

SEÑORAS Y SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Ab. García Ortiz Jorge Gerardo, por sus propios y personales derechos, ecuatoriano, mayor de edad, servidor público de las Fuerzas Armadas, con cedula de ciudadanía número: 070472456-6, de estado civil casado, con domicilio civil en el cantón Tulcán, provincia de Carchi; amparado en los artículos 439 de la Constitución, en concordancia con el artículo 77 y 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a Ustedes respetuosamente comparezco, para presentar la acción pública de inconstitucionalidad, al tenor de los siguientes fundamentos:

I.-

Denominación del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso; en el caso de colegislación a través de sanción, se incluirá también al órgano que sanciona.

- El órgano emisor de las normas acusadas de inconstitucionales es la Asamblea Nacional del Ecuador.
- El órgano colegislador de las normas demandadas como inconstitucionales es la Presidencia de la Republica de Ecuador.
- En virtud de aquello, que estos órganos sean notificados y por así disponerlo la Ley, a la Procuraduría General del Estado en la persona que ocupe la dirección de dicho órgano.

II.-

Indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales.

La presente demanda de inconstitucionalidad, se la presenta en contra de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de la Fuerzas Armadas, Publicada el día martes 24 de enero de 2023, suplemento N° 236 - Registro Oficial.

Por el fondo en contra de las siguientes disposiciones:

Artículos: 30; 33; 36; 39; 42; 45; 89 numeral 6; 90 numeral 5 e inciso innumerado a continuación del numeral 5; 119 numeral 10, 142 numerales 1 y 2; y 200.

III.-

Fundamento de la pretensión.

Para mejor análisis y comprensión de sus autoridades, se plantea una oferta metodológica, por bloques argumentales, según los grupos de normas demandadas con similar contenido, la misma contraposición con las normas constitucionales, y su respectiva argumentación de la incompatibilidad normativa con los preceptos de la Carta Magna:

A.- Inconstitucionalidad de los Art. 30, 33, 36, 39, 42 y 45, Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas:

1.- Detalle de las normas acusadas como inconstitucionales:

*“Artículo 30.- Resoluciones dictadas por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas. De las resoluciones que tengan relación con la situación profesional de las y los oficiales generales de ejército y división o sus equivalentes en las otras Fuerzas, **se podrá interponer dentro del término de diez días contados a partir del día hábil siguiente al de la notificación de la resolución, el recurso de apelación** ante la máxima autoridad de la Entidad rectora de la Defensa Nacional.”*

*“Artículo 33.- Resoluciones dictadas por el Consejo de Oficiales Generales o Almirantes de Fuerza. De las resoluciones que tengan relación con la situación profesional de las y los oficiales generales de brigada, técnicos, servicios, especialistas y coroneles o sus equivalentes en otras Fuerzas, **se podrá interponer dentro del término de diez días, contados a partir de día hábil siguiente al de la notificación de la resolución, el recurso de apelación** en última instancia ante el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas.”*

*“Artículo 36.- Resoluciones dictadas por el Consejo de Oficiales Superiores de Fuerza. De las resoluciones que tengan relación con la situación profesional de las y los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas, en los grados de mayor o teniente coronel o sus equivalentes en otras Fuerzas, **se podrá interponer dentro de término de diez días, contados desde el día hábil siguiente al de la notificación con la resolución, el recurso de apelación** en última instancia ante el Consejo de Oficiales Generales o Almirantes de Fuerza.”*

*“Artículo 39.- Resoluciones del Consejo de Oficiales Subalternos de Fuerza. De las resoluciones que tengan relación con la situación profesional de las y los oficiales subalternos, **se podrá interponer dentro del término de diez días, contados a partir del día hábil siguiente al de notificación de la resolución, el recurso de apelación** en última instancia, ante el Consejo de Oficiales Superiores de Fuerza.”*

*“Artículo 42.- Resoluciones del Consejo de Suboficiales y Sargentos de Fuerza. De las resoluciones que tengan relación con la situación profesional del personal de tropa en estos grados, **se podrá interponer dentro del término de diez días contados a partir del día hábil siguiente al de la notificación de la resolución, el recurso de apelación** en última instancia ante el Consejo de Oficiales Subalternos de Fuerza.”*

“Artículo 45.- Resoluciones del Consejo de Cabos y Soldados o su equivalente en las otras Fuerzas. De las resoluciones que tengan relación con la situación profesional del personal de tropa en estos grados, se podrá interponer dentro de término de diez días contados a partir del día hábil siguiente al de la notificación con la resolución, el recurso de apelación en última instancia ante el Consejo de Suboficiales y Sargentos de Fuerza.”

2.- Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas con especificación de su contenido y alcance.

EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El Art. 76 numeral 7 de la Constitución a la sola y única garantía de poder recurrir:

“ 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento. (...) h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. **m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.**”

El Art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

“**Garantías Judiciales. 1.-** 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.”

Jurisprudencia de Corte Constitucional del Ecuador sobre el debido proceso y derecho a la defensa:

Sentencia N.º 300-15-SEP-CC, caso N.º 2165-13-EP:

“... cabe precisar que el debido proceso representa aquella garantía cuyo cometido está orientado a **limitar el ejercicio del poder**, vale decir que su objetivo natural es el de impedir que cualquier decisión de la autoridad incluya características de **amenazas o vulneraciones de los derechos constitucionales**, como consecuencia del quebrantamiento de las garantías que los configuran (...) el debido proceso comporta el concepto de prevención en tanto realiza la función de **examinar que los actos de la administración** y la judicatura no se remitan a criterios de discrecionalidad sino que por el contrario, sean producto de discernimientos revestidos de razonabilidad. **Esto significa que el derecho al debido proceso se convierte en el límite material al eventual ejercicio arbitrario de las competencias y facultades de las autoridades del Estado.**” (Énfasis añadido).

Sentencia No. 064-15-SEP-CC, caso No. 0331-12EP.

“(...) El derecho al debido proceso se define como el sistema de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección de los justiciables, incursos en una actuación judicial o **ADMINISTRATIVA**, para que, durante su trámite respectivo, se respeten sus garantías constitucionales y se alcance la correcta aplicación de la justicia en iguales condiciones. **De esta forma, el debido proceso se configura mediante la vigencia y observancia de sus garantías básicas** (...)” (Énfasis añadido).

Sentencia N.º 024/10-SEP-CC, caso N. 0182-09-EP.

“De esta forma se establece constitucionalmente el derecho a la defensa de toda persona, y en tal sentido, todo tipo de actos que conlleven la privación o **limitación del referido derecho producirá, en última instancia, indefensión**. En otras palabras, esta garantía esencial es una manifestación del debido proceso (...) En suma, el pleno ejercicio del derecho a la defensa es vital durante la tramitación del procedimiento, porque de ello dependerá en última instancia el resultado del mismo. Así, el derecho de hallarse en el proceso impone al juez el deber de: **notificar al acusado y al abogado defensor, con la suficiente antelación, y no excluirlo indebidamente del proceso**, puesto que de otro modo no se garantiza el derecho de las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales, o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa.” (Énfasis añadido).

SENTENCIA No. 335-13-JP/20. CASO No. 335-13-JP. 12 DE AGOSTO DE 2020.
(falta de notificación de inicio de proceso).

Párr. 40 “En este marco, la Corte Constitucional ha subrayado que el **debido proceso** debe ser respetado tanto en los procesos judiciales como en los **PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS**¹. Así también, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”) ha establecido la obligación de los Estados de contar

¹Cfr. Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 71; Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 127.

con reglas claras para el comportamiento de sus agentes, **a fin de evitar márgenes de discrecionalidad en la esfera administrativa que fomenten prácticas arbitrarias y discriminatorias**². Por su parte, la Corte IDH ha sostenido que es, “un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber”³ (Énfasis añadido).

Párr. 55: “. Tanto la CIDH como la Corte IDH han identificado estándares mínimos del debido proceso legal que deben regir en los **PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS**, (...). Algunas de estas garantías procesales son:

- a) **la notificación previa de la existencia del proceso;**
- b) **tener una audiencia para la determinación de los derechos en juego;**
- c) **el derecho de ser asistido jurídicamente;**
- d) el derecho a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, así como para evacuar las correspondientes pruebas;
- e) el derecho a que las actuaciones y decisiones del proceso se consignen por escrito;
- f) el plazo razonable del procedimiento;
- g) el derecho a la revisión judicial efectiva de decisiones administrativas;
- h) el derecho a una decisión fundada;
- i) el derecho a la publicidad del accionar de la administración;”

Párr. 56: “En el presente caso, esta Corte observa que el procedimiento de lesividad que tuvo efectos de revocatoria de nacionalidad del accionante implicó la vulneración de múltiples de las garantías mínimas de debido proceso referidas, lo que tiene su origen en la **falta de notificación de la existencia de dicho procedimiento**. El solo hecho de que este procedimiento **SE HAYA INICIADO DE FORMA UNILATERAL SIN QUE SE HAYA NOTIFICADO A LA PERSONA AFECTADA**, **evidencia que el accionante no pudo participar en el marco de dicho procedimiento, no pudo presentar argumentos y pruebas que le asistan** (...). (Énfasis añadido).

Párr. 63: “En este sentido, no es suficiente que a efectos de notificar a la persona afectada sobre dicho procedimiento **se efectúen publicaciones en páginas oficiales** o a través de medios masivos de comunicación. El MREMH, al ser una institución del Estado, tiene a su disposición todo el aparato estatal y a través de distintas instituciones públicas podría realizar diligencias para determinar el domicilio de la persona afectada”

² Cfr. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 025-16-SEP-CC. Caso No. 1816-11-EP, pág. 13.

³ Cfr. CIDH, Situación de derechos humanos en República Dominicana, párr. 422; El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales: estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, párr.97.

Párr. 67: “Con base en las consideraciones expuestas, esta Corte Constitucional concluye que la falta de notificación del inicio del procedimiento administrativo de declaratoria de lesividad que, en el caso que nos ocupa, tuvo incluso efectos de revocatoria de nacionalidad por naturalización, así como de la Resolución No. 00598, es violatoria del artículo 76 de la Constitución de la República y colocó al accionante en un estado de indefensión que tornó impracticable el ejercicio de las garantías del debido proceso que tienen como presupuesto LA DEBIDA NOTIFICACIÓN.”. (Énfasis añadido).

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el debido proceso en procedimientos administrativos:

Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá:

Párr. 126: “en cualquier materia, inclusive la laboral y la ADMINISTRATIVA, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto a los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar al orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados.(...)” (énfasis añadido).

Párr. 127: “Es 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 PERSONAS.⁴” (Énfasis me corresponde).

Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile:

Párr. 116: “De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que CUALQUIER ÓRGANO DEL ESTADO QUE EJERZA FUNCIONES DE CARÁCTER MATERIALMENTE JURISDICCIONAL, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana⁵” (énfasis me corresponde).

⁴ Cfr. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001 Serie C No.72.

⁵ Cfr. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 1516.

Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33

*“Párr. 62. En segundo término, la señora María Elena Loayza Tamayo fue enjuiciada y condenada por **un procedimiento excepcional en el que**, obviamente, están sensiblemente restringidos los derechos fundamentales que integran el debido proceso. **Estos procesos no alcanzan los estándares de un juicio justo ya que no se reconoce la presunción de inocencia; se prohíbe a los procesados contradecir las pruebas y ejercer el control de las mismas**; se limita la facultad del defensor al impedir que éste pueda libremente comunicarse con su defendido e intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso(...)”*

Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

*“Párr. 170. La Corte considera que la referida normativa que establece como regla que en la jurisdicción penal militar chilena el sumario sea secreto, salvo las excepciones establecidas por la ley, es contraria al derecho de defensa del imputado, **ya que le imposibilita el acceso efectivo al expediente y a las pruebas que se recaban en su contra, lo cual le impide defenderse adecuadamente, en contravención de lo dispuesto en el artículo 8.2.c).**”*

Corte IDH. Caso Vélez Lloor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218 142.

*“Es por ello que se exige que cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, cuyas decisiones puedan afectar los derechos de las personas, adopte tales decisiones con pleno respeto de las garantías del debido proceso legal. Así, el artículo 8 de la Convención consagra los lineamientos del debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Adicionalmente, la Corte ha interpretado que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se **aplica también a la determinación de derechos** y obligaciones de orden -civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter-. **Por esta razón, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar también a las personas sometidas a dichos procesos las referidas garantías mínimas, las cuales se aplican mutatis mutandis en lo que corresponda.**” (Énfasis añadido).*

Caso Corte Suprema de Justicia (QUINTANA COELLO Y OTROS) vs. Ecuador. Sentencia de 23 de agosto de 2013.

*“Párr. 169. Debido a que los magistrados no fueron notificados sobre la **sesión extraordinaria** que llevaría a cabo el Congreso y, mucho menos, sobre la moción que se*

presentaría para cesarlos de sus cargos, los magistrados no estuvieron presentes, no fueron oídos y tampoco pudieron ejercer ningún medio de defensa como por ejemplo la presentación de argumentos o pruebas a su favor.” (Énfasis añadido).

Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C No. 268.

“**Párr. 181.** Si bien ya se declaró que el Congreso no tenía competencia para cesar a los vocales del Tribunal Constitucional de sus cargos (supra párr. 180), bajo las circunstancias del presente caso, la Corte considera necesario entrar a analizar algunos de los derechos que fueron alegados por la Comisión y los representantes tanto por la decisión de cese como los juicios políticos, en particular el derecho a ser oído, a la defensa y el principio “ne bis in idem”. El Tribunal ha desarrollado el derecho a ser oído protegido en el artículo 8.1 de la Convención, en el sentido general de comprender el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones. Respecto al derecho a ser oído, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, la Corte reitera que las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y sería por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.” (Énfasis añadido).

“**Párr. 183.** Al respecto, los vocales sancionados no fueron notificados de la discusión sobre las irregularidades que habría tenido su designación en el transcurso de la sesión de 25 de noviembre de 2004. En efecto, de la prueba que obra en el expediente se encuentra plenamente probado que los vocales fueron separados de sus cargos sin contar con la posibilidad de comparecer ante el Congreso Nacional para responder a las acusaciones que se les estaban realizando o para controvertir los argumentos por los cuales fueron cesados de sus cargos (supra párr. 65). Dado que la CESACIÓN implicaba una determinación sobre los derechos de los vocales, era necesario que se garantizara en alguna forma la posibilidad de ser oídos en relación con las alegadas irregularidades por la votación “en plancha”.” (Énfasis añadido).

Caso Moya Solís vs. Perú sentencia de 3 de junio de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas):

“69. Ahora bien, este caso se refiere a un proceso de ratificación de una funcionaria judicial. Ese proceso consistía en la evaluación del desempeño de la presunta víctima, con el objeto de establecer si era ratificada en su cargo o separada del mismo. El Estado alegó que los procesos de evaluación tienen diferencias con los procesos disciplinarios, pues los primeros buscan evaluar al funcionario cada cierto tiempo, mientras que los segundos buscan establecer si se cometió una infracción administrativa. No obstante, ambos procesos tienen como finalidad evaluar la conducta E IDONEIDAD DE UN FUNCIONARIO, sea periódicamente o como resultado de la presunta comisión de una falta. Además, cuando un proceso de evaluación concluye que la calificación del desempeño de un funcionario o funcionaria no fue satisfactoria y debe, por ello, ser separado de su cargo, se convierte en un proceso

MATERIALMENTE SANCIONATORIO, pues la desvinculación de la persona evaluada es **UNA SANCIÓN A SU BAJO DESEMPEÑO**.”. (Énfasis añadido).

3.- Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa.

El debido proceso, según el desarrollo de su contenido y alcance, debe ser observado en todo procedimiento donde se determine derechos y obligaciones de cualquier índole; ahora bien, cuando en el CAPÍTULO IV “*ÓRGANOS REGULADORES DE LA SITUACIÓN PROFESIONAL DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS*” donde desde al Art. 27 al 45 se dota de competencia a SEIS consejos para que regulen la situación profesional del personal militar de las Fuerzas Armadas, sin que se haya previsto un procedimiento legalmente reglado, donde se hallen desarrolladas las garantías básicas de debido proceso, deja al arbitrio de estas autoridades, su observancia o no; aclarando que únicamente se ha previsto el derecho a recurrir.

¿Por qué se demanda de inconstitucionales las normas que garantizar el derecho a recurrir?

En la práctica, pese a que esta norma garantiza el derecho a recurrir, viene siendo interpretada, en el sentido que estos Consejos, no deben notificar con el inicio de los procedimientos administrativos, no deben escuchar a los administrados, no deben permitir presentar pruebas, no deben permitir ninguna argumentación de los administrados, sino que por el contrario, estos procedimientos se llevan de manera UNILATERAL y el derecho a la defensa de los administrados inicia, una vez que los consejos han resuelto y proceden a notificar las resoluciones, resoluciones que en ocasiones son de destitución, sin que antes se haya escuchado a los administrados. Por ello que pese a que es una norma que garantiza el ejercicio de la garantía del derecho a recurrir, tiene un ámbito de aplicación incierto de tal manera que viola el derecho a la defensa, al privarse de todas las garantías del derecho a la defensa que deben ser observadas durante la tramitación de este procedimiento, principalmente la del Art. 76 numeral 7 literales a) b) c) d) y h) de la Constitución.

Por ello que, lógicamente más allá de la inconstitucionalidad que bien puede declarar la corte constitucional por la omisión del procedimiento que debería estar legalmente reglado, al momento de haberse dotado de competencias a varios órganos administrativos, lo que espera es una interpretación conforme, que garantice la plena vigencia de los derechos del personal militar, en este caso el derecho a la defensa, parte del derecho humano al debido proceso.

B.- Inconstitucionalidad de los Art. 89 numeral 6, 90 numeral 5, 142 numeral 1 y 2, Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas:

En este cargo de inconstitucionalidad, el suscrito se allana con leves cambios a la argumentación presentada por el Dr. Galo Yáñez Segura, dentro de la acción pública de inconstitucionalidad signada con el N° 18-23-IN.

1.- Detalle de las normas acusadas como inconstitucionales.

Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, en los siguientes artículos:

“Artículo 89.- Inhabilidades para el llamamiento a los cursos de perfeccionamiento. Las inhabilidades para el llamamiento a los cursos de perfeccionamiento son las siguientes: (...)6. Haber superado el número de días de arresto por sanciones disciplinarias establecidas en la presente Ley.”.

“Artículo 90.- Requisitos para el nombramiento de alumnas y alumnos e ingreso a los cursos de perfeccionamiento. Los requisitos básicos para el nombramiento de alumnas y alumnos e ingreso a los cursos de perfeccionamiento son los siguientes: (...) 5. No haber superado el número de días de arresto por sanciones disciplinarias establecidas en la presente Ley.”

“Artículo 142.- Inhabilidades comunes para el ascenso. Las inhabilidades comunes para el ascenso, son las siguientes: 1. Para personal de oficiales en los grados de Subteniente hasta el ascenso a Coronel o sus equivalentes en las otras Fuerzas: Haber acumulado durante toda su carrera militar una combinación de sanciones que sea igual o mayor a cuarenta y ocho, la misma que resulte de la aplicación de la siguiente fórmula: dos multiplicado por el número de días de arresto simple (DAS) más tres multiplicado por el número de días de arresto de rigor (DAR) sea mayor o igual $\geq$ a cuarenta y ocho 48. Fórmula: $2(DAS)+3(DAR) \geq 48$. 2. Para personal de tropa en los grados de Soldado hasta el ascenso a Suboficial Primero o sus equivalentes en las otras Fuerzas: Haber acumulado durante toda su carrera militar una combinación de sanciones que sea igual o mayor a doscientos cuarenta, la misma que resulte de la aplicación de la siguiente fórmula: tres multiplicado por el número de días de arresto simple (DAS) más ocho multiplicado por el número de días de arresto de rigor (DAR) sea mayor o igual a doscientos cuarenta. Fórmula: $3(DAS)+8(DAR) \geq 240$.”

De manera clara, se tiene que, cuando el militar no puede realizar el curso de ascenso conforme a las inhabilidades y requisitos de los artículos 89 numeral 6 y 90 numeral 5, la consecuencia inmediata es que no pueda cumplir un requisito de ascenso⁶ y con ello sea separado de institución militar bajo la figura de disponibilidad⁷, por no el incumplimiento de los requisitos de ascenso. Por ello se considera que, las inhabilidades y requisitos

⁶ Cfr. Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas: “Artículo 134.- Requisitos comunes. Los requisitos comunes que debe reunir la o el militar para el ascenso en todos los grados, son los siguientes: (...) 2. **Haber aprobado el curso de perfeccionamiento respectivo conforme lo establecido en el reglamento correspondiente;**”.

⁷ Cfr. Ibidem: “Artículo 115.- Causas para ser colocada o colocado en situación de disponibilidad. La o el militar será puesto en disponibilidad, por una de las siguientes causas: (...) 7. **Por no haber cumplido los requisitos establecidos en la presente Ley para el ascenso al inmediato grado superior;**(...) 10. **Por no haber sido ascendida o ascendido al inmediato grado superior”.**

referentes a la acumulación de sanciones en la carrera militar, se configuran en sanciones, que impone la administración a los antecedentes disciplinarios, sobre la base de sanciones impuestas y cumplidas en todos sus efectos jurídicos que son la privación de la libertad, y la disminución del puntaje de las calificaciones que acredita el militar en su carrera profesional.

De la misma manera, cuando se impide el ascenso al militar, al tenor del artículo 142 numerales 1 y 2, la consecuencia inmediata es la separación de la institución militar bajo la causal del Art. 115 numeral 10, esta es por no ascender. Configurándose esta destitución, en una segunda sanción, sobre la base de las sanciones que ya han sido cumplidas.

2.- Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas con especificación de su contenido y alcance.

Se tiene a criterio del suscrito, que las normas legales demandadas, que sancionan el antecedente disciplinario, contravienen las siguientes normas constitucionales.

a. La garantía constitucional del Art. 76 numeral 7 literal i) de la Constitución, (NON BIS IN IDEM):

La Constitución de la República de Ecuador, en el Art. 76 numeral 7 literal i) ha conceptualizado el contenido de la garantía procesal y principio del no doble juzgamiento:

“i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.”

Por su parte la Corte Constitucional de Ecuador, en SENTENCIA No. 1638-13-EP/19, nos señala el alcance de esta garantía y principio:

“28. El principio non bis in ídem consiste en la garantía que veda la doble sanción y/o el doble juzgamiento; es decir, tanto la aplicación de una nueva sanción por el mismo hecho como la exposición del riesgo de que aquello ocurra mediante el sometimiento a un nuevo proceso judicial. En este sentido, varios instrumentos internacionales consagran este principio que en esencia prohíbe la existencia de múltiples consideraciones o valoraciones jurídicas sobre un mismo hecho.”

“30. Por otro lado, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha sido clara al manifestar que para que el principio non bis in ídem sea invocado como una garantía del debido proceso es necesario que exista una resolución proveniente de una causa en la cual confluyan cuatro presupuestos: identidad de sujeto; identidad de hecho; identidad de motivo de persecución y finalmente, al tenor de nuestra Norma Suprema, identidad de materia.”.

b. El derecho a la Seguridad Jurídica del Art. 82 y principio de legalidad del Art. 76 numeral 3 de la Constitución:

El derecho a la Seguridad Jurídica que establece la Constitución de la Republica de Ecuador, y su contenido ha sido conceptualizado de la siguiente manera:

Art. 82. “*El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*”.

La Corte Constitucional, es su jurisprudencia ha desarrollado su alcance de la siguiente manera:

Sentencia N.º 029-15-SEP-CC:

“Por lo tanto, este derecho garantiza certeza en la aplicación normativa, ya que asegura la sujeción a un marco jurídico determinado, **QUE TOME COMO FUNDAMENTO PRINCIPAL LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA**”. (Énfasis añadido)

Sentencia N.º 210-16-SEP-CC:

“el texto de artículo 82 de la Constitución, establece tres elementos primordiales para el efectivo cumplimiento de este derecho: i. **LA JERARQUÍA DE LA CONSTITUCIÓN**, en el sentido de que todos los actos que emane de la autoridad pública deben guardar armonía con el texto constitucional; ii. **Las normas del ordenamiento jurídico deben ser PREVIAS, CLARAS y PÚBLICAS**, es decir, deben haberse ya establecido como presupuesto jurídico del caso concreto; iii. Quienes deben aplicar las normas son las autoridades a quienes la **Constitución y la ley han dotado de competencia**.”. (énfasis añadido).

La Corte Constitucional de Colombia, también se ha pronunciado sobre este derecho, alta corte que no difiere de la interpretación de nuestra corte:

Sentencia T-502 DE 2002:

“(…)3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio **ostenta rango constitucional** y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una **garantía de CERTEZA**. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. **Así, LA SEGURIDAD JURÍDICA NO PUEDE INVOCARSE DE MANERA AUTÓNOMA PARA DESCONOCER LA JERARQUÍA NORMATIVA, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas** (...)”⁸ (énfasis añadido).

⁸Cfr. Corte Constitucional de la República de Colombia. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-250-12.htm> (05/04/2023).

Por su parte el principio de legalidad, la Constitución de la Republica de Ecuador, lo ha conceptualizado de la siguiente manera:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley(...).”

La legalidad en la Convención Americana de Derechos Humanos, consta del siguiente contenido:

“Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

El alcance e interpretación del principio de legalidad a decir de la Corte Constitucional del Ecuador, consta de lo siguiente:

Sentencias No. 3-19-CN/20, 29 de julio de 2020, párr. 41 y 7-15- IN/21, 07 de abril de 2021, párr. 79:

““[e]n todos los casos, la infracción debe constar en una ley previa y la apertura del tipo no debe ser tal que deje a la arbitrariedad de quien aplica la norma la determinación de la conducta sancionable, pues ello además generaría una incertidumbre violatoria de la seguridad jurídica””.

Así mismo se ha pronunciado la Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72 105.

Párr. 106. *“En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. **SIN EMBARGO, ES PRECISO TOMAR EN CUENTA QUE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS SON, COMO LAS PENALES, UNA EXPRESIÓN DEL PODER PUNITIVO DEL ESTADO Y QUE TIENEN, EN OCASIONES, NATURALEZA SIMILAR A LA DE ÉSTAS.** Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las*

personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la **norma punitiva, sea penal o ADMINISTRATIVA, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar**. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva”

c. El principio y derecho a la igualdad de los Art. 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Constitución de la Republica de Ecuador:

La Constitución de la Republica de Ecuador, conceptualiza y define el contenido, tanto del principio como del derecho a la igualdad:

*“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios (...) 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; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.”* (énfasis añadido).

*“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...)4. Derecho a **la igualdad formal, igualdad material y no discriminación..**(...)”* (énfasis añadido).

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 24 establece lo que contiene el derecho a la igualdad en el sistema interamericano:

*“Art. 24.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, **a igual protección de la ley**.”;*

Lo propio lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 26:

“Artículo 26 Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

La Corte I.D.H ha desarrollado el alcance de este derecho en los siguientes criterios:

Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Párr. 199: “El artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe, **pues protege el derecho a la “IGUAL PROTECCIÓN DE LA LEY”, de modo que veda también la discriminación derivada de una DESIGUALDAD PROVENIENTE DE LA LEY INTERNA o de SU APLICACIÓN**”(énfasis añadido).

Caso Homero Flor Freiré vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sentencia 31 de agosto de 2016, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Párr. 110. “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación DE JURE o DE FACTO”

Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.164.

Párr. 99. “El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo

desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho”

La Corte Constitucional de Ecuador, en el marco del derecho a la igualdad y no discriminación ha desarrollado los siguientes criterios:

Sentencia No. 014-15-SIN-CC:

*“Como se puede aseverar del texto constitucional, el derecho a la igualdad implica el reconocimiento pleno de la condición de persona y por ende, de titularidad de derechos a todos aquellos que gozan de la dignidad humana. En este contexto, el **Estado debe dar un trato igual a dos personas que se encuentren ante una situación similar o idéntica** y, por otra parte, evitar tratos diferenciados que generen privilegios a determinados individuos, vulnerando el ejercicio de los derechos de aquellos que se encuentran en desventaja⁹”* (Énfasis añadido).

Sentencia No. 6-17-CN/19:

*“La prohibición de discriminación establecida en el artículo 11 número 2 de la Constitución establece tres elementos para configurar el trato discriminatorio: **primero, la comparabilidad: tiene que existir dos sujetos de derechos que están en igual o semejantes condiciones**; **segundo, la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas ejemplificativamente**; **tercero, la verificación del resultado, por el trato diferenciado, y que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina**. La diferencia justificada se presenta cuando se promueve derechos y diferencia discriminatoria cuando tiene como resultado el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos¹⁰”* (Énfasis añadido).

Sentencia No. 1416-16-EP:

*“33. Con estos antecedentes, es oportuno señalar que esta Corte Constitucional ha tratado en múltiples casos sobre el contenido del derecho a la igualdad y no discriminación previsto en el artículo 11.2 de la Constitución y en diversos instrumentos internacionales, reconociéndolo como un principio básico y general relativo a la protección de derechos humanos; **del tal manera que constituye un principio erga omnes, de jus cogens y un derecho autónomo**”*

3.- Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa.

⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 014-15-SIN-CC (Caso No. 0047-10-IN) de 29 de abril de 2015. Pág. 16.

¹⁰ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 6-17-CN/19 de 18 de junio de 2019. Párr. 26.

Considerando que el mismo contenido normativo que se considera contrario a la Constitución, contraviene varias normas constitucionales, se desarrollará por argumentos separados:

Argumento N° 1.- Incompatibilidad de los artículos 89 numeral 6, 90 numeral 5 y 142 numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, frente al Art. 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República de Ecuador.

Si partimos del contenido del Art. 76 numeral 7 literal i) de la Constitución, nos encontramos con la prohibición de un doble juzgamiento y/o sanción por los mismos hechos; analizando esta garantía a la luz de la jurisprudencia existente, sabemos que para que se considere doble juzgamiento deben cumplirse las identidades de sujeto, hecho, motivo de persecución y materia.

Ahora bien, las normas acusadas de inconstitucionales han sido configuradas como:

Causal de inhabilidad para ser llamado al curso: “*Haber superado el número de días de arresto por sanciones disciplinarias establecidas en la presente Ley*” (Art. 89. 6).

Requisito para ser nombrado como alumno al curso de ascenso: “*No haber superado el número de días de arresto por sanciones disciplinarias establecidas en la presente Ley.*” (Art 90. 5).

Causal de inhabilidad para el ascenso: “*Haber acumulado durante toda su carrera militar una combinación de sanciones que sea igual o mayor a cuarenta y ocho (...) Haber acumulado durante toda su carrera militar una combinación de sanciones que sea igual o mayor a doscientos cuarenta...*” (Art. 142. 1 y 2).

Es decir que, estas normas han sido configuradas teniendo como presupuesto factico la imposición y **registro de sanciones disciplinarias de arresto de rigor y arresto simple**, siendo irrefutable que lo que se sanciona con estas normas son los antecedentes disciplinarios, producto de procedimientos disciplinarios sancionadores agotados y cuyas sanciones ya ha sido cumplidas.

Si bien es cierto, las normas cuestionadas en base a las cuales se sustancian los procedimientos de ascenso, no pretenden revisar los hechos que han dado origen a las sanciones, sino únicamente estas últimas (sanciones); no es menos cierto que las sanciones son el resultado de un hecho ya juzgado, entendiendo que el espíritu mismo del principio “non bis in ídem” como lo ha dicho la jurisprudencia es precisamente evitar que pueda haber una doble sanción o múltiples valoraciones jurídicas de un mismo hecho; en este caso los hechos (acto disciplinable o conducta prohibida) que en su momento han generado una consecuencia (sanción de arresto), según el contenido de la norma legal, será objeto de una nueva consecuencia jurídica que conforme se lo ha explicado resulta en la destitución del militar, bajo la figura de disponibilidad. Por esta razón que, si un hecho concreto ya juzgado, fue la causa de las sanciones (arresto y rebaja de puntos en las calificaciones profesiones), y las sanciones son la causa de la destitución del militar,

no se puede desconocer que esta consecuencia ultima, tiene como origen o causa común en un hecho ya juzgado, configurándose una doble sanción: 1.- LA SANCIÓN EN DIAS DE ARRESTO Y CONSECUENTE DISMINUCIÓN DEL PUNTAJE; y 2.- LA DESTITUCIÓN.

Para analizar brevemente las identidades que la Corte ha establecido como baremo para resolver un doble juzgamiento, se lo hace de la siguiente manera:

Identidad de sujeto. - Sin lugar a dudas se trata de la misma persona que ha sido sancionada en vía disciplinaria con arresto (primer juzgamiento), la que sería objeto de un segundo procedimiento administrativo (segundo juzgamiento), cuya sanción es la imposibilidad de poder realizar el curso de ascenso y de ascender, dando lugar a su inmediata destitución, bajo la figura de disponibilidad.

Identidad de hecho.- El hecho juzgado en el procedimiento disciplinario (primer juzgamiento) es la conducta prohibida (X) que pudiere haber realizado el administrado lo cual genera una sanción de arresto (primera sanción); por su parte el hecho que va a ser juzgado en el procedimiento administrativo (segundo juzgamiento) para el curso de ascenso, es la acumulación de sanciones de arresto; de ahí que, pese a que teóricamente parecería que son dos hechos distintos, ambos tienen un mismo origen y una misma causa, en el hecho constitutivo de falta disciplinaria ya juzgado, por ello que cuando a raíz del segundo procedimiento se aplica la pena o sanción de NO poder ingresar al curso o no poder ascender, lo cual genera la destitución (segunda sanción), resulta innegable que ambos procesos tienen su origen en un mismo hecho, y este es el acto que genero la sanción; pues no se puede desconocer que los días de arresto no son origen o causa sino resultado, el origen es la falta disciplinaria cometida, tanto el arresto como la destitución son segundos resultados, aplicación de nueva sanción sobre resultado, o llámese sanción sobre sanción.

Identidad de motivo de persecución. – Tanto el procedimiento disciplinario, como el procedimiento administrativo de las normas demandadas, confluyen en un mismo hecho que es una sanción, dicho esto en base a la jurisprudencia de la Corte I.D.H, que las declaratorias de NO IDONEIDAD, por razones de conducta son MATERIALMENTE SANCIONES, pese a que exista una diferenciación de procedimientos; por ello que el motivo de persecución resultaría ser el mismo, el primero la sanción de arresto con sus consecuencias y el segundo la sanción de no poder realizar el curso o ascender dando lugar a la destitución.

Identidad de materia.- Como se lo ha sustentado, la sanción de arresto proviene de un procedimiento disciplinario, por ende el procedimiento administrativo que tiene como sustento la revisión de las sanciones disciplinarias, se encuentra dentro de la materia administrativa, y porque no decirlo, conforme se lo argumentara infra, se constituye en un procedimiento materialmente sancionador.

A lo largo de esta argumentación, se ha venido tratando a la inhabilidad para ser llamado al curso, ingresar a curso, e inhabilidad para ascender, como una sanción, precisamente porque es lo lógico, que toda decisión vía acto administrativo, que dé lugar a la destitución

o por bajo rendimiento o por conducta, no puede ser otra cosa que una sanción; y ese ha sido el criterio de la Corte I.D.H:

Caso Moya Solís vs. Perú sentencia de 3 de junio de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas):

*“69. Ahora bien, este caso se refiere a un proceso de ratificación de una funcionaria judicial. Ese proceso consistía en la evaluación del desempeño de la presunta víctima, con el objeto de establecer si era ratificada en su cargo o separada del mismo. El Estado alegó que los procesos de evaluación tienen diferencias con los procesos disciplinarios, pues los primeros buscan evaluar al funcionario cada cierto tiempo, mientras que los segundos buscan establecer si se cometió una infracción administrativa. No obstante, ambos procesos tienen como finalidad evaluar la conducta **E IDONEIDAD DE UN FUNCIONARIO**, sea periódicamente o como resultado de la presunta comisión de una falta. Además, cuando un **proceso de evaluación concluye que la calificación del desempeño de un funcionario o funcionaria no fue satisfactoria y debe, por ello, ser separado de su cargo, se convierte en un proceso MATERIALMENTE SANCIONATORIO**, pues la desvinculación de la persona evaluada es **UNA SANCIÓN A SU BAJO DESEMPEÑO.**”*

Caso Cuya Lavy y Otros vs. Perú sentencia de 28 de septiembre de 2021:

“131. Para resolver esta cuestión, la Corte se remite a lo resuelto en el caso Moya Solís Vs. Perú, pues en ese caso la señora Moya Solís fue sometida también a un proceso de evaluación, y este Tribunal estableció que:

*ese proceso consistía en la evaluación del desempeño de la presunta víctima, con el objeto de establecer si era ratificada en su cargo o separada del mismo. **El Estado alegó que los procesos de evaluación tienen diferencias con los procesos disciplinarios**, pues los primeros buscan evaluar al funcionario cada cierto tiempo, mientras que los segundos buscan establecer si se cometió una infracción administrativa. No obstante, ambos procesos tienen como finalidad evaluar la conducta e idoneidad de un funcionario, sea periódicamente o como resultado de la presunta comisión de una falta. Además, cuando un proceso de evaluación concluye que la calificación del desempeño de un funcionario o funcionaria no fue satisfactoria **y debe, por ello, ser separado de su cargo, se convierte en un proceso materialmente sancionatorio, pues la desvinculación de la persona evaluada es una sanción a su bajo desempeño**¹¹”*

Bajo todos los criterios que se han emitido, sin lugar a dudas las normas acusadas de inconstitucionales, llevan implícita una segunda sanción, sobre hechos que ya han sido juzgados y sancionados dentro de un procedimiento disciplinario sancionador.

¹¹ Cfr. Caso Moya Solís Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 junio de 2021. Serie C No. 425, párr. 69.

Argumento N° 2.- Incompatibilidad de los artículos 89 numeral 6, 90 numeral 5 y 142 numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, frente al Art. 76 numeral 3 y 82 de la Constitución de la República de Ecuador.

Las normas demandadas en los Art. 89 numeral 6, 90 numeral 5 y 142 numerales 1 y 2, establecen causales de inhabilidad para ser llamados al curso de ascenso, requisitos para ser nombrados como alumnos, e inhabilidad para ascender; donde la conducta que se sancionada administrativamente con el NO LLAMAMIENTO AL CURSO, EL NO NOMBRAMIENTO COMO ALUMNO, Y EL NO ASCENSO, es el antecedente disciplinario o **ACUMULACIÓN DE SANCIONES**, no necesariamente las sanciones que se pudieren establecer a partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Personal, sino todas las sanciones que hubieren sido impuestas en toda la carrera del personal militar.

Estas tres normas que se han demandado, pretenden aplicar una consecuencia jurídica, de manera retroactiva, a hechos constituidos antes del 24 de enero de 2023, fecha en la cual estas normas entraron en vigor.

Por esta razón, si el derecho a la seguridad jurídica del Art. 82 de la Constitución, se fundamenta en la existencia de normas claras y previas; y si el principio de legalidad prohíbe la aplicación de una sanción¹² a hechos que a la fecha en que se configuraron no tenían tales consecuencias jurídicas, inequívocamente nos conduce a la conclusión que estas normas violan la seguridad jurídica por aplicarse de manera retroactiva, y el principio de legalidad porque a la fecha en que estas conductas tuvieron lugar no existían tales consecuencias jurídicas, y ya se han consolidado en todos sus efectos jurídicos.

El máximo órgano de interpretación de la Constitución, es muy claro sobre el principio de irretroactividad de la ley, asociado al derecho a la seguridad jurídica, en su Dictamen No. 1-21-OP/21. CASO No. 1-21-OP:

Párr. 64. “Así como la prescripción apunta a garantizar el ámbito de certeza del derecho a la seguridad jurídica, **la irretroactividad apunta a asegurar un mínimo de previsibilidad a las personas, para que estas puedan conocer las reglas del juego que regirán su conducta y puedan modularla de forma correspondiente.** El derecho a la seguridad jurídica protege frente a la aplicación retroactiva de las normas con miras a garantizar “certeza a los administrados de que su situación NO SERÁ MODIFICADA POR PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS POSTERIORMENTE”²⁰. **La retroactividad RESULTA ESTRUCTIVAMENTE EXCEPCIONAL puesto que, si la Constitución permitiera en general la aplicación retroactiva de las normas, se anularía el derecho a la seguridad jurídica,** pues sería imposible para las personas obtener certeza en sus relaciones jurídicas, ya que sus comportamientos pasados podrían originarles consecuencias futuras, desconocidas e imposibles de prever al momento de realizar la conducta. **Por ello, la Corte ha señalado que la aplicación retroactiva de normas, en supuestos distintos a los permitidos por la Constitución, vulnera la seguridad jurídica en cuanto “trae como consecuencia desconocer la previsibilidad y certidumbre que debe provocar la aplicación de las normas claras, previas y públicas”.** (énfasis añadido).

¹² Entiéndase por SANCIÓN, a las declaratorias de no idoneidad que impiden que el militar pueda ascender y sea destituido, producto de la posible aplicación de las normas acusadas de inconstitucionales.

*“El principio de irretroactividad de la ley adquiere un carácter aun más importante cuando se trata de normas que imponen sanciones, en cuanto el artículo 76 numeral 3 de la Constitución establece como una de las garantías del debido proceso que “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley”²². **Respecto al principio de irretroactividad desfavorable de la norma punitiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste”.** (énfasis añadido).*

En similar sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sentencia No. 1889-15-EP:

Párr. 27: “el derecho a la seguridad jurídica no puede entenderse de manera restrictiva como un mecanismo para proteger la vigencia de reglas, sino que, además, y de forma principal debe comprendérselo como un derecho para salvaguardar el respeto de los principios esenciales que rigen el desarrollo y aplicación de los derechos, entre los que se cuentan, los principios de legalidad, publicidad, irretroactividad, generalidad, previsibilidad, entre otros, garantizados en su mayoría en el artículo 11 de la CRE”.

La norma que se pretende aplicar de manera retroactiva es DESFAVORABLE para los administrados, y como se lo ha venido sosteniendo, pese a que no estén tipificadas como sanciones disciplinarias, llevan implícita una sanción que culmina sus efectos con la separación de las filas militares, por ello que su carácter sancionador es irrefutable.

Argumento N° 3.-Incompatibilidad de los artículos 89 numeral 6, 90 numeral 5 y 142 numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, frente al Art. 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Constitución de la Republica de Ecuador, que establece el derecho a la igualdad formal y material, y no discriminación.

Las normas acusadas como inconstitucionales, lo que sancionan son los antecedentes disciplinarios, es decir el **REGISTRO DE LAS SANCIONES** en las que el militar pudiese haber incurrido a lo largo de su carrera profesional, mismas según la ley demandada, surtirán segundos efectos jurídicos.

Ahora bien, en la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código Orgánico de Entidades de Seguridad y Orden Público, se establece un régimen de rehabilitación que permite al servidor público enmendar su conducta.

Empezando por el COESCOP, en su artículo 51, establece la posibilidad de rehabilitarse por el cometimiento de las faltas disciplinarias graves y leves:

“Art. 51.- Rehabilitación de faltas.- Todo servidor o servidora de las entidades de seguridad que haya sido sancionado por faltas leves o graves, podrá solicitar la

*correspondiente rehabilitación de las mismas en su hoja de vida, siempre que, luego del cumplimiento de la respectiva sanción y reparación a que haya lugar, demuestre haber enmendado su proceder y mantenido una conducta intachable. **Para el caso de las faltas leves, la rehabilitación podrá solicitarse transcurridos dos años desde que se impuso la sanción. En el caso de faltas graves, dicho lapso será de tres años.** (...)”*

En régimen de la Ley Orgánica de Servicio Público, aun cuando se ha aplicado la máxima sanción de destitución, existe un periodo de rehabilitación:

“Art. 15.- Del reingreso de la servidora o servidor público destituido.- La servidora o servidor público legalmente destituido no podrá reingresar al sector público en un período de dos años, contados desde la fecha de su destitución, pero su reingreso no podrá darse a la institución del Estado, de la que fue destituido.”

Rehabilitación que, según el Reglamento General a la LOSEP, se la realiza de la siguiente manera:

“Art. 10.- Rehabilitación de personas impedidas para ingresar al servicio público.- Previo a ingresar al servicio público, las personas inmersas en inhabilidades, prohibiciones o impedimentos deberán solicitar por escrito su rehabilitación al Ministerio de Relaciones Laborales, acompañando copias legibles del respectivo documento de identidad y del certificado de votación actualizado o certificado validado por el Consejo Nacional Electoral, así como, de los demás certificados y requisitos que sean necesarios para resolver motivadamente cada caso y que se detallan en los artículos 11 al 15 del presente Reglamento General.”

Como se lo puede observar, la ley que rige el servicio público en general prevé la rehabilitación, porque las sanciones no pueden ser penas perpetuas con las que deba cargar un servidor público, la rehabilitación debe ser concebida como un derecho de las personas; sin embargo la rehabilitación en los términos que lo establece la LOSEP y su Reglamento no es aplicable para el personal militar, precisamente porque la única institución que demanda los servicios de un profesional militar es las Fuerzas Armadas, tornándose impracticable un posible reingreso a la misma institución.

Por otro lado, la rehabilitación en los términos que plantea el COESCOP, para la Policía Nacional y otras instituciones de seguridad, es plenamente aplicable para el personal militar, y por la similitud misma de estas instituciones resulta incomprensible que el legislador de manera deliberada no haya previsto un régimen de protección similar, resulta que por el contrario se establece una configuración normativa que da el carácter de perpetuas a las sanciones disciplinarias.

De ahí, de estas premisas es que extrae que, existe una desigual protección ante la Ley, cuando la LOSEP, instrumento legal que regula a los servidores públicos en general y el COESCOP que regula a la Policía Nacional y otros cuerpos de seguridad, prevén un régimen de REHABILITACIÓN DE FALTAS DISCIPLINARIAS, mientras que en la Ley Orgánica de Personal, se les otorga a las faltas disciplinarias un carácter de perpetuas, durante toda la carrera militar, y no solo eso, sino que estas faltas son acumulables como fundamento de otra sanción que acarrea la destitución.

Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y demás cuerpo de seguridad que regula el COESCOP, se encuentran respecto de su régimen disciplinario en circunstancias

COMPARABLES, inclusive su tipificación de sanciones guarda una similitud muy acercada, por ello que no se puede permitir un tratamiento diferenciado, en el sentido que sea más severo en contra de la institución militar, permitiendo la imposición de sanción sobre sanción, teniendo como fundamento su pasado o antecedentes disciplinarios.

La Corte Constitucional, se ha pronunciado sobre el derecho y principio a la igualdad:

Sentencia No. 36-19-IN/21:

*“25. Por su parte, el artículo 11.2 de la CRE establece la prohibición de la discriminación como un principio para la realización de derechos, lo siguiente: “2. (...) 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; **ni por cualquier otra distinción**, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”. ”*

*“27. Al respecto, este Organismo ha señalado que es menester “reconocer que no todo trato diferenciado es inconstitucional, pues no se encuentra prohibido que el legislador establezca diferencias entre sujetos sino que cuando lo haga, la medida diferenciada esté debidamente justificada y sea razonable. **Esta Corte debe resaltar que el nivel de escrutinio respecto de un trato diferenciado es mayor cuando se trata de una categoría sospechosa** de discriminación en la que se presume la inconstitucionalidad del trato””*

“28. Además, esta Corte ha establecido que la discriminación se materializa en aquellos casos en los que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables. En este sentido, la práctica o norma aplicada al caso bajo estudio implicaría consecuencias jurídicas distintas para dos personas que se encuentran en una situación análoga”

La norma que se alega que genera la violación al derecho a la igualdad, sin lugar a dudas se encasilla en una categoría sospechosa de discriminación, pues los antecedentes disciplinarios bien se pueden considerar dentro de lo que el constituyente ha descrito como “PASADO JUDICIAL”, a efectos de entender que este trato diferenciado que se aplica al personal militar respecto a sus similares de la Policía Nacional, a causa de los antecedentes disciplinarios de ninguna manera podría superar el test de proporcionalidad, pues no tiene un fin justificado, que obedezca al cumplimiento de un objetivo o meta prevista en la Constitución; por el contrario establece un trato diferenciado respecto de sus similares y condena con una segunda sanción a los antecedentes disciplinarios.

Una meta constitucional es la rehabilitación de la personas, rehabilitación que no puede ser entendida en sentido estricto netamente para el delincuente, en su derecho a reincorporarse a la sociedad sin ningún tipo de discriminación que le aplique una segunda condena por el hecho de haber sido sentenciado penalmente; la rehabilitación aplica plenamente al trabajador o servidor público que ha sido sancionado, este tiene el pleno derecho de rehabilitarse sin que nadie lo pueda volver a juzgar o discriminar por sus

antecedentes disciplinarios. Mas aun cuando las sanciones que se impone en Fuerzas Armadas, son de Privación de la Libertad, que por cierto es la única institución del país que aun la conserva, sumado al hecho de que cada día de arresto, resta puntaje en la calificación que tiene el militar, lo cual incide en su carrera profesional tanto en su antigüedad como en el tema de la calificación mínima para el ascenso.

Puede ser tolerable como en el caso de otros artículos de la ley demandada, donde se ha establecido los antecedentes disciplinarios como INHABILIDAD para cumplir funciones de agregados militares¹³, porque necesariamente se debe seleccionar a los miembros que mejor hayan desempeñado su carrera para dicha función, pero resulta sobremedida desproporcionado, que un militar sea destituido por faltas ya cumplidas sobre la base de sus antecedentes disciplinarios; se precisa que la ciudadanía comprenda, que nuestros representantes de la asamblea comprendan la peculiaridad de la carrera militar, la carrera militar es de vocación y la que mejor ejemplifica lo que se conoce como **PROYECTO DE VIDA**¹⁴; el militar ingresa a las Fuerzas Armadas y aspira culminar su carrera con una seguridad social, no es lo mismo que las demás profesiones donde el profesional se puede desempeñar en varias instituciones o en ámbito público o privado, como por ejemplo un abogado que presta sus servicios en la Función Judicial, que si llega a ser destituido puede ejercer su profesión nuevamente en el ámbito público o privado en otra institución, por el contrario el militar solo y únicamente puede ejercer su profesión en las Fuerzas Armadas; por ello que es desproporcionado terminar con la carrera del militar, por sus antecedentes disciplinarios, y después de cinco, diez, quince años de haber hecho una carrera, enviarlo de nuevo a iniciar una nueva profesión, porque cuando un militar es destituido pierde su carrera y también su profesión, esto definitivamente trunca por completo su proyecto de vida.

C.- Inconstitucionalidad del inciso innumerado a continuación numeral 5 del Art. 90 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas:

1.- Detalle de las normas acusadas como inconstitucionales.

“Artículo 90.- Requisitos para el nombramiento de alumnas y alumnos e ingreso a los cursos de perfeccionamiento. Los requisitos básicos para el nombramiento de alumnas y alumnos e ingreso a los cursos de perfeccionamiento son los siguientes:

- 1. Encontrarse apta o apto de acuerdo con la ficha médica actualizada;*
- 2. Haber aprobado la evaluación académica de ingreso con la nota mínima de 14/20 puntos;*

¹³ Cfr. Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas: “Artículo 53.- Inhabilidades para agregados militares y adjuntos. Las inhabilidades para agregados militares y adjuntos son las siguientes: (...) 2. Haber acumulado durante toda su carrera militar una combinación de sanciones que sea igual o mayor a noventa y seis, la misma que resulta de la aplicación de la siguiente fórmula: tres multiplicado por el número de días de arresto simple (DAS) más ocho multiplicado por el número de días de arresto de rigor (DAR) sea mayor o igual a noventa y seis. Fórmula: $3(DAS)+8(DAR) \geq 96$.”

¹⁴ Cfr. Corte Interamericana de derechos Humanos: “la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que el daño al “**PROYECTO DE VIDA**” constituye una noción distinta del daño emergente y del lucro cesante, “pues atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”.

3. Haber obtenido en pruebas física de ingreso la nota mínima de 17/20 puntos;
4. No haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada en juicios penales, excepto contravenciones; y,
5. No haber superado el número de días de arresto por sanciones disciplinarias establecidas en la presente Ley.

En caso de no cumplir con uno de los requisitos establecidos en los numerales 1, 2 o 3 y de existir vacante orgánica dentro de su promoción, la candidata o el candidato a alumna o alumno tendrá un segundo y último llamamiento en el siguiente curso de promoción y una vez aprobado el mismo, se realizará el trámite de reubicación en su promoción.”

Para entender el contenido que se demanda por inconstitucional, se debe considerar que el inciso citado prevé UN SEGUNDO LLAMAMIENTO, únicamente para aquellas personas que han incumplido los requisitos de los numerales 1, 2 y 3 del Art. 90, dejando excluidos de una segunda oportunidad, a aquellas personas que hayan incurrido en la inhabilidad del Art. 89 numeral 1:

*“Artículo 89.- Inhabilidades para el llamamiento a los cursos de perfeccionamiento. Las inhabilidades para el llamamiento a los cursos de perfeccionamiento son las siguientes:
1. Tener una nota de pruebas físicas menor a 17/20 puntos que resulte del promedio de los dos últimos semestres, antes del llamamiento al curso;”*

El punto es que, la norma demandada reduce el nivel de protección que se ha venido dando en las Fuerzas Armadas, con los dos llamamientos, tomando en consideración que, la última norma que otorgaba los dos llamamientos era el Reglamento Educación de la Fuerza Terrestre, la cual entró en vigencia mediante Acuerdo Ministerial No. 435, y publicado en la Orden General Ministerial No. 095, de fecha 21 de mayo de 2004; cuerpo normativo en el cual se establecía lo siguiente:

“Art. 104.- Para resolver el nombramiento de alumnos a los cursos correspondientes, el Consejo respectivo deberá considerar lo siguiente: (...) c) Si de una promoción de oficiales o tropa, evaluada en una primera oportunidad, aún quedaren vacantes orgánicas disponibles para dicha promoción, procederá una segunda oportunidad. Quienes se encuentren en esta situación se someterán nuevamente a todo el proceso.”

Es decir, los DOS LLAMAMIENTOS se configuraron como un derecho del personal militar, no solo cuando se incumplía los requisitos que hoy han sido establecidos en la Ley, sino también cuando se ha incurrido en la inhabilidad de idoneidad física, la cual se encontraba establecida como requisito en el Art. 33 literal c)¹⁵ de del Reglamento a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas; de ahí que existe una reducción en el nivel de protección que se venía otorgando con los dos llamamientos.

¹⁵ Cfr. Reglamento a la Ley de Personal de las Fuerzas Armadas: “Art. 33.- Los requisitos básicos para el ingreso a los cursos de perfeccionamiento son los siguientes(...) c) Acreditar idoneidad física de acuerdo a la última calificación anual anterior al ingreso;”.

2.- Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas con especificación de su contenido y alcance.

El Derecho a la seguridad jurídica del Art. 82 de Constitución, respecto de la violación, al Art. 11 numeral 8, sobre la prohibición de regresión en el desarrollo del contenido de los derechos y Art. 326 numeral ibidem, sobre la intangibilidad de los derechos laborales:

El derecho a la seguridad jurídica que establece la Constitución de la Republica de Ecuador, su contenido ha sido conceptualizado de la siguiente manera:

Art. 82. “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

La Corte Constitucional, es su jurisprudencia ha desarrollado su alcance de la siguiente manera:

Sentencia N.º 029-15-SEP-CC:

*“Por lo tanto, este derecho garantiza certeza en la aplicación normativa, ya que asegura la sujeción a un marco jurídico determinado, **QUE TOME COMO FUNDAMENTO PRINCIPAL LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA**”.* (Énfasis añadido)

Sentencia N.º 210-16-SEP-CC:

*“el texto de artículo 82 de la Constitución, establece tres elementos primordiales para el efectivo cumplimiento de este derecho: i. **LA JERARQUÍA DE LA CONSTITUCIÓN**, en el sentido de que todos los actos que emane de la autoridad pública deben guardar armonía con el texto constitucional; ii. **Las normas del ordenamiento jurídico deben ser PREVIAS, CLARAS y PÚBLICAS**, es decir, deben haberse ya establecido como presupuesto jurídico del caso concreto; iii. Quienes deben aplicar las normas son las autoridades a quienes la **Constitución y la ley han dotado de competencia**.”.* (énfasis añadido).

Sentencia No. 1797-18-EP/20:

Párr. 39: “Este Organismo también ha determinado que el derecho a la seguridad jurídica está conformado por tres elementos: confiabilidad, certeza y no **ARBITRARIEDAD**. En ese sentido, la Corte ha señalado: La confiabilidad está garantizada con el proceso de generación de normas, es decir, la aplicación del principio de legalidad. En cuanto a la certeza, los particulares deben estar seguros de que las reglas de juego no sean alteradas, para lo que se debe contar con una legislación estable y coherente, así como un conjunto de normas que hagan valer sus derechos. **FINALMENTE, DEBE EVITARSE UNA POSIBLE ARBITRARIEDAD POR PARTE DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS Y JURISDICCIONALES EN LA APLICACIÓN DE PRECEPTOS LEGALES**”

Párr. 40: “También resulta preciso enfatizar que esta Corte Constitucional ha considerado de manera sostenida que, al analizar una posible vulneración al derecho a la seguridad jurídica, no le corresponde pronunciarse acerca de la correcta o incorrecta aplicación o interpretación de las normas¹⁶. **Lo que sí corresponde a la Corte Constitucional, como guardiana de la Constitución, es “[...] verificar si en efecto existió una inobservancia del ordenamiento jurídico, por parte de la autoridad judicial, que acarree como resultado la afectación de preceptos constitucionales**¹⁷”

La Corte Constitucional de Colombia, también se ha pronunciado sobre este derecho, alta corte que no difiere de la interpretación de nuestra corte:

Sentencia T-502 DE 2002:

“(…)3. La seguridad jurídica es un principio central en los ordenamientos jurídicos occidentales. La Corte ha señalado que este principio **ostenta rango constitucional** y lo ha derivado del preámbulo de la Constitución y de los artículos 1, 2, 4, 5 y 6 de la Carta // La seguridad jurídica es un principio que atraviesa la estructura del Estado de Derecho y abarca varias dimensiones. En términos generales supone una **garantía de CERTEZA**. Esta garantía acompaña otros principios y derechos en el ordenamiento. La seguridad jurídica no es un principio que pueda esgrimirse autónomamente, sino que se predica de algo. **Así, LA SEGURIDAD JURÍDICA NO PUEDE INVOCARSE DE MANERA AUTÓNOMA PARA DESCONOCER LA JERARQUÍA NORMATIVA, en particular frente a la garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y humanos de las personas** (...)”¹⁸ (énfasis añadido).

Siempre que, la vigencia de una norma vaya en contra de las disposiciones constitucionales, va a existir una afectación directa al contenido del derecho a la seguridad jurídica, porque con el cambio de paradigma constitucional del Estado de derecho al Estado Constitucional de derecho, la seguridad jurídica se redimensiona al respeto de la Constitución, como norma jerárquica suprema y límite de los poderes legislativos, ejecutivos y judicial; por ello la exigencia de una adecuación formal y material a los derechos y normas constitucionales; de ahí que en este caso la regresión en el desarrollo del contenido de los derechos, contraviene directamente disposiciones expresas de la Constitución, que se citan a continuación:

Art. 11 inciso número 8 de la Constitución de la Republica de Ecuador:

¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2034-13-EP/19 de 18 de octubre de 2019, párr. 22. En el mismo sentido: Sentencias No. 1800-14-EP/20 de 27 de febrero de 2020, párr. 30 y No. 146-14-EP/20 de 27 de mayo de 2020, párr. 16, entre otras.

¹⁷ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1593-14-EP/20 de 29 de enero de 2020, párr. 19.

¹⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-250-12.htm> (07/10/2021).

“8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.” (énfasis añadido).

Art. 326 numeral 2 de la Constitución de la Republica de Ecuador establece:

“2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario”

Así esta argumentación, valga referirnos los criterios emitidos por la Corte Constitucional de Ecuador en sus líneas jurisprudenciales, sobre el contenido y alcance del Art. 11 numeral 8 de la Constitución:

Sentencia No. 037-16-SIN-CC (Caso No. 0054-11-IN):

“...si un derecho constitucional, al momento de su reconocimiento o desarrollo, alcanzó determinado nivel de protección, dicho nivel, no puede ser menoscabado a partir de una regulación normativa.”¹⁹

Sentencia No. 002-18-SIN-CC (Caso No. 0029-15-IN y acumulados):

“también ha indicado que el ejercicio de derechos constitucionales no puede ser disminuido o no puede efectuarse un retroceso sino es en virtud de una razón plenamente justificada en la Constitución o si se ha justificado en la consecución de otro derecho constitucional o se hayan descartado las demás opciones de optimización de recursos”²⁰

3.- Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa.

La incompatibilidad del Art.82 de la Constitución de la Republica de Ecuador, cuyo fundamento es el respeto a la Constitución, y la a existencia de normas previas y claras con el inciso innumerado a continuación del numeral 5 del Art. 90 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, el cual reduce el nivel de protección de los DOS LLAMAMIENTOS, para obtener el ascenso, al excluir de las dos oportunidades al personal que incurra en la inhabilidad de idoneidad física, se la deduce de los fundamentos siguientes:

Ha sido el criterio de la Corte Constitucional, que, para que la seguridad jurídica se vea lesionada o vulnerada por una norma infra constitucional, esta debe lesionar un precepto constitucional distinto al de la seguridad jurídica; en ese sentido, se sostiene que la norma legal demandada, contraviene el principio que prohíbe la regresión en desarrollo del contenido de los derechos del Art. 11 numeral 8 y la intangibilidad de los derechos laborales del Art. 326 numeral 2 de la Constitución; esto a consecuencia directa, como se ha mencionado que se ha reducido el nivel protección y estabilidad laboral que se

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 037-16-SIN-CC (Caso No. 0054-11-IN) de 15 de junio de 2016. Págs. 13 y 14.

²⁰ Cfr. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 002-18-SIN-CC (Caso No. 0029-15-IN y acumulados) de 21 de marzo de 2018. Pág. 73.

otorgaba con los dos llamamientos, puesto que con la norma de nueva Ley Orgánica de Personal, ya no se otorga un segundo llamamiento, al personal que incurra en la inhabilidad del Art. 89 numeral 1: “1. *Tener una nota de pruebas físicas menor a 17/20 puntos que resulte del promedio de los dos últimos semestres, antes del llamamiento al curso;*”, hecho que si sucedía con las normas anteriores, como es el Reglamento de Educación de la Fuerza Terrestre. De ahí que, al haberse menoscabado el contenido de los DOS LLAMAMIENTOS, resulta una norma regresiva y por ello el resultado lógico es que se haya afectado la seguridad jurídica.

Se debe considerar que desde el año 2004, bajo la vigencia del Reglamento de Educación de la Fuerza Terrestre, se ha consolidado en el tiempo de manera estable, los dos llamamientos, sin importar el requisito que se haya incumplido; sin embargo, con la nueva Ley, se ha excluido de esta segunda oportunidad a quien se haya incurrido en la inhabilidad de idoneidad física.

D.- Inconstitucionalidad del Art. 119 numeral 10 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas:

1.- Detalle de las normas acusadas como inconstitucionales.

“Artículo 119.- **Causas para la baja.** El personal militar será dado de baja por una de las siguientes causas: (...) 10. *Por ser colocada o colocado por segunda ocasión a disposición, sin funciones.*”

Para entender el contenido de la norma que se acusa de inconstitucional, se debe tener en cuenta lo que es la situación “A DISPOSICIÓN²¹”, y principalmente porque causas se coloca al militar en esta situación; en ese sentido tenemos que el militar es colocado a disposición, según el Art. 113 numeral 1, por la siguiente razón:

“Artículo 113.- **Causales para ser colocado a disposición.** El personal militar será colocado en situación de a disposición por el Consejo Regulador de la Situación Profesional del Personal de Fuerzas Armadas, en los siguientes casos: 1. **Por enfermedad que le imposibilite el ejercicio de sus funciones por un tiempo mayor a sesenta días contados a partir del alta hospitalaria.** Podrá permanecer en esta condición hasta por un año si la enfermedad hubiere sido adquirida en actos de servicio o a consecuencia de ellos o hasta por seis meses si la enfermedad fue adquirida en otras circunstancias. Si en el transcurso de esta situación, la o el militar restableciere de su salud, de manera que pueda ejercer idóneamente sus funciones específicas, volverá al servicio activo, dejándose insubsistente tal situación.”

²¹ Cfr .Ley Orgánica de Personal y disciplina y delas Fuerzas Armadas: “Artículo 112.- **A disposición.** El personal militar será puesto a disposición cuando incurra en una de las causales establecidas en esta Ley. Esta condición será de carácter transitorio y, mientras permanezca en ella el personal militar no tendrá cargo o función, no será excluido del escalafón y estará a órdenes del Ministro de Defensa Nacional para el caso de oficiales generales o sus equivalentes; y, para las demás jerarquías del personal militar a órdenes del Comandante General de Fuerza. Dicha situación no significa que esté vacante una plaza orgánica.”

Es decir que, con la norma demandada de inconstitucional, el militar no podrá adquirir una enfermedad que le imposibilite el ejercicio de sus funciones por 60 días, mas de una vez, porque si por segunda vez se enferma y es colocado a disposición procederá la baja directa.

2.- Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas con especificación de su contenido y alcance.

a. El principio y derecho a la igualdad de los Art. 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Constitución de la Republica de Ecuador:

La Constitución de la Republica de Ecuador, conceptualiza y define el contenido, tanto del principio como del derecho a la igualdad:

*“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios (...) 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; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.” (énfasis añadido).*

*“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...)4. Derecho a **la igualdad formal**, igualdad material y no discriminación..(...)” (énfasis añadido).*

La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 24 establece lo que contiene el derecho a la igualdad en el sistema interamericano:

“Art. 24.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”;

Lo propio lo hace el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su Art. 26:

“Artículo 26 Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Sobre el contenido y alcance del derecho a la igualdad se lo ha realizado supra, sin embargo, en este apartado se precisa sobre las pautas para detectar un hecho de discriminación, en este caso sobre la categoría sospechosa del estado de salud.

Corte Constitucional del Ecuador:

Sentencia No. 48-16-IN/21. Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez:

*“15. La Corte Constitucional ha establecido que, para verificar si existe una violación al derecho a la igualdad y no discriminación, debe realizarse un examen a partir de los elementos establecidos en el artículo 11.2 de la CRE. Esto es, se debe establecer **(1) la comparabilidad o los grupos comparables de sujetos o titulares de derechos, (2) la categoría diferenciadora o protegida y (3) la verificación del resultado de la diferencia**⁵. De tal modo que, la diferencia será justificada cuando es objetiva y razonable, y es discriminatoria, cuando anula o disminuye el contenido de los derechos sin contar con proporcionalidad.” (Énfasis añadido).*

*“24. Por lo expuesto, en aplicación del artículo 3.2 de la LOGJCC12, corresponde realizar un test de proporcionalidad para dilucidar si las disposiciones de las normas impugnadas se tratan de una distinción legítima del derecho o si, por el contrario, se trata de una restricción injustificada del mismo. Para ello, se verifica si la regulación bajo análisis: **(i) persiga un fin constitucionalmente válido; y, (ii) sea (1) idónea, (2) necesaria y (3) proporcional con relación a dicho fin**”*

b. Derecho al trabajo del Art. 33 en concordancia con el derecho a la reincorporación laboral después de una enfermedad previsto en el Art. 326 numeral 6, de la Constitución de la Republica de Ecuador:

*“Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. **El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad,** una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.”*

*“Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...) **6. Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley.**” (énfasis añadido).*

Corte constitucional de Ecuador:

Caso 0526-13-EP:

“Del análisis del patrón fáctico se evidencia la relación del derecho al trabajo en conexidad del derecho a la salud, pues, al alegar el accionante haber sido separado de su lugar de trabajo y padecer enfermedades profesionales, causadas de manera directa

por las labores realizadas en los años de trabajo para EP Petroecuador, es necesario analizar también el contenido de este derecho.”

*“Y en un segundo momento, como se puede observar del expediente al señor Cesar Nogales se lo calificó como portador de una enfermedad profesional "insuficiencia renal" por parte de la propia empresa empleadora, no obstante de lo cual y pese al informe señalado previamente **no se procedió a su reincorporación laboral**, lo cual denota que la empresa empleadora conociendo la situación del accionante en cuanto a su enfermedad no procedió a su reincorporación, vulnerando los derechos de este grupo de atención prioritaria. En consecuencia, del análisis realizado por la Corte Constitucional se observa una vulneración a los derechos del buen vivir, salud y trabajo del accionante, lo cual le ha generado sistemáticamente una afectación al derecho a una vida digna.”*

3.- Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa.

Argumento N° 1. Incompatibilidad del Art. 119 numeral 10 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, frente al Art. 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Constitución de la Republica de Ecuador, que establece el derecho a la igualdad formal material, y no discriminación:

Iniciamos desde un hecho concreto, la norma demandada supone destituir (dar de baja) a una persona por haber sido colocada por segunda ocasión en la situación jurídica de “A DISPOSICIÓN”, esto es a causa de su “ESTADO DE SALUD”, situación que se encuentra dentro de las categorías sospechosas de discriminación.

Al realizar el examen que ha determinado la Corte Constitucional en su jurisprudencia, en primera instancia existe la **COMPARABILIDAD**, pues en efecto la norma acusada de inconstitucional está destinada al personal militar de las Fuerzas Armadas. En segundo lugar, existe la **CATEGORÍA DIFERENCIADORA** o protegida que es el “ESTADO DE SALUD”, pues en efecto la norma que genera la distinción, pretende dar de baja al personal militar, por haber sido colocado en situación de a disposición por segunda ocasión, esto se da a causa de una enfermedad que le imposibilite el ejercicio de sus funciones por más de 60 días. En tercer lugar, sobre la **VERIFICACIÓN DEL RESULTADO**, es evidente, pues el personal militar que no se ha enfermado y por ende no ha sido colocado a disposición, no es dado de baja, y el personal militar que ha adquirido una enfermedad por segunda ocasión y es colocado a disposición es dado de baja inmediatamente, por ello que hay un resultado muy gravoso que es la pérdida de trabajo.

Sobre el test de proporcionalidad, se hace el siguiente análisis:

(i) persiga un fin constitucionalmente válido;

Dar de baja a una persona, por el hecho de haberse enfermado por segunda ocasión, por mas que intentemos ponernos en el lugar del legislador y entender cual es el fin que persigue, definitivamente no se lo encuentra, pues una cosa es buscar el interés general y un buen servicio público, en favor de la ciudadanía y otra muy diferente es, privar del derecho al trabajo a un servidor publico por un hecho que esta fuera de su voluntad,

porque el servidor publico no elige enfermarse, o quizá tener un accidente, estos con hechos ajenos a la voluntad humana, por ello que la sanción implícita de destitución no persigue fin alguno, que sea constitucionalmente valido.

y, (ii) sea (1) idónea, (2) necesaria y (3) proporcional con relación a dicho fin

La medida legal normativa no es **idónea**, porque lo constitucionalmente exigido es que si el servidor publico se restablece en su salud, debe ser reincorporado a sus funciones y aun cuando no se reestableciere en su salud, se le puede asignar funciones, acorde a sus capacidades; siendo la última opción la destitución, cuando definitivamente no pudiere desempeñar ninguna de las funciones operativas y administrativas en la institución, y con la debida seguridad social.

La medida no es **necesaria**, en el sentido que, si el fin fuere el buen servicio público, o el cumplimiento de la misión constitucional, este puede ser alcanzado por otros medios, que resulten menos lesivos para los derechos del servidor público militar.

La medida no es **proporcional**, porque si el fin fuere el cumplimiento de la misión constitucional, o para dar un buen servicio a la ciudadanía, el daño causado resulta desproporcionado, por demás grave para los derechos del militar, imponiendo la sanción implícita de baja, por el solo hecho de haberse enfermado por segunda ocasión; por ello que el posible fin que buscaba el legislador, no justifica la medida adoptada.

Por esta razón que se considera que esta discriminación también incide en el derecho al trabajo y el derecho a la salud porque parecería que el legislador nos está prohibiendo al personal de Fuerzas Armadas adquirir una enfermedad, cual si fuera un hecho producto de la voluntad de las personas como para imponer una “sanción implícita” por este hecho. Lo cual también resulta ilógico, pues por la misma misión constitucional que cumple Fuerzas Armadas, implica una alta rigurosidad física, que coloca al personal militar en una probabilidad muy alta de adquirir lesiones y sufrir accidentes, precisamente por su misión de riesgo y esto no puede motivo de sanción discriminatoria.

Argumento N° 2. Incompatibilidad del Art. 119 numeral 10 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, frente al 33 y 326 numeral 6 de la Constitución de la Republica de Ecuador, que establece el derecho al trabajo y el derecho a ser reintegrado una vez rehabilitado de una enfermedad:

Primeramente, se debe entender que la norma demandada, prevé que el militar que ha sido puesto por segunda ocasión en situación de A DISPOSICIÓN, sea dado de baja de manera directa, es decir que al legislador no le importa si esta persona se ha rehabilitado o no, simplemente por el solo hecho de haber sido puesto en esta situación por segunda vez, deba ser separado de las filas militares. Por ello que esta norma legal es incompatible con el contenido de la norma constitucional que impone una obligación o mandato al empleador de respetar el derecho laboral de poder reintegrarse a sus funciones una vez rehabilitado de una enfermedad.

De la misma manera la norma no observa distinciones si la enfermedad fue profesional, o en actos del servicio, simplemente ordena la baja, destitución que, por fundarse en una categoría sospechosa de discriminación, inequívocamente nos conduce a una violación flagrante al derecho al trabajo, derecho que se correlaciona con el derecho a la salud, pues lo que la norma pretende es sancionar o gravar el estado de salud.

E.- Inconstitucionalidad del Art. 200 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas:

1.- Detalle de las normas acusadas como inconstitucionales.

“Artículo 200.- Separación del servicio activo. Es la sanción disciplinaria que impone el Tribunal de Disciplina al personal militar que haya incurrido en una falta atentatoria y que consiste en la separación de la o el militar de las Fuerzas Armadas permanentes, a través de la baja.”

Para efectos de ir encaminando la argumentación posterior, se debe considerar en este punto, que el derogado Reglamento de Disciplina Militar, establecía CUATRO SANCIONES²² diferentes y graduales a ser aplicadas para las **FALTAS ATENTATORIAS**, ahora únicamente existe una sanción, que es la separación del servicio activo, es decir no hay lugar a consideración alguna sobre las circunstancias de la infracción.

2.- Las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas con especificación de su contenido y alcance.

a. Garantía y derecho constitucional de proporcionalidad:

Constitución de la Republica de Ecuador:

“Art. 76.-En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”

Para entender lo que este derecho y garantía de proporcionalidad contiene, nos remitimos a la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

Sentencia No. 11-20-CN/21

“23. La Corte ha establecido que “al configurar las normas en el ámbito penal, corresponde al legislador aplicar los criterios de proporcionalidad y racionalidad dado que estos permiten evaluar si la ley penal guarda armonía con la protección y garantía de los derechos constitucionales.”¹³ También ha señalado que “el principio de

²² Cfr. Reglamento de Disciplina Militar: “Art. 70.- Si la falta juzgada fuere de las tipificadas como Atentatorias en este Reglamento se aplicará una de las siguientes sanciones: a. Arresto de rigor de SEIS a DIEZ días; b. Arresto de rigor en otro reparto de UNO a CINCO días; c. Suspensión de funciones de DIEZ a TREINTA días; y, d. Separación del servicio activo “por convenir al buen servicio.”

proporcionalidad constituye una de las garantías del debido proceso que actúa como un límite al poder punitivo, tanto al momento de configuración normativa de las distintas infracciones y sanciones, como en el de su aplicación durante el ejercicio concreto de la potestad sancionadora. En tal sentido, la proporcionalidad exige que exista una adecuada correspondencia entre la sanción 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.”

*“31. El principio de proporcionalidad no se restringe a la relación entre infracción y pena. **La proporcionalidad se aplica a todas las consecuencias que se derivan de la imposición de una pena, tales como en la apreciación de circunstancias que pueden modificar la pena (atenuantes o agravantes;** por ejemplo, la atenuante de reparación en favor de la víctima, si es voluntaria, sería desproporcional si se exige una indemnización imposible de pagar de acuerdo con las condiciones económicas de la persona responsable de la infracción), la ejecución de la pena (lugar y modo de cumplir la pena; no tendría sentido, por ejemplo, por una infracción de tránsito ubicar a la persona condenada a privación de libertad en un lugar de máxima seguridad), y así también la prescripción de la pena”*

b.- Principio de no regresión en el desarrollo del contenido de los derechos.

Constitución de la Republica de Ecuador:

“Art. 11 (...) numeral 8. *El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.”.*

Sobre el contenido y desarrollo jurisprudencial de este principio, consta supra, por ello que, a efectos de no ser repetitivo, no se vuelve a citar, allanándome a los criterios antes establecidos sobre este principio constitucional.

3.- Argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa.

El Reglamento de Disciplina Militar, que resulta derogado con la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, como sanciones a las faltas atentatorias preveía las siguientes sanciones:

*“Art. 70.- Si la falta juzgada fuere de las tipificadas como Atentatorias en este Reglamento se aplicará una de las siguientes sanciones: **a. Arresto de rigor de SEIS a DIEZ días; b. Arresto de rigor en otro reparto de UNO a CINCO días; c. Suspensión de funciones de DIEZ a TREINTA días; y, d. Separación del servicio activo "por convenir al buen servicio"**”*

Es decir que, existían tres sanciones alternativas a la sanción de destitución, con la cual se podía graduar según las circunstancias de la infracción, por ello que, al haberse establecido una sola sanción y la más severa, se rompe el principio de proporcionalidad y el principio de no regresión, lo cual afecta gravemente el nivel de protección de la estabilidad laboral del personal militar, que ha sido adquirido de manera estable en el tiempo por medio de sus normas específicas²³.

Argumento N° 1: Incompatibilidad del Art. 200 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, frente al Art. 76 numeral 6 de la Constitución de la Republica de Ecuador, que establece el derecho y garantía procesal de proporcionalidad:

En toda norma que establece sanciones o penas, estas deben estar graduadas según su gravedad y circunstancias, en ese sentido no hay PROPORCIONALIDAD, cuando un acto se sanciona con la única y misma pena que es la destitución (separación del servicio activo), sin importar que ese acto se encuentre inmerso en circunstancias atenuantes; dentro del contenido de la jurisprudencia que se ha citado, claramente se ha manifestado que: **“La proporcionalidad se aplica a todas las consecuencias que se derivan de la imposición de una pena, tales como en la apreciación de circunstancias que pueden modificar la pena (atenuantes o agravantes)”**; es así que, cuando el legislador ha restringido la pena o sanción administrativa por faltas atentatorias a la separación del servicio activo o baja, sin atender circunstancia alguna, viola la garantía de proporcionalidad, pues se sancionaría de la misma manera, una falta atentatoria con una o más agravantes, con otra falta atentatoria con una o mas atenuantes.

Dentro de la disciplina militar se valoran atenuantes trascendentales, siendo una de ellas la aceptación del hecho disciplinable, aquello tiene un alto valor asociado a los principios institucionales bajo los cuales se conduce Fuerzas Armadas; podría ser también, que dicha falta sea la primera que comete el militar en toda su carrera profesional lo cual es una circunstancia atenuante y sin embargo la sanción no puede ser otra que la baja.

En esa misma línea de análisis, la proporcionalidad debe analizarse a más del enfoque de las circunstancias de la infracción administrativa tratada supra; también desde el enfoque de la peculiaridad de la profesión militar; el suscrito siempre se ha pronunciado en los

²³ Cfr. Constitución de la República de Ecuador: “Art. 160.-(...) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional estarán sujetos a las **leyes específicas** que regulen sus derechos y obligaciones, y su sistema de ascensos y promociones con base en méritos y con criterios de equidad de género. **Se garantizará su estabilidad** y profesionalización.”

debates constitucionales, que la carrera militar no está en igualdad de otras profesiones y por ello debe ser tratada de manera diferente y precisamente eso de adecua a la proporcionalidad, porque aplicar la baja a un militar tiene una gravedad muy severa, dado que el militar cuando es destituido, pierde su medio de subsistencia y también pierde su profesión, porque el título de militar, tecnólogo o licenciado en ciencias militares, en la práctica, la profesión militar esta atada a la institución militar, es decir que, fuera de la institución no existe quien demande los servicios profesionales en esta rama o por lo menos de nada sirve el titulo en ciencias militares. Por ello que, atendiendo estas particularidades de la carrera militar, en el reglamento de disciplina derogado, se establecía cuatro sanciones diferentes, para graduar la pena respecto del hecho disciplinable y sus circunstancias.

Argumento N° 2: Incompatibilidad del Art. 200 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas, frente al Art. 11 numeral 8 de la Constitución de la Republica de Ecuador, que establece el principio de no regresión:

Para realizar este análisis, acudimos a una de las líneas jurisprudenciales mejor consolidada, respecto de a no regresión. Es así que, la Corte Constitucional en Sentencia No. 037-16-SIN-CC (Caso No. 0054-11-IN):

“...si un derecho constitucional, al momento de su reconocimiento o desarrollo, alcanzó determinado nivel de protección, dicho nivel, no puede ser menoscabado a partir de una regulación normativa.”

En ese sentido, esta claro que, el derecho al trabajo y la estabilidad laboral del personal militar, tenia de manera estable un nivel de protección por medio del establecimiento de varias sanciones administrativas, que según las circunstancias de infracción podían ser aplicables al caso concreto; esta estabilidad se ve menoscaba de manera injustificada, cuando el legislador elimina las posibles sanciones aplicables menos rigurosas, dejando únicamente la sanción de separación del servicio activo, baja o destitución, lo cual sin lugar a dudas es un retroceso que limita y anula el desarrollo alcanzado en el derecho a la estabilidad laboral del personal de Fuerzas Armadas.

La norma regresiva, resulta injustificada y como se lo ha dicho desproporcionada; el legislador carente de todo criterio técnico, eleva a categoría de Ley, las copias textuales del catalogo disciplinario de la institución militar, previsto en el derogado reglamento de disciplina, pero endurece las sanciones, de tal manera que toca esa parte intangible de los derechos laborales, es decir su estabilidad laboral, al eliminar las demás sanciones que implicaban privación de la libertad como sustitutivo a la destitución.

Esta medida regresiva no se justifica, pues en efecto este cambio severo en la aplicación de sanciones, fue adoptado sin ningún criterio técnico científico, para depurar las instituciones de seguridad, motivado por el clima de corrupción y bochornosos hechos en que lamentablemente también se han visto inmersas las Fuerzas Armadas; sin embargo es un craso error, poner en comparación hechos contrarios a la disciplina con hechos de corrupción asociados a ciertos delitos, que se quiere decir, que no se puede atacar a la corrupción de las instituciones desde la vía disciplinaria, es algo por demás absurdo, pues son hechos distintos.

La inseguridad e inestabilidad laboral, que genera el severo cambio normativo no va a generar en las Fuerzas Armadas ningún efecto positivo, de hecho la corrupción a la que se pretende atacar, se la asocia precisamente a los cargos temporales, a los libre remoción, donde no existe estabilidad laboral, en esa misma situación de precariedad, en la práctica se está colocando a los servidores militares; por el contrario las Fuerzas Armadas como institución se fortalecen reforzando su estabilidad laboral, no precarizándola; el servidor público militar, debe tener la confianza de contar con su profesión la cual será arrebatada únicamente por causas verdaderamente graves; por esta razón se concluye que la medida regresiva no se encuentra justificada.

IV.-

La solicitud de suspensión provisional de las disposiciones demandadas debidamente sustentada.

La ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional en su Art. 27 establece:

*“Art. 27.- Requisitos.- Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona **que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.** Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños **irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.** No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos.”*

Por su parte el Art. 79 numeral 6 ibidem establece:

*“Art. 79.- Contenido de la demanda de inconstitucionalidad. - La demanda de inconstitucionalidad contendrá: (...) 6. **La solicitud de suspensión provisional de la disposición demandada debidamente sustentada, cuando a ello hubiere lugar; sin perjuicio de la adopción de otras medidas cautelares conforme la Constitución y esta Ley.**”*

Del contenido de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares constitucionales, que la Corte Constitucional toma de referente para resolver el otorgamiento de la medida cautelar de suspensión provisional de las normas demandadas de inconstitucionales, se tiene tres parámetros importantes a desarrollar: **1.- La amenaza inminente de violar un derecho. 2.- La amenaza grave de violar un derecho. 3.- O la violación de un derecho.**

1. Sobre la amenaza inminente de violación de un derecho.

Referente a este punto, se considera elemental, que se **suspenda la aplicación de los Art. 89 numeral 6, 90 numeral 5 y 142 numerales 1 y 2**; puesto que estas normas suponen la aplicación inmediata en todos los procesos administrativos de ascenso, del personal militar de las Fuerzas Armadas:

“Artículo 89.- Inhabilidades para el llamamiento a los cursos de perfeccionamiento. Las inhabilidades para el llamamiento a los cursos de perfeccionamiento son las siguientes: (...)6. Haber superado el número de días de arresto por sanciones disciplinarias establecidas en la presente Ley.”.

“Artículo 90.- Requisitos para el nombramiento de alumnas y alumnos e ingreso a los cursos de perfeccionamiento. Los requisitos básicos para el nombramiento de alumnas y alumnos e ingreso a los cursos de perfeccionamiento son los siguientes: (...) 5. No haber superado el número de días de arresto por sanciones disciplinarias establecidas en la presente Ley.”

“Artículo 142.- Inhabilidades comunes para el ascenso. Las inhabilidades comunes para el ascenso, son las siguientes: 1. Para personal de oficiales en los grados de Subteniente hasta el ascenso a Coronel o sus equivalentes en las otras Fuerzas: Haber acumulado durante toda su carrera militar una combinación de sanciones que sea igual o mayor a cuarenta y ocho, la misma que resulte de la aplicación de la siguiente fórmula: dos multiplicado por el número de días de arresto simple (DAS) más tres multiplicado por el número de días de arresto de rigor (DAR) sea mayor o igual $\geq$ a cuarenta y ocho 48. Fórmula: $2(DAS)+3(DAR) \geq 48$. 2. Para personal de tropa en los grados de Soldado hasta el ascenso a Suboficial Primero o sus equivalentes en las otras Fuerzas: Haber acumulado durante toda su carrera militar una combinación de sanciones que sea igual o mayor a doscientos cuarenta, la misma que resulte de la aplicación de la siguiente fórmula: tres multiplicado por el número de días de arresto simple (DAS) más ocho multiplicado por el número de días de arresto de rigor (DAR) sea mayor o igual a doscientos cuarenta. Fórmula: $3(DAS)+8(DAR) \geq 240$.”

Para precisar lo que se está argumentando en la presente demanda de inconstitucionalidad, respecto de estos tres artículos, es la violación flagrante del principio de no doble juzgamiento y sanción por los mismos hechos del Art. 76 numeral 7 literal i); principio de legalidad y derecho a la seguridad jurídica del Art. 76 numeral 3 y 82; y principio y

derecho de igualdad formal y no discriminación del Art, 11 numeral 2 y 66 numeral 4, precisamente porque estas normas suponen la aplicación de una segunda consecuencia jurídica o sanción a las sanciones impuestas en la carrera militar, segunda consecuencia jurídica que se aplicara de manera retroactiva a hechos consolidados en el pasado y bajo la vigencia de otras normas, imposición de sanción sobre sanción que por ejemplo no se ha establecido en la Ley que regula a la Policía Nacional, institución comparable a las Fuerzas Armadas en su régimen disciplinario, y que por atacar el pasado disciplinario de una persona resulta inmerso en las categorías sospechosas de discriminación.

De ahí que, la INMINENCIA se la deduce del hecho de que estas normas demandadas por inconstitucionales serán aplicadas: En todos los procesos administrativos de selección para el llamamiento al curso de ascenso que se realizan todos los años y para todos los grados; en los procedimientos administrativos de nombramiento a los alumnos de los cursos de ascenso, que de igual manera se realizan todos los años y en todos los grados; y a los procedimientos de evaluación para el ascenso del personal militar en todos los años y grados; por ello que su aplicación será inmediata, constituyéndose en una amenaza inminente a los derechos constitucionales que se ha citado como contravenidos por las disposiciones legales demandadas.

2. La amenaza grave de violación de un derecho.

La misma norma legal citada, define por grave al hecho que, o por generar un daño irreparable o por su intensidad o frecuencia; en este caso la gravedad se la puede deducir como se lo ha dicho supra, de la intensidad o frecuencia en que estas normas abiertamente inconstitucionales serían aplicables, dado que prácticamente es un mismo contenido normativo aplicable a todos los procedimientos administrativos desde la selección, nombramiento y calificación para el ascenso, lo cual implica una reiterada aplicación de la norma, **que valga aclarar que es una norma que no existía en las Fuerzas Armadas y es una innovación que se pretende aplicar por primera vez, desde su vigencia el 24 de enero de 2023.**

Se hace notar que, un tema similar fue conocido por la sala de selección de la Corte Constitucional de Ecuador, donde se selecciona varios procesos bajo el Caso No. 38-22-JP y otro, donde en dicho auto de selección uno de los criterios sobre la GRAVEDAD es el siguiente:

“ 16. Además, la gravedad está dada porque, al parecer, la Corte podría estar frente a casos en los que, a pesar de que los servidores policiales fueron sancionados por la vía disciplinaria, y dichas sanciones fueron cumplidas, las entidades accionadas posiblemente pudieron haber aplicado un criterio de “doble sanción” ya que, en la mayoría de sus defensas en las acciones de protección, las entidades accionadas señalaron que la inclusión de los servidores policiales en los listados de los acuerdos ministeriales que dispusieron su baja se debió a que los accionantes se alejaron del mandato constitucional del servicio

*policial, **porque en sus años de carrera policial incurrieron en faltas disciplinarias previas, reiteradas y sancionadas con anterioridad.***” (énfasis añadido).

Sin lugar a dudas nos encontramos frente al mismo caso, precisamente porque aun cuando no es tema de esta demanda, valga inteligenciar a sus autoridades que estos procedimientos se resuelven de manera unilateral, sin que se permita a los administrados, presentar sus argumentos y pruebas antes de adoptar las resoluciones, donde prácticamente el único derecho que los administrados pueden ejercer es el de recurrir, dado que, lo único que se notifica son las resoluciones adoptadas, mas no el inicio del procedimiento para poder ejercer su constitucional derecho a la defensa.

3. Violación de un derecho.

La medida de suspensión está encaminada a vetar la aplicación de la norma que pudiere generar la violación de un derecho o varios como en la presente causa, donde se ha fundamentado de manera cierta y clara la contraposición que generan las normas demandadas con varios derechos y principios constitucionales.

Sobre este punto, para conocimiento de sus autoridades como jueces constitucionales, la norma demandada de inconstitucionalidad ya se ha aplicado a dos procedimientos:

1. Procedimiento de selección para el curso de oficiales básico de armas y servicios N° 47, periodo 2023.
2. Procedimiento administrativo de selección y nombramiento para el curso de ascenso, expediente administrativo N° 03-2023.

En estos procedimientos ya se han aplicado por primera vez, las normas demandadas de inconstitucionales, principalmente el Art. 89 numeral 6 de la L.O.P.D.FF.AA, y las otras dos normas demandadas se aplicaran conforme avance el procedimiento para el ascenso, por ello que, ya existe personal de oficiales y tropa, inhabilitados para ser llamados al curso de ascenso, y por ello, próximos a ser dados de baja bajo la figura de disponibilidad. En ese sentido, las violaciones por la aplicación de esta ley, ya se han configurado, sin embargo, los efectos más graves serán la destitución o baja, por ello que en una verdadera necesidad que estas normas sean suspendidas en su ejecución, mientras se resuelve el fondo y sus autoridades se pronuncien ya sea declarando su inconstitucionalidad o la interpretación conforme.

Adicional, todos los años se llevan los procedimientos de ascenso²⁴, en el mes de agosto (Fuerza Terrestre), octubre (Fuerza Naval) y diciembre (Fuerza Aérea), esto implica que, el personal que se encuentre inmerso en la inhabilidad del Art. 142 numerales 1 y 2 de las Ley demandada, en las fechas señaladas, el presente año serán dados de baja de manera inmediata, precisamente por el antecedente disciplinario.

V.-

Notificaciones.

Notificaciones que me corresponda, se recibirán a los correos electrónicos: jggarciao8719@gmail.com y jurisglex@gmail.com; del suscrito demandante, quien comparece por sus propios derechos.

VI.-

Anexos:

1. Copia de la cedula de ciudadanía.
2. Copia de la credencial profesional.

El legitimado activo;

Garcia Ortiz Jorge
Matt.: 18-2019-36 (F.A.C.J)
CC.: 070472456-6

²⁴ Cfr. Ley Orgánica de la Defensa Nacional: “Artículo 127.- Fechas de ascenso. Los ascensos se otorgarán grado por grado, a los militares que hubieren cumplido con todos los requisitos contemplados en la presente Ley, respetándose el orden de las listas de selección elaboradas por los respectivos consejos reguladores de la situación profesional del personal de las Fuerzas Armadas y se realizarán anualmente, a partir de las fechas de graduación, tanto para los oficiales como para la tropa. Las fechas de ascenso serán: a. Fuerza Terrestre: **10 de agosto.** b. Fuerza Aérea: **27 de octubre.** c. Fuerza Naval: **20 de diciembre**”