y material, y no discriminación contemplados en la Constitución específicamente en los artículos 11, numeral 2 y el artículo 66, numeral 4. Estos artículos establecen lo siguiente

Art. 11, numeral 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad y el Art.

66, numeral 4, Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación

Aplicar la ley anterior para sancionar faltas temerarias de los servidores militares vulnera el derecho a la igualdad, ya que la nueva Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas establece sanciones significativamente más graves. Esta situación crea un trato discriminatorio, especialmente para los servidores militares, quienes, incluso si no fueron sancionados en el pasado, ahora enfrentan penalidades mucho más severas bajo la nueva ley. Esto evidencia una falta de equidad, ya que se impone un régimen sancionador más estricto a los mismos actos, violando el principio de igualdad ante la ley y generando desigualdades injustificadas en el tratamiento disciplinario entre períodos legislativos diferentes.

En la **sentencia nro. 109-11-IS/20 de Corte Constitucional**, se menciona que el derecho a la igualdad formal implica tratar igual a casos con iguales propiedades relevantes. En tanto que la **sentencia nro. 603-12—JP/19** menciona que existen tres elementos para valorar si un trato es discriminatorio, y estos son 1) comparabilidad, 2) constatación de un trato diferenciado y 3) verificación del resultado; en la presente causa, el hecho de tratar a un servidor militar que ha cometido una falta atentatoria antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas con más benevolencia denota este trato discriminatorio; 1) porque son comparables dado que se está sancionando por la misma falta; 2) existe diferenciación en el trato puesto que la sanción para uno es más grave que la sanción para otro, y) el resultado es diferente, ya que el servidor que se ha sancionado con la ley anterior recibe una pena menor que el sancionado con la ley vigente.

La Corte IDH menciona una condición jurídica en la **Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18**, establece que la no discriminación, la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley para todas las personas son elementos constitutivos de un principio fundamental relacionado con la protección de los derechos humanos. La Corte subraya que la igualdad es inseparable de la no discriminación, y que los instrumentos legales relevantes garantizan la igualdad ante la ley sin discriminación. Además, el Tribunal resalta que el reconocimiento de la igualdad ante la ley implica la prohibición de cualquier trato discriminatorio.

Asimismo, **la sentencia 61-19-IN/21 de la Corte Constitucional** menciona que la discriminación es una violación de la igualdad formal o igualdad ante la ley, siendo esta otro principio y derecho que la Constitución también garantiza.

Tenemos que tener en cuenta que la igualdad es un derecho de gran complejidad tanto por sus múltiples tipos y dimensiones, como por su proyección interpretativa y argumentativa respecto a los demás derechos constitucionales.

El caso bajo análisis ilustra la relación de la igualdad con el hecho de recibir un trato no diferenciado.

Es importante además considerar la conexidad de la transitoria novena con el numeral 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, puesto que este considerando establece que una causa para la baja de un servidor es justamente haber recibido una sanción por el cometimiento de una falta atentatoria.

### **Conexidad de la transitoria novena con el numeral 5 del artículo 119 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, y su inconstitucionalidad**

Según lo establece la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas son causas para la baja, entre otras haber sido sancionado por el cometimiento de una falta atentatoria; esto vulnera dos principios esenciales en que deben ser observados por la Corte, dado que en base a los preceptos que establece la Constitución, presentan incompatibilidades con la norma suprema.

El sancionar a un servidor militar con la baja, por el cometimiento de una falta atentatoria vulnera el principio de proporcionalidad y los ya analizados principios de progresividad en el desarrollo de los derechos.

En cuanto al principio de proporcionalidad, la Constitución de la República del Ecuador establece el mismo en el artículo 76 numeral 6; y la conexión entre las acciones cometidas y las sanciones producto de las mismas; **específicamente el numeral 6 del artículo 76, menciona que la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.**

También, la Corte Constitucional a lo largo de la emisión de sentencias con carácter vinculante ha dejado claro los estándares en materia de respeto a

estos principios y que se vinculan directamente con la inconstitucionalidad de las normas citadas.

Según la **Sentencia Nro. 009-17-SIN-CC**, se ha establecido que el denominado principio de proporcionalidad o de "prohibición del exceso", se lo puede configurar como una primera aproximación, como una garantía de frente a todos los servidores de las fuerzas armadas en la actuación de las administraciones públicas que entrañe una restricción del ejercicio de sus derechos.

La "prohibición de exceso" en este caso debe operar al considerar que una falta atentatoria significa la ausencia del lugar de trabajo por más de tres días y el resultado inmediato es la sanción con la baja del servidor; sin embargo, esto, sin lugar a dudas denota un exceso del poder punitivo estatal; puesto que al separar al servidor inmediatamente de su lugar de trabajo es un castigo extremo que además violenta el derecho al trabajo, no es proporcional con la actuación cometida y transgrede además la presunción de inocencia y la posibilidad de defenderse; es decir, la garantía del debido proceso que toda actuación administrativa disciplinaria debe observar.

El principio de proporcionalidad además es una técnica de interpretación cuyo objetivo es defender de la mejor manera expandiendo tanto como sea posible su alcance de protección, pero tomando en cuenta todos los derechos que sean conciliables entre todos ellos en una medida que sea posible, sin que un derecho vaya en contra de otro derecho.

De tal manera que se la pueda constituir el límite a los límites de la jurisprudencia en los derechos constitucionales y tomando en cuenta esa medida, puede suponer una barrera frente a ciertas intromisiones innecesarias en el ámbito de los derechos fundamentales.

La **Sentencia Nro.10-18-IN/21** expone cómo debe operar el principio de proporcionalidad y menciona que el mismo constituye de manera técnica la inclusión con el debido proceso el cual configura como una pared que le pone un alto a la normativa de las distintas infracciones y sanciones, en otras palabras esta sentencia, **exige que exista una adecuada correspondencia entre la sanción administrativa y la conducta o categoría de conductas que se reprochan**, para que esta no sea excesiva atendiendo a la gravedad de la

infracción o innecesaria para la consecución de la finalidad de interés general. Para el presente caso, la pena establecida por haber sido sancionado con una falta atentatoria es desproporcional, más aún, teniendo en cuenta que la antigua ley no contemplaba sancionar con tal rigurosidad.

Además, en conformidad a la **Sentencia No. 39-18-IN/22**, se menciona que la proporcionalidad de normas impugnadas que requieren representación legal en procesos judiciales o administrativos incluye el hecho de contar con un abogado, que es sin duda necesario para garantizar una defensa adecuada, mientras que alternativas como la autodefensa podrían crear desigualdad. En el presente caso. Simplemente se impone la sanción y no se brinda la posibilidad al sancionado de poder defenderse como corresponde en base a los preceptos del debido proceso.

En la sentencia mencionada también se enfatiza la importancia de verificar la proporcionalidad, asegurando que la limitación del derecho de acceso libre a la justicia no sea desproporcionada frente al objetivo de garantizar una defensa técnica eficaz y de calidad. La Corte indica que debe existir un equilibrio entre la protección y la restricción constitucional, donde el beneficio obtenido sea acorde al sacrificio impuesto por la medida.

Con respecto a la vulneración del derecho al trabajo; es menester de la Honorable Corte considerar también esta transgresión, ya que el sancionar a un servidor con la baja de forma inmediata sin la potestad de defenderse le coarta su derecho al trabajo, reconocido ampliamente en diversa normativa supra constitucional, constitucional y jurisprudencia constitucional.

### **¿Qué es el derecho al trabajo?**

Para la Corte Constitucional, según la **sentencia nro. 093-14-SEP-CC** el derecho al trabajo se constituye en una necesidad humana que obligatoriamente debe ser tutelada por el Estado, **a través del incentivo de políticas públicas y creación normativa** que estimule el trabajo en todas sus modalidades; en este caso se evidencia que la normativa no estimula el derecho al trabajo; más bien, lo está coartando; si bien es cierto; la sanción por un acto disciplinario prohibido es sumamente necesario, no podemos afirmar y estar de acuerdo en que esta sanción que se ha determinado en la ley objeto de análisis no vulnera el derecho al trabajo.

Automáticamente cuando se trasgrede el derecho al trabajo y por la separación del servidor militar inobservando las garantías del debido proceso también se trasgrede el derecho a una vida digna; según la **sentencia nro. 38-12-EP/19** el derecho al trabajo está conectado a una vida digna por tres razones: 1) porque este es fuente de realización personal, 2) porque permite cubrir necesidades básicas, y 3) porque logra la inserción del individuo de manera activa en la sociedad; en este sentido, esta sanción, vista desde una mirada amplia y objetiva no solo vulnera los derechos del servidor, sino también de su familia y las personas que dependen de él.

### CONCLUSIONES

En virtud de los argumentos expuestos, esta representación considera que la Novena Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas presenta serias incompatibilidades con principios constitucionales fundamentales, las cuales vulnera el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 76, numeral 6 de la Constitución.

Además, el hecho de que las sanciones de la nueva ley solo sean aplicables para los servidores militares que cometan faltas atentatorias desde su vigencia implica infringir el derecho a la igualdad, material y no discriminación contemplados en los artículos 11, numeral 2 y 66, numeral 4 de la Constitución. La aplicación diferenciada de normativas según la fecha de la falta crea un trato desigual injustificado entre miembros de las Fuerzas Armadas.

Por lo expuesto, se solicita a la respetable Corte Constitucional que, en observancia de los principios constitucionales y los estándares internacionales de derechos humanos, declare la inconstitucionalidad de la Novena Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas. Acción necesaria para garantizar la plena vigencia de los derechos y garantías constitucionales de los miembros de las Fuerzas Armadas ecuatorianas, asegurando un marco legal que respeta el debido proceso, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley. Las sentencias expuestas como jurisprudencia en este escrito de *amicus curiae* reflejan las incompatibilidades de la Ley

Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas con la Constitución de la República del Ecuador.

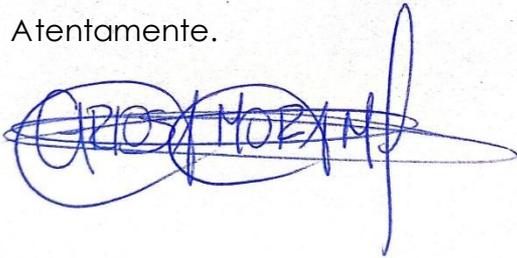
### **SOLICITUD**

Ante las consideraciones expuestas en el presente escrito de *amicus curiae* solicito respetuosamente que se incorpore el mismo al expediente de la Causa No. 22-23-IN y acumulados; además en caso de ser necesario pongo a su conocimiento mi disposición para sustentar este *amicus* en audiencia, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

### **NOTIFICACIONES**

Las notificaciones que me correspondan las recibiré en el casillero electrónico [ab.carlosmora@gmail.com](mailto:ab.carlosmora@gmail.com)

Atentamente.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'CARLOS MORA MONTAÑA', with a long horizontal stroke extending to the right.

Carlos Andrés Mora Montaña