



*Inconstitucionalidad de los arrestos disciplinarios del Reglamento Sustitutivo al
Reglamento de Disciplina Militar de las Fuerzas Armadas*

*Unconstitutionality of the disciplinary arrests of the Replacement Regulation to
the Military Discipline Regulation of the Armed Forces*

*Inconstitucionalidade das prisões disciplinares do Regulamento Substituto ao
Regulamento da Disciplina Militar das Forças Armadas*

Juan Carlos Parrales-Chalen ¹
jc-pchalen@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-2383-1785>

Correspondencia: jc-pchalen@hotmail.com

Ciencias Técnicas y Aplicadas
Artículo de Investigación

***Recibido:** 01 de octubre de 2021 ***Aceptado:** 20 Noviembre de 2021 *** Publicado:** 30 de Diciembre de 2021

I. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Universidad de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador.

Resumen

El presente trabajo se basó en el análisis, crítica y propuesta de un proyecto de reforma a los arrestos disciplinarios contemplados en el Título IV del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar de las Fuerzas Armadas (R.S.R.D.M), que contravienen la supremacía constitucional y jerarquía normativa al privar de la libertad a los imputados sin su debida comparecencia frente a la justicia ordinaria, vulnerando así los derechos de libertad, igualdad, principio de proporcionalidad, favorabilidad y garantía del debido proceso. Se realizó un estudio bibliográfico, inductivo-deductivo, basado en la comparación de las Teorías de Contenido esencial y la Teoría de Principios, además de un análisis normativo que evidencia la inconstitucionalidad de los arrestos disciplinarios contemplados en el documento antes citado al violar los art. 66.29.c de la Constitución de Montecristi de 2008 y el Art. 10 del Código Orgánico Integral Penal que rige desde 2014 como brazo del Ius puniendi; Lo que devela una falencia y estancamiento en la progresividad de las normativas especiales de las Fuerzas Armadas de cara al garantismo propugnado en el Ecuador, puesto que otros organismos de orden interino como la Policía Nacional ya han hecho hincapié en esta materia y una corrección a su articulado sancionador.

Palabras Clave: Debido proceso; Derechos de libertad; Progresividad normativa; Garantismo penal; Arrestos disciplinarios.

Abstract

The present work was based on the analysis, criticism and proposal of a reform project to the disciplinary arrests contemplated in Title IV of the Substitute Regulation to the Military Discipline Regulation of the Armed Forces, which contravene the constitutional supremacy and normative hierarchy to the private liberty of the accused without their debt, appearance before the ordinary justice, thus violating the rights of liberty, equality, principle of proportionality, favorability and guarantee of due process. Starting from a bibliographic, inductive-deductive study, based on the comparison of the Essential Content Theories and the Theory of Principles, in addition to a normative analysis that shows the unconstitutionality of the disciplinary arrests contemplated in the aforementioned document when violating art. 66.29.c of the Montecristi Constitution of 2008 and art. 10 of the Comprehensive Organic Criminal Code that has been in force since 2014 as the arm of the Ius puniendi; This reveals a shortcoming and stagnation in the

progressivity of the special regulations of the Armed Forces in the face of the guarantee advocated in Ecuador, since other interim organizations such as the National Police have already emphasized this matter and a correction to their articulated sanction.

Key Words: Due process; Rights of liberty; Regulatory progressivity; Criminal guarantee; Disciplinary arrests

Resumo

O presente trabalho baseou-se na análise, crítica e proposta de um projeto de reforma das detenções disciplinares previstas no Título IV do Regulamento Substituto ao Regulamento da Disciplina Militar das Forças Armadas (RSRDM), que contraria a supremacia constitucional e a hierarquia normativa privando o arguido da liberdade sem o devido comparecimento perante a justiça ordinária, violando assim os direitos de liberdade, igualdade, princípio da proporcionalidade, favorabilidade e garantia do devido processo. Realizou-se um estudo bibliográfico indutivo-dedutivo, com base no confronto das teorias do conteúdo essencial e da teoria dos princípios, além de uma análise normativa que evidencia a inconstitucionalidade das prisões disciplinares contempladas no referido documento por violação do art. 66.29.c da Constituição de Montecristi de 2008 e do artigo 10 do Código Penal Orgânico Integral que está em vigor desde 2014 como um braço do *Ius puniendi*; O que revela uma falha e estagnação na progressividade dos regulamentos especiais das Forças Armadas em face das garantias defendidas no Equador, uma vez que outros órgãos interinos de aplicação da lei, como a Polícia Nacional, já enfatizaram este assunto e uma correção às suas sanções articuladas .

Palavras-chave: Processo devido; Direitos de liberdade; Progressão regulatória; Garantias criminais; Prisões disciplinares.

Introducción

Los cambios de paradigma estatal y el apareamiento de modelos institucionales fruto del dinamismo de las Ciencias Sociales, han hecho de la cohesión jurisdiccional en Ecuador una tarea compleja, lo que aunado a la lenta actualización normativa, ha producido una falta de congruencia de la normativa especial frente a la general, suponiendo un serio problema entre las reglas, valores y principios jurídicos y con ello la generación de lagunas axiológicas (Atienza &

Ruiz, 1996), más aún, teniendo en cuenta la existencia de reglas que, a pesar de ser teóricamente legales resultan ilegítimas e inconstitucionales al no adecuarse a la jerarquía normativa ni a los principios del Derecho.

La **problemática** del presente trabajo se basa en el caso de los arrestos disciplinarios en sede militar contemplados en el Título IV, art. 62, del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar de las Fuerzas Armadas Reglamento frente a los derechos de Libertad e igualdad, principios de proporcionalidad, favorabilidad y Garantía al debido proceso de la Justicia Ordinaria reconocidos en la Constitución de Montecristi¹ de 2008, lo que implica una flagrante vulneración no solo a los derechos y principios mencionados, sino también a la prohibición constitucional y penal de privar de la libertad a un individuo en una sede no establecida para dichos efectos como prescribe el Código Orgánico Integral Penal² vigente desde 2014 en su art. 10, contraviniendo de este modo la supremacía y jerarquía constitucional declaradas en los arts. 424, 425, 426 de la CRE.

Con base a lo antes dicho este trabajo tiene como objetivo analizar la inconstitucionalidad de los arrestos disciplinarios a través de la evaluación normativa, teórica y jurisprudencial de la Jurisdicción ordinaria frente a la extinta jurisdicción castrense en causas disciplinarias en Ecuador, con el fin de desarrollar una propuesta congruente, legítima y adecuada al orden y progresividad constitucional. De ello nace su justificación e importancia, que radica en la necesidad de adecuar integralmente el ejercicio de la justicia ecuatoriana al nuevo paradigma nacional basado en la constitucionalización de la Administración de Justicia bajo el control de la Función Judicial, demostrando con ello el monopolio de Justicia que maneja el Estado como garante de derechos y evitando la continuidad de medidas como las ¹sanciones administrativas privativas de libertad, que no son ni teórica ni prácticamente procedentes.

Para lograr las metas trazadas, la metodología empleará un diseño no experimental transversal, de nivel descriptivo y enfoque cualitativo que se basa en la indagación bibliográfica y en el método analítico, lo que resulta útil para no solo documentar los aspectos dogmáticos, teóricos y casuísticos pertinentes, sino también para develar la inconstitucionalidad de los arrestos en régimen militar por sanciones leves, graves y atentatorias frente a los Derechos Humanos y

¹ 1 En Adelante CRE (Constitución de la República del Ecuador) o Constitución de Montecristi

² En Adelante COIP

Principios procesales, considerando para dicho efecto las variables “Administración de Justicia” y “Arrestos disciplinarios” en conjunto con sus subvariables.

Dentro de un aspecto organizativo, esta investigación se estructura de cuatro secciones diferenciadas; La primera sección se dedica a presentar un marco referencial o Antecedentes legales de la temática aplicada al Ecuador; La segunda sección explica de forma teórico-dogmática las variables y sub-variables del estudio; La tercera sección detalla la metodología, la cuarta se basa en la relación de los postulados y teorías propuestas y su interrelación con la normativa vigente entorno a los derechos humanos del contingente militar ecuatoriano, revelando así el análisis de inconstitucionalidad de la norma sancionada; La quinta explica los progresos de otras investigaciones en la materia, mientras que las últimas secciones indican los resultados, aportes analíticos, una propuesta consistente a la norma nacional y conclusiones.

Antecedente teórico-legal

Previo a la promulgación de la Constitución de 2008 Ecuador giraba en torno a dos Jurisdicciones: la Ordinaria, aún vigente a los presentes días y la Penal Militar que enaltecía los valores disciplinarios de la institución militar, y que ha quedado en desuso fruto de la nueva institucionalidad que propone el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que otorga la competencia jurisdiccional a la Función Judicial, es decir a los tribunales de jurisdicción ordinaria en la aplicación de sanciones privativas de libertad (Cevallos, 2017).

A raíz de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal en 2014 y de la Constitucionalización de la Administración de Justicia en el Ecuador se ha generado una ruptura con el antiguo sistema sancionador castrense o de jurisdicción militar, esto sin obviar o deslegitimar la independencia de la que goza la institución militar, lo que a su vez ha propiciado un debate entre reglas y principios al que se han suscrito juristas de gran relevancia como Atienza (1991) o García Amado, y con ello la identificación de “lagunas axiológicas”.

Esta última apreciación se evidencia en la contradicción existente entre el art. 62 del Reglamento citado, que establece a la privación de la libertad como una medida derivada del procedimiento disciplinario administrativo, frente al art. 10 del Código Orgánico Integral Penal que expresa taxativamente “la prohibición de cualquier forma de privación de libertad en instalaciones o lugares no autorizados legalmente, así como toda forma de arresto, coerción o privación de la libertad derivada de procedimiento disciplinario administrativo” (Asamblea

Nacional, 2014, pág. 7) y el art. 66.29.c de la Constitución de la República que indica “ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias” (Asamblea Nacional, 2008, pág. 31), denotando así la ruptura de la supremacía y jerarquía constitucional.

En función de lo planteado, en el año 2014 se solicita el criterio jurídico del Ministerio del Interior y el Ministerio de Defensa, con el fin de que no se transgredan valores constitucionales y que se flexibilice el sistema normativo en función a los principios normativos, lo que dio como resultado dos posturas contrarias que motivan este estudio: El Acuerdo Ministerial No. 4766 del 18 de septiembre de 2014 signado por el Dr. José Serrano, en ese entonces Ministro de Interior, que establece en su primer artículo “eliminar el arresto como sanción disciplinaria, en todo el texto y articulado del Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional del Ecuador” (Ministerio del Interior, 2014) y el Oficio MDN-VCM-2014- 0486-OF del 29 de Julio de 2014 dispuesto por el Ministerio de Defensa que indica “La vigencia y aplicación del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar, sin perjuicio de la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal [...]” (Ministerio de Defensa, 2014)

A este respecto cabe agregar: a) la Ley de Personal de Fuerzas Armadas (2016) creada en 1991 en el seno del Congreso Nacional y alude a las sanciones administrativas en sede militar producidas por acciones u omisiones en servicio o en ocasión del mismo, referenciando a los artículos 3 y 88 de la Constitución respecto a los deberes de Estado y las acciones de protección por amparo directo de los derechos humano; b) los proyectos de Ley presentados en 2012 y 2019, c) la antigua relación de las sanciones disciplinarias con el art. 11 del derogado Código Penal (CP) que establecía que nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la Ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión” (Comisión Jurídica , 1971).

Revisión de Literatura

Constitucionalización de la Justicia sancionadora: Justicia Ordinaria

Erigir un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y constitucionalizar el ordenamiento jurídico se aleja de la mera promulgación legislativa, para relacionarse también a la práctica jurídica en donde se declaran las condiciones de constitucionalización de Guastini R., (2001) manifestadas a través de: a) la fuerza vinculante de la norma suprema, b) la aplicación directa de

las normas, c) su interpretación y sobre interpretación de acuerdo a las leyes, y d) su influencia irresoluta sobre el ordenamiento nacional (Canaviri, 2014) que parten del desarrollo del constitucionalismo moderno y neo constitucionalismo, suponiendo una superación al positivismo jurídico en función de: la defensa del individuo, la limitación del poder político y la relación entre el derecho y la moral (Comanducci, 2002).

De aquí, que el nuevo paradigma estatal suponga una prelación del individuo como sujeto de derechos sobre el monopolio de la fuerza estatal, con lo que en pro de la seguridad jurídica se atestan tanto el acceso a la Justicia como la tutela judicial efectiva (Zambrano S. , 2016), sumado a una serie de derechos y garantías exigibles a través de la Justicia Ordinaria que opera en función del garantismo jurídico y de los deberes del Estado alineados a dicha tendencia, razón por la que todos los ciudadanos se deben a la misma como medio para ventilar las causas entre individuos y las que tengan frente al Estado, lo que se enturbia en el régimen disciplinario militar ecuatoriano que es distinto al régimen ordinario y tiene sanciones que no aseguran la igualdad material y formal de los militares frente al resto de ecuatorianos, contraviniendo al debido proceso así como a la norma fundamental y ordenamiento subsiguiente (Galarza, 2017; Velasteguí, 2017; Martínez, 2017; Díaz, 2018).

Cala (2018) supone que el constitucionalismo moderno ha generado un impacto en la forma en que se administra justicia, de modo tal que han surgido una serie de principios tendientes a desarrollar el carácter sustantivo de las normas superiores (Cala, 2018, pág. 81) entre ellos se detalla el principio de proporcionalidad que define a la pena misma y que recae en la labor de los jueces, los cuales según Suárez (2016) adquieren la categoría de garantes de los derechos humanos, de aquí que ellos gocen de la competencia para conocer y resolver la mayoría de las causas relacionadas a las garantías constitucionales.

De acuerdo con la Constitución de Montecristi (2008) la Administración de Justicia en el Ecuador será competencia de la Justicia Ordinaria y su acción se sujetará a un control de Constitucionalidad y a principios como el de Unidad Jurisdiccional (Zambrano L. , 2018), de acuerdo al cual tanto los regímenes militares como pertinentes a la justicia indígena, que no es materia de este estudio, le competen a la jurisdicción ordinaria, razón por la que el art. 188 de la Constitución indica que los miembros de las fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por dicho sistema de justicia (Asamblea Nacional, 2008).

Justicia Penal Militar

Según Álvaro Valencia citado por Chacón (2015) la Justicia Penal Militar o Justicia castrense parte de la tradición española y proviene del fuero militar, que es una institución de gran antigüedad y que referencia a las legiones romanas, que de acuerdo a Lozano (2015) busca proteger bienes jurídicos relativos a los miembros de la Fuerza Pública con miras de asegurar la estabilidad del Estado y la seguridad interna de la institución, de aquí que se haga imputable la conducta de desobediencia e insubordinación por atentar contra valores organizacionales, que para efectos de la institución militar son la disciplina y el servicio. (Vásquez & Gil, 2016)

Por otra parte, Chacón (2015) afirma que la aplicación del fuero militar contraviene los principios constitucionales de primacía constitucional, el derecho al debido proceso, del juez natural y del amparo existente en los procesos que recaen sobre los miembros de la fuerza pública. Este criterio se apoya con la afirmación de Cárdenas (2013) , para quien al menos en Ecuador la Justicia Militar suponía una justicia distinta a la Justicia Ordinaria aplicada a la sociedad civil, dada la independencia con la que contaba.

De aquí que la Constitución Política de 1998 indicara en su art. 187 que los miembros de la Fuerza Pública podían someterse al fuero especial en el caso de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus labores y a la Justicia Ordinaria si se trataba de infracciones comunes (Congreso Nacional, 1998), por lo que resulta evidente que antes de 2008 Ecuador incluía dentro de su sistema de justicia un Derecho Penal Militar que operaba en función a una jurisdicción especial en donde el proceso era dirigido según explica el Ab. Tapia (2019) por militares conocedores de la estructura interna de la organización y adaptados a sus prácticas:

“Los juzgados de instrucción, que eran dirigidos por un juez de derecho integrado por los generales de las unidades, que no eran abogados y no conocían de la aplicación de la Ley, simplemente como tenían su formación militar empleaban la Ley a su libre albedrío, es decir estribando de la persona que era juzgada, en este caso oficial o personal de tropa, ordenaban a los jueces de instrucción y disponían que se aplique la Ley”.

De acuerdo a Rangel para 2012 en el Ecuador la Jurisdicción de la justicia Penal Militar era muy amplia incluyendo tanto a los delitos militares (dentro de la organización) y aquellos que se cometieran fuera durante los actos de servicio, además de ello el Código Penal de la Policía Civil Nacional (1960) incluía delitos militares, referentes al derecho internacional, aquellos pertinentes

a policías, delitos contra los derechos políticos y garantías constitucionales, incluso homicidio, delitos sexuales y lesiones personales.

Régimen Disciplinario Militar

El Régimen Disciplinario es un subsistema de la Justicia Militar, que se basa en el ejercicio de la obediencia al ordenamiento jurídico y órdenes superiores (Vásquez & Gil, 2016), es decir en la disciplina que es definida como “la justa observancia de las leyes y reglamentos, determinados para los miembros de las Fuerzas Armadas y en el sometimiento integral de las órdenes y disposiciones emanadas del superior” (Asamblea Nacional, 2012, pág. 2) mediante lo cual se pretende proteger los intereses de la población y con ello la defensa de los derechos humanos (Montero, 2017). En este sentido Isidro (2016) hace referencia a los factores de la disciplina, en donde recalca: a) la existencia de una disciplina consciente que tiene relación con la interiorización de los valores inherentes a la actividad de servicio, y b) la Ley impuesta que se refiere a las órdenes legítimas de la autoridad competente, que no deben de ir contra la normativa pre-establecida, mismas que de acuerdo a Cárdenas P. (2012) condicionan la conducta de los militares, así como los procedimientos sancionatorios hacia los mismos y denotan la competencia a los que se encontrasen en un estado jerárquico superior. (pág. 12)

En este sentido, el Reglamento Sustitutivo del Reglamento Disciplinario busca “regular, asegurar y desarrollar el ejercicio de los derechos y responsabilidades disciplinarias de todo el personal militar de las Fuerzas Armadas asegurando la jurisdicción y competencia al ámbito disciplinario militar [...]” (Asamblea Nacional, 2012) respetando el marco normativo nacional vigente; De aquí, que Lozano (2015) indique que la Jurisdicción disciplinaria ecuatoriana enviste a una autoridad interna de las Fuerzas Armadas y de jerarquía superior con la potestad administrativo-disciplinaria de sancionar a los miembros del batallón en virtud de los principios y valores militares, de modo que durante los años 2013 y 2014 se hayan sancionado a 40 personas de las cuales 26 recibieron arrestos simples. (Lozano, 2015, pág. 33).

Sanciones Administrativas-Disciplinarias

De acuerdo a Lozano (2015) las sanciones administrativo-disciplinarias implican la pérdida de un deber institucional: La disciplina, fruto de la inobservancia de las normas, deberes y prohibiciones internas (pág. 59); Aún frente a lo manifestado, Plascencia (2000) aduce que es

pertinente, previa sanción disciplinaria, determinar los elementos del delito dentro de la actuación del servidor público, esto es: La tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, agregándole la preeminencia positiva de la norma y el cumplimiento de la misma, lo que según Vásquez & Gil (2016) se quebranta con la aplicación del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar de las Fuerzas Armadas, debido a que los arrestos disciplinarios atentan contra preceptos constitucionales establecidos en el art. 66.29.c y 77.1 referidos respectivamente a la prohibición de arrestos por obligaciones, deudas, costas o multas y a la excepcionalidad de la prisión preventiva en el Ecuador, que no contemplan a las sanciones administrativo-disciplinarias como una razón o justificativo de privación de libertad.

Considerando que para hablar de un proceso sancionador hay que también referirse a la potestad sancionadora, que debe de revestirse de los principios de Legalidad, Debido proceso, razonabilidad, irretroactividad, concurso de infracciones, Causalidad, presunción de licitud, non bis in ídem, prohibición de reforma peyorativa (Lozano, 2015), razón por la que Nuño (2016) afirma que la jurisdicción disciplinaria se deba al ordenamiento superior, debido que la ejecución normativa especial no puede contraponerse al nuevo esquema de administración de justicia amparado en la Constitución de la República y en la igualdad formal e inmaterial.

Además de lo dicho, se agrega que las sanciones administrativas son predominantes en el Régimen disciplinario Militar, dado que uno de los objetivos principales de la organización es mantener la disciplina y el respeto entre sus miembros, asegurando así la integralidad y correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas. (Lozano, 2015)

A pesar de que no deban de confundirse ni la normatividad ni la operatividad de las sanciones e infracciones administrativas con las infracciones penales, este es un fenómeno que sucede al interior del regimiento militar, fusionando en la redacción del reglamento sanciones administrativas con caracteres punitivos del sistema penal (Jordan, 2019). A este respecto cabe señalar que las infracciones y sanciones administrativas buscan la funcionalidad del Estado y de la administración interna del mismo, mientras que el sistema de sanciones en materia penal busca demostrar el poder punitivo del Estado a través del castigo. (Isidro, 2016)

De hecho según Isidro, “la diferencia principal entre las sanciones penal y disciplinaria, [...] estriba en que en el fuero administrativo está vedada la privación de libertad, fuero exclusivo de la norma penal” (Isidro, 2016, pág. 47) de aquí que sea el Derecho Penal el encargado de hacer un control social y hetero-tutelar que sancione actividades que cumplan con los requisitos del

delito, es decir que sean típicas, antijurídicas y culpables, a diferencia del Derecho Disciplinario que es auto-tutelar, interno, que propende al control correcto de una función determinada del Estado y que contempla como ilícito o como un “delito” a la ruptura de los deberes éticos y morales planteados para dicha función protegida; Incluso lo anterior también es dispuesto por el teórico alemán Claus Roxin para quien el Derecho Disciplinario no es Derecho Penal, y por tal no debe de actuar como el mismo.

Sanciones al interior de las Fuerzas Armadas.

“El Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar de las Fuerzas Armadas del Ecuador brinda interinamente al superior la calidad dual de fiscal y juez, otorgándole una potestad investigativa y sancionadora, para “juzgar y hacer ejecutar las sanciones por acciones y omisiones que constituyan faltas disciplinarias contempladas en este Reglamento” (Asamblea Nacional, 2012), detallando al interior del articulado tres tipos de faltas: a) faltas leves, que parten del incumplimiento de obligaciones militares menores no extensivas y que son fácilmente subsanables; b) faltas graves, que impactan negativamente a las Fuerzas Armadas y la normativa interna, y; c) faltas atentatorias que tienen relación con la trasgresión de las condiciones expresas de la milicia que afectan a la misma en un mayor grado o de forma extensiva, todo esto en los elementos pertinentes a la obediencia, abuso de facultades, deberes y obligaciones militares, puntualidad y asistencia, decoro personal, postura militar, propiedad, salubridad e higiene y demás que pongan en riesgo la disciplina y decoro que caracteriza generalmente a las Fuerzas Armadas a nivel nacional. (Ministerio de Defensa Nacional, 2014)

De acuerdo a lo dicho, las sanciones aplicadas al personal de las Fuerzas Armadas (2012) se establecen en los artículos 68, 69, y 70 del Reglamento disciplinario, declarando en este primer eje de sanciones leves a la Censura y al Arresto simple que puede extenderse de uno a cinco días. Por otro lado, las sanciones graves contemplan al arresto simple de seis a diez días y al arresto de rigor de uno a cinco días. Distinto a lo mencionado, la norma contempla cuatro modalidades de castigo dentro de las sanciones atentatorias, entre las que se encuentran:

- a) el arresto de rigor de seis a diez días, b) el arresto de rigor en otro reparto de uno a cinco días,
- c) la suspensión de funciones de diez días hasta 30 días y d) la separación del servicio activo.

Las sanciones generalmente tienen relación con los arrestos disciplinarios, pero también consienten la censura y la suspensión o separación; Sin embargo, la materia de estudio del presente trabajo son los arrestos disciplinarios que por su categoría limitan la libertad de los miembros del contingente militar, conculcando también garantías al proceso y los derechos de dignidad, libertad, acceso a la justicia y otros (Lozano, 2015), sobre todo porque el reparto militar no es un espacio idóneo para la ejecución de una pena privativa de libertad, menos aún si la misma deviene de un proceso disciplinario, situación que teóricamente no debería darse, dado que el Derecho disciplinario tiene un carácter científico que manifiesta el poder público y la potestad administrativa sancionadora interna sin emular al sistema penal (Isidro, 2016)

Derechos Humanos

Teorías de Contenido Esencial y de Principios de los Derechos Humanos

Prieto Sanchís (2016) propone que el contenido de los derechos es “aquello que representa la cara obligacional que acompaña a todo derecho, era también común y muy sencillo: lograr la garantía del ámbito de inmunidad necesario para la preservación de la propia vida”, considerando también el criterio del teórico C. Schmitt (1927) según el cual “los derechos fundamentales son esencialmente, derechos del hombre individual libre y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado” de aquí que los derechos naturales sean ilimitados.

Apoyando a su teorización, López (2020) explica una división del contenido esencial de los derechos, de la que se disgregan: a) la teoría absoluta que propone que “existe una esfera permanente del derecho que constituye su núcleo esencial e indisponible”; b) la teoría relativa de derechos que explica que las limitaciones de derechos fundamentales, como la libertad, igualdad, etc., requieren una justificación o sustento sea teórico o normativo que proteja bienes jurídicos determinados, y; finalmente c) la teoría mixta del contenido esencial que “reivindica el juicio de proporcionalidad como la medida idónea de evaluación en la zona periférica de los derechos.” (Martínez A. , 1997) En lo que concuerda Robert. Alexy.

Por otra parte Vitón Burga (2016) expresa que el contenido esencial de los derechos fundamentales no se estudia o no se puede estudiar de forma aislada, sino que la misma se encuentra vinculada a los principios y reglas de las normas, así como la teoría de los límites y la teoría conflictiva de los derechos fundamentales. (pág. 183) Bajo esta premisa es necesario indicar que los principios y las reglas no tienen la misma acepción, dado que estos primeros son

criterios de optimización y mejora normativa para Robert Alexy, o razón prima facie, mientras que los segundos componen al ordenamiento normativo a partir de mandatos específicos que estriban entre el cumplimiento o incumplimiento normativo. (Borowski, 1997)

A las acepciones antes planteadas cabe adherir la de Ávila (2011) para quien por su forma, “las reglas son normas inmediatamente descriptivas, primariamente retrospectivas y con pretensión de divisibilidad y comprensión” que se aplican según los conceptos, hechos, principios y la norma vigente para cada caso, mientras que los principios al tener un alto nivel de abstracción son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, de aquí que ambos se apliquen de forma distinta según criterios particulares como la taxatividad o la interpretación.

Este criterio puede coincidir con el de Alexy en la medida de que éste le brinda a los principios una dimensión del peso o importancia frente a otro símil por su carácter optimizador, criterio en que no coinciden Atienza y Ruiz (1991), debido a que para ellos no todos los principios tienden a cumplirse, por lo que no todos son criterios de optimización, de aquí que ellos dividan a los principios en dos líneas: a) las directrices o normas que relacionan un hecho abierto con una solución abierta, y b) principios per se, que son normas que correlacionan un supuesto de hecho abierto con una consecuencia cerrada, como establecería el art. 11.2 o 66 CRE, respecto a la igualdad.

En principio la teoría de contenido esencial de derechos debe tender a la imposibilidad de la reducción de derechos en su fase absoluta y en la posibilidad de reducción en su fase relativa, siempre que la misma no suponga una trasgresión de derechos, sin embargo, a este debate primigenio se suman las limitaciones-restricciones que tiene los derechos fundamentales, (Alexy, 1993) entre los que se encuentran las restricciones constitucionales, que se aplican con rango constitucional a los derechos eminentemente constitucionales (Alexy, 1993, pág. 274) a esto cabe agregar una garantía del contenido esencial que recae en la limitación para restringir derechos sobremanera, más aún porque la restricción de derechos fundamentales solo puede admitirse cuando los principios contrapuestos tienen un mayor peso, lo que no sucede en el caso presente, dado que el principio de igualdad, que opera de forma subjetiva como un derecho, se encuentra amparado en el principio de legalidad, con lo que se colige que son dependientes y superiores al mantenimiento de la disciplina militar.

“Por otro lado, la teoría de Principios, según De Fazio (2018) tiende a ser ambigua y puede tener al menos tres explicaciones o teorías de referencia, como las son las defendidas por: a) Dworking (1997) respecto a que los principios son una especie de normas jurídicas cuya validez depende del contenido sustantivo de los mismos o la justicia y no de criterios proporcionados por una regla de reconocimiento; b) Manuel Atienza, Robert Alexy y otros que indican que los principios son una especie de normas jurídicas que poseen propiedades lógicas o estructurales que permiten distinguirlas de las reglas y; c) Borowski (1997) que propone una teoría dogmática constitucional que indica que gran parte de las normas que prescriben derechos deben de ser interpretadas como principios”.

“Así también De-Fazio hace una clara referencia a la dimensión del peso de los principios, de la cual carecen las reglas y que es un eje demarcado ya por Dworkin que implica una evaluación del peso de los principios contradichos o sometidos a contradicción, sin que ello vaya en desmedro de la existencia del principio “perdedor”, sino más bien estableciendo un rango de significancia en determinados casos”.

Violación de Derechos Fundamentales

La Constitución de la República del Ecuador considera a la libertad como un derecho fundamental para el desarrollo de los individuos, criterio acuñado de las declaraciones y convenciones de derechos en materia internacional, tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), etc., de modo que en su art. 66 dedicado a los derechos de libertad, numeral 29, literal c, y art. 77.1 ya antes citados, se establece la prohibición de los encarcelamientos por causas como multas, sanciones, etc., considerando que el derecho disciplinario o sancionador en materia militar bien puede entenderse como una rama sustantiva y adjetiva del derecho Administrativo, que regula la organización estatal desde la autoridad para brindar un servicio pertinente (Díez & González, 1977), lo que en principio hace que se rijan a las normas del mismo pero sobre todo por la supremacía de la Constitución, al considerar a este texto como normativa generadora del ordenamiento jurídico actual y del modelo de estado Constitucionalista de Derechos.

Generando así, el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar de las Fuerzas Armadas bajo el enfoque del derecho sancionador, una disposición, que viola por omisión la norma fundamental, a más de tratados y convenios internacionales so pretexto de proteger la

disciplina institucional. Sin considerar también la falta de cumplimiento al principio y derecho de igualdad, el cual para Díaz de Valdez (2015) es un concepto que puede describir una realidad o que puede por el contrario determinar un mandato a cumplir, es decir, que lo divide entre el ser (norma) y entre el deber ser (fin), teniendo en cuenta que la libertad es concebida tanto como un principio, un valor o un derecho de contenido formal y material, que es considerada por Carbonell (2011) como un principio medular del Estado de Derecho, que garantiza la protección del individuo, salvaguardando la integridad del sujeto defendido y evitando que caiga en estado de indefensión por discriminación.

Violación a las Garantías del proceso

En materia jurídico-internacional, el debido proceso se regula desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la que en su Art. 8 hace referencia al recurso efectivo a la justicia frente a los tribunales competentes, en lo que coincide el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) al indicar que “toda persona tendrá derecho a ser escuchada públicamente y con las debidas garantías”, por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en su art. 8 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) en su art. 26 también son coincidentes, a esto cabe agregar que la Convención no sólo hace referencia al acceso a los tribunales sino también a la plena igualdad material y formal de los imputados como detalla su art. 8.2. .

En materia nacional, la Constitución de Montecristi (2008) expone a partir de su art. 75 el tratamiento del debido proceso, acceso a la justicia, principios procesales, derechos inherentes al proceso en el país, etc., buscando cumplir con la tutela judicial efectiva y evitando dejar a la población en un estado de indefensión, dado que según Ávila-Santamaría (2012) debe atenderse a la aplicación inmediata de los derechos, principios y reglas constitucionales que apuntalen a la dignidad humana, siendo deber del juez como un representante de la voluntad del Estado en audiencia frente a los particulares, por medio de lo que se acatan los deberes estatales declarados en su art. 3. (Asamblea Nacional, 2008)

De acuerdo a Cueva-Carrión (2013) el debido proceso es un derecho de rango constitucional y esencial para la plena vigencia de la libertad y también la defensa de los ciudadanos frente a la administración pública que opera en las áreas civil, penal, militar, etc., criterio con el que coincide Galarza (2017) indicando que este incluye una serie de garantías aplicables que se

encuentran en la Constitución del Ecuador como norma imperativa y generadora del ordenamiento jurídico nacional.

Teóricamente el debido proceso se comprende como una Institución, un derecho humano, una garantía o un principio de forma poco precisa, comprendiendo una generalidad (Mosquera, 2014), por otra parte, Fix (1985) explica que esta figura es el conjunto de principios procesales mínimos que deben de contenerse y aplicarse en cada proceso, con miras de alcanzar estándares de certeza y legitimidad en pro de la Justicia, similar a la propuesta de Galarza; Couture (1958), desarrolla una propuesta análoga al indicar que el debido proceso se cimienta en la no prohibición del cumplimiento de los derechos esenciales del ser humano, mientras que Gozani (2012) desde una óptica “principalista” indica que el mismo se fundamenta en los principios y que por tal se define debido proceso al que cumple con los principios procesales- constitucionales, de aquí que la proporcionalidad al interior del mismo sea fundamental.

A este respecto, Galarza (2017) explica que dentro del régimen disciplinario militar existe una confrontación entre la Libertad y la Disciplina Militar, dado que la primera se ve condicionada por el decoro que debe de mantenerse entre los miembros de las Fuerzas Armadas, limitando de este modo sus expresiones, so pena de sanciones que pueden como no efectuarse arbitrariamente, esto, sin contar que en el sistema militar se mantienen tipos abiertos que no hacen posible el cumplimiento de todos los deberes jurídicos pertinentes al principio de legalidad, haciendo que algunas de las infracciones de este sistema vulneren al principio y derecho de libertad, más aún si se considera que no solo se presenta una sanción sino una doble sanción tanto en sede administrativa como en el sentido punitivo, al prohibir al acusado salir del reparto y limitar su ascenso (Arteaga, 2017).

Frente a esto, se debe señalar que dentro del derecho disciplinario en sede militar se deben de hacer efectivas varias garantías como lo son el cumplimiento de las normas y derechos del militar (igualdad, libertad, dignidad, y demás positivizadas), presunción de inocencia, derecho a la réplica y contradicción, favorabilidad y defensa, (Galarza, 2017) los cuales a pesar de ser coincidentes con los principios procesales no son cumplidos taxativamente.

Metodología

La metodología empleada radica en un diseño no experimental de tipo transversal, que se apoya en la observación de situaciones reales (Baena, 2017) y de nivel descriptivo, que resulta idóneo

para el enfoque cualitativo de expresión verbal, no numérica, que presenta una realidad dinámica (Cabezas, Andrade, & Torres, 2018); Para brindar un mayor apoyo a la teoría del caso, el estudio contempla una indagación bibliográfica o conceptualización de las variables, que es un elemento fundamental para el planteamiento y definición de la teoría del trabajo, dado que demarca el rumbo y evolución del mismo, al tiempo que justifica el planteamiento y necesidad del estudio. (Hernández-Sampieri, Fernández, & Baptista, 2014).

La metodología seleccionada se apoyará en el métodos analítico, que fusiona caracteres de sus homólogos deductivo e inductivo (SEMAR, 2015), que pretende hacer una crítica basada en el análisis de textos normativos nacionales así como también de las teorías explicadas en el acápite anterior y que se resumen a la: Teoría Fundamental frente a la Teoría de Contenido Esencial, evaluando así la inconstitucionalidad de los arrestos disciplinarios en regimiento militar, desde varias aristas con el fin de que su estudio sea objetivo y contextualizado.

Una de las diferencias notables frente a otros trabajos que estudian esta problemática es la amplitud en la esfera de análisis aquí propuesta, la cual no solamente busca juzgar la inconstitucionalidad de los arrestos disciplinarios sino las cuestiones de forma y fondo que lo rodean, como la operatividad de la justicia ordinaria, la eficacia de los jueces, la especificad o multicompetencia de los mismos, etc., para generar una propuesta normativa coherente a la Constitución y encaminada a la homologación del análisis de los Ministerios citados.

El enfoque subjetivo de la presente investigación lleva insertas cuatro variables de significancia, las cuales son: La Administración de Justicia en el Ecuador, los Arrestos Disciplinarios, los Derechos y Garantías de los individuos y finalmente la Actualización normativa con base a la progresividad normativa, esto con el fin de lograr un análisis que busque la cohesión normativa desde el punto teórico-legal, bajo la hipótesis general de que la aplicación de los arrestos disciplinarios es violatoria de los derechos de libertad, igualdad formal y material y de acceso a la Justicia por parte del cuerpo militar ecuatoriano.

Para ello resulta necesario, a más de revisar la normativa indicada en apartados anteriores hacer mención a la falencia de los arrestos disciplinarios para el cuerpo militar de las Fuerzas Armadas frente al nuevo paradigma de justicia, que pretende con base a los principios de igualdad, progresividad, favorabilidad y libertad, propender al garantismo penal, para lo que se empleará también un extracto de los datos y cifras propuestos en los trabajos nacionales de Díaz (2018), Galarza (2017), Arteaga (2017), Lozano (2015) y Paca (2015) , que en función de un trabajo de

campo han puesto a disposición tanto casos como datos estadísticos entorno a los arrestos disciplinarios, su funcionalidad y nivel de aplicación de los principios del debido proceso a los militares, logrando el juzgamiento de ambas justicias.

Para efectos de esta investigación, la ponderación como método de interpretación resulta sustancial, pues a más de la materialidad teórico-legal se encuentra un problema que recae en un vacío axiológico y en una confrontación de principios, de aquí que sea pertinente ponderar con base a las teorías de Contenido esencial y de Principios, dado que esta técnica implica la lucha de dos posturas legítimas, defendibles y justificadas, para evaluar la primacía de estas.

Análisis

La antigua dualidad existente en el país que giraba en torno a la Jurisdicción Penal y la Jurisdicción militar disciplinaria, se ve limitada con el apareamiento de la Constitución de 2008 que delega a la Función Judicial como único órgano competente para ejercer jurisdicción junto con la justicia indígena de acuerdo al art. 168, prohibiendo de dicho modo la existencia de jurisdicciones especiales como lo es la militar, con lo que los delitos militares pasan a ser materia de evaluación de la Justicia ordinaria a través de la Ley Reformatoria al Código Penal para la Tipificación de los delitos cometidos en el servicio militar y policial (2010), cohesionando ambas jurisdicciones en una sola institucionalizada y apegada al nuevo esquema constitucionalista de Derechos y Justicia que en atención a los artículos 424 y 425 de la Constitución debe de atender a la supremacía constitucional y jerarquía normativa, lo que implica que ninguna ley especial, ordenanza o reglamento podrá socavar lo ya dispuesto por el orden constitucional. (Cárdenas P. , 2012)

Ejemplo de lo antes dicho para el caso presente, son los artículos 66.29.c que indica que “ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias” y 77.1 de la Constitución de la república referida a la excepcionalidad de la prisión preventiva, así como el artículo 10 del Código Orgánico Integral Penal que dentro de la jerarquía normativa tiene un grado alto dada la preponderancia del mismo dentro del espectro punitivo del Estado y que respecto a la prohibición de privación de libertad en centros no autorizados explica que “Se prohíbe cualquier forma de privación de libertad en instalaciones o lugares no autorizados legalmente, así como toda forma de arresto, coerción o privación de libertad derivada de procedimientos disciplinarios

administrativos.” (Asamblea Nacional, 2014), dando por sentado que no se podrá someter la libertad individual, ante las sanciones de tipo administrativo, sobre todo porque el código en materia penal hace una clara alusión doctrinaria, ya referida anteriormente y que llama al veto de la prisión para las sanciones de tipo administrativas por falta de carácter penal.

En este orden de ideas se plantea que constitucionalmente ninguna persona podrá ver su libertad afectada a menos a que exista una sentencia condenatoria de por medio y que las mismas no podrán ser privadas de su libertad en un espacio no pertinente para dichos efectos, ejecutando sanciones penales dentro de actos de tipo disciplinario, sobre todo porque la norma suprema se refiere a las Fuerzas Armadas y Policía en sus arts. 158 y 159 como “instituciones de protección de derechos, libertades y garantías” agregando que los mismos se formarán en un marco de derechos humanos y democracia, garantizando su dignidad, por lo que quebrantar dicho marco de derecho iría en contra de los principios institucionales ya prescritos.

De aquí que se plantee también una divergencia entre los análisis presentados por el Ministerio del Interior y el Ministerio de Defensa, respecto a la inconstitucionalidad de los arrestos disciplinarios, dado que las posturas de estas carteras de Estado parten de la taxatividad de los art. 160 y 188 de la Constitución que hacen alusión a la competencia de la Jurisdicción ordinaria para el juzgamiento de delitos comunes; Empero se alude a la potestad sancionadora interna de la policía y milicia frente a faltas disciplinarias, sin delimitar claramente este último punto, de modo que el art. 160 inc.4 prescribe que “Las trasgresiones rigurosas serán juzgadas por los órganos oportunos establecidos en la ley” (Asamblea Nacional, 2008) y sobre todo en el art. 188 que de acuerdo al principio de unidad jurisdiccional sanciona que: “los miembros de las fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por la justicia ordinaria, las faltas de carácter disciplinario o administrativo serán sometidos a sus propias normas de procedimiento” (Asamblea Nacional, 2008).

Evidentemente el articulado no hace referencia en este punto de qué tipo de sanciones son admitidas en el derecho disciplinar, dado que la Constitución es una norma General, previa y clara según la doctrina, además de que para dicho espectro de especificidad existen los reglamentos, como el citado en este trabajo y dentro del cual se entrevén problemas respecto a la aplicabilidad de sanciones de carácter penal para acciones de tipo administrativo, que son inadmisibles desde el ámbito doctrinario y legal, aun frente a la defensa de la disciplina como valor jurídico intangible legitimador de las Fuerzas Armadas. (Asamblea Nacional, 2012)

En este sentido, es necesario traer a colación el precepto de actualización normativa según cada proyecto gubernamental (Díaz, 2018) y con ello los principios de legalidad y progresividad, según los que la norma debe de propender al beneficio humano, no puede contradecirse y no puede retroceder en materia de derechos humanos, razón por la que la doctrina indica que la Constitución ecuatoriana se apega a la Teoría relativa de derechos, que detalla que “será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.” (López, 2020).

De aquí que se aluda constantemente a los artículos 66.29.c, 77.1 de la Constitución y 10 del COIP, relativos a la privación de la libertad, sobre todo porque esta es una labor que les compete a los jueces de la jurisdicción ordinaria, por ello la Constitución en su artículo 76.3 detalla que “Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.” (Asamblea Nacional, 2008), además de ello el mismo COIP en su Art. 17 referido al Ámbito material de la Ley penal establece que “las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez alguna” (Asamblea Nacional, 2014), deslegitimando otras potestades sancionadoras que busquen emular el carácter penal, además de ello cabe agregar un apartado del ya citado art. 76.3 que prescribe 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”, por lo que si una sanción de tipo administrativo no se considera como una infracción penal no debe ni puede ser catalogada como tal ni castigada de dicho modo.

Además de lo expuesto, el error de análisis entorno a los arrestos disciplinarios se debe a una laguna axiológica, dado que existe una regla jurídica que no se adecúa al ordenamiento jurídico superior, tal es el caso de la omisión del principio de favorabilidad declarado tanto en el art. 76.5 de la Constitución de la República y el art. 5.2. COIP que indica que “en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa [...]” (Asamblea Nacional, 2014), denotando así una necesaria eliminación de la disposición del artículo 62 y reforma a los subsiguientes dentro del reglamento de cara a los Derechos Humanos, al principio de legalidad, proporcionalidad, favorabilidad e igualdad material y formal.

Cabe agregar, que la crítica a este nuevo enfoque normativista de derechos parte de la poca relación de los jueces y fiscales de la justicia ordinaria en asuntos castrenses, sin embargo, se debe recalcar que esta unificación opera de acuerdo a la constitucionalización del sistema de administración de Justicia, que pretende generar mecanismos más efectivos, transparentes, imparciales y objetivos que aseguren el trato igualitario entre los sujetos juzgados y reafirme capacidad del Estado en la administración de justicia a través de la multicompetencia de los jueces, como indican el art. 167 de la Constitución de la República, criterio reafirmado por Jalkh (2017) al indicar que “una cosa es la especialidad y otra la exclusividad. Entonces un juez que va a tomar una materia debe estar especializado en dicha materia, pero no quiere decir que sea un juez exclusivo de esa materia [...]” (p. 1).

Discusión

Con base a lo ya mencionado, cabe decir que un primer trabajo realizado por Lozano (2015) hizo una evaluación de la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias contempladas en la legislación militar a través de la revisión de 40 sanciones ejecutadas en la escuela de formación de soldados durante 2013-2014, así como una encuesta al personal de Oficiales y Voluntarios de las aulas de la Escuela de Formación de Soldados del Ejército, elementos considerados en los estudios de Galarza (2017) considerando aspectos como el debido proceso, derecho a la libertad y al trabajo, de lo que se develó una notoria vulneración al derecho de libertad fruto de los arrestos simples y de rigor que respectivamente ascendían al 35,9% y 24,69%, una baja perceptibilidad de la vulneración a la libertad y por el contrario una alta perceptibilidad de la afectación que estas medidas tenían frente al derecho al trabajo que alcanzaba el 61,73%, indicando además que el 96,1% de los sancionados se han visto afectados social, económica o psicológicamente. (Lozano, 2015)

Otro trabajo durante 2015, desarrollado por Paca (2015) ya no solamente se enfoca en la evaluación y estudio del problema, sino en la propuesta de una reforma que garantice el derecho de libertad de los miembros de las fuerzas armadas, a través de los métodos sistemático, analítico, y técnicas como la observación, encuestas a los Oficiales y voluntarios de la Brigada Galápagos y entrevistas al Asesor jurídico de las Fuerzas Armadas, obteniendo que el 98% de los militares considera que no existe un verdadero sistema de justicia en el cuerpo militar.

Posteriormente en 2017 se empieza a tratar el tema del debido proceso aplicado a los arrestos disciplinarios, haciendo que la esfera de afectación jurídica hasta ahora estudiada incrementalmente a través del estudio de 10 casos en los que se devela que se viola el cumplimiento de las normas y derechos inherentes al militar como lo son: la presunción de inocencia y posteriores garantías del proceso al no admitir el tiempo pertinente para preparar una defensa frente a actividades que no constituyen delito, razón por la que algunas de las mismas han sido llevadas a recursos extraordinarios de revisión y dejadas sin efecto por el Ministerio de Defensa nacional. (Galarza, 2017) En el mismo año otro estudio devela las contradicciones normativas entre el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar y el artículo 10 del Código orgánico Integral Penal a través del método histórico y técnicas estadísticas, fruto de las que se obtuvo un aparente desconocimiento por parte del Reglamento de lo dispuesto en la norma constitucional y penal (Arteaga, 2017).

Sin embargo, más allá de los análisis normativos y teóricos en 2018 se presenta un trabajo mucho más actualizado que propone evaluar el impacto de la reforma de la justicia militar en el ejercicio de la disciplina en las fuerzas Armadas del Ecuador a través del estudio de casos y planteamiento estadístico, que demostró que el 90% de los militares asevera que no existe un trato igualitario en el aspecto disciplinario para todos los militares, denotando una afectación en el principio de igualdad, que teóricamente ya se había referenciado, considerando incluso que el sistema de la Justicia militar disciplinaria no tiene plena independencia decisional, lo que a criterio del 69% de los evaluados hace que la impartición de justicia se vea manipulada generándole inseguridad jurídica al 58% de los mismos. (Díaz, 2018)

Resultados

De acuerdo a la investigación documental realizada y a la compilación de la data obtenida de estudios homólogos en la materia planteada se ha logrado determinar desde una óptica teórico-dogmática, legal y pragmática prolongada la inconstitucionalidad de los arrestos disciplinarios detallados en el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas dado que las disposiciones del artículo 62 vulneran el mandato constitucional del art. 66.29.c, 77,1, el art. 66 en general respecto a la libertad, además de tergiversar lo emanado en los artículos 160 y 188, y menoscabar los principios de igualdad,

dignidad y el derecho a un debido proceso bajo la justicia ordinaria, sin contar que también contradice disposiciones del contenido formal y material de las ciencias penales y ciencias disciplinarias así como el art. 10 del COIP que como ya se ha planteado previamente no admite la privación de libertad en lugares no aprobados para dicho efecto.

Sin embargo, las evaluaciones antes propuestas no solamente se resumen a la afectación a la normatividad, sino también a la contradicción teórico-doctrinaria que este tipo de sanciones suponen, dado que las sanciones de tipo administrativas tienen vetada la suspensión de la libertad de un individuo, considerando que esta no es una sanción proporcional, además de que la misma tienen varios efectos concatenados, tal es el caso de la afectación a la moral, a la integridad del individuo y el buen nombre de este dentro del regimiento militar, su afectación al derecho del trabajo y posibles asensos, como sucedió en el caso Edwin Ortega –vs- Rafael Correa D., cuya sanción disciplinaria restrictiva de libertad limitó su ascenso profesional, dada la gravedad de la misma para su hoja de vida.

Varios estudios, como el de Galarza, determinaron que algunos de estos procesos no cumplen con todos los requisitos procedimentales requeridos por la Ley, lo que ha hecho que no se los admita o que se tenga que llegar a instancias como recursos extraordinarios de revisión para inadmitirlos, dado que se brindan motivaciones poco consistentes, carentes de lógica y razonabilidad (Galarza, 2017) de aquí que se haga énfasis en la necesidad de revisar los tipos de sanciones impuestas, con miras de mejorar la efectividad de la justicia al interior del Ecuador. Develando a la par, la falta de proporcionalidad en todas las sanciones al cuerpo militar y la poca perceptibilidad de una verdadera justicia y seguridad jurídica que manifiestan los miembros del cuerpo militar denotando así una falta de eficacia en el ejercicio de una justicia interina, razón por la que es necesario replantear el desarrollo de esta.

Propuesta

La propuesta planteada para el caso presentado y con lo explicado hasta ahora se resume en la eliminación de los arrestos disciplinarios de cara a la defensa de los derechos humanos, principios y garantías a las que están sujetos los militares dentro del territorio nacional, que tiene como meta el apegar los procedimientos administrativos internos de las Fuerzas Armadas al esquema de constitucionalización de la administración de justicia, con lo que se demostraría la necesidad de

no solo la eliminación de estos arrestos sino también de la adecuación del juzgamiento interno a los principios procesales en función de la defensa de los comparecientes.

Emulando de este modo el ejemplo ya brindado por el Ministerio del Interior que a través del Acuerdo Ministerial No. 4766 del 18 de septiembre de 2014 eliminó el arresto como sanción disciplinaria al interior del Cuerpo de la Policía Nacional del Ecuador, concibiendo la antinomia que suponían los arrestos disciplinarios a miembros de la policía frente a la prohibición del Art. 10 del COIP y los derechos de libertad declarados en la Constitución de la República, considerando a la par la defensa de los principios procesales aplicables al juzgamiento disciplinario sancionador.

Conclusión

Con lo mencionado, se aceptan las hipótesis planteadas que estriban entre: a) la inconstitucionalidad de los arrestos disciplinarios en sede militar, dadas la ruptura de la normatividad propuesta y la vulneración al derecho de la libertad a igualdad presentada para con los militares; b) la notoria aparición de una laguna axiológica en el Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar dada la falta de adecuación del mismo a la constitución y al Código Orgánico Integral Penal, con lo que se nota la aparición de una antinomia jurídica; c) la presencia de un mejor juzgamiento bajo la justicia ordinaria dado que la misma contempla bajo el orden de la ley garantías y la defensa de los principios procesales y derechos del individuo sin aspectos discriminatorios y cumpliendo con los principios de progresividad y proporcionalidad, que pretenden el avance legal para no menoscabar los derechos del sujeto ni su contenido esencial.

Sobre todo, al seguir los preceptos del debido proceso y del esquema de la constitucionalización de la justicia, con lo que se hacen efectivos la serie de derechos y garantías que se establecen en la Constitución para todos los individuos sin ninguna clase de exclusión, de acuerdo al art. 11.2 de dicho cuerpo legal. Por otro lado es necesario considerar la falta de procedencia de un arresto o privación de libertad por un tipo de proceso disciplinario sancionador, dado que las medidas disciplinarias parten del Derecho Administrativo y Sancionador, que están vetados de la aplicación de penas privativas de libertad, dado que estos no castigan la conducta de daño sobre un bien jurídico protegido sino sobre un deber procesional, lo que indica que su cometimiento estaría privando arbitraria e ilegalmente a los militares de su libertad, con lo que se irrumpe el

ordenamiento internacional y nacional, dejando un serio problema ya no solo de antinomias jurídicas, y lagunas axiológicas, sino también una ruptura misma con los valores, principios y reglas inherentes al Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

De hecho, lo pertinente para este tipo de casos sería replantear la forma en cómo se ejecutan los procedimientos tramitados en las Fuerzas Armadas, propendiendo al cumplimiento de los derechos de los procesados sin privarlos de la libertad, y asegurando un verdadero ejercicio de la Justicia y de la seguridad jurídica de los mismos, abogando por la progresividad y favorabilidad normativa, así como por la ejecución de una defensa óptima en cada uno de los grados o etapas del procedimiento detallados en el art. 78 del Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Disciplina Militar, brindando a los imputados los medios necesarios para la ejecución de su defensa, dado que este tipo de instituciones gozan de autonomía, y están plenamente facultadas para adoptar decisiones de carácter administrativo, siempre que los procedimientos previos para llegar a tales decisiones no se opongan a las garantías constitucionales, considerando que el Derecho Disciplinario se desagrega del Derecho Sancionador para evaluar la ruptura de un deber funcional por parte del servidor público, no para castigar la ruptura de un bien jurídico como lo hace el Derecho Penal, por lo que no procedería la privación de la libertad.

Referencias

1. Administrativas en el Estado de Derecho. Revista Española de Derecho Constitucional, 99-121.
2. Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES.
3. Arteaga, J. (2017). Contradicción entre el reglamento sustitutivo al reglamento de disciplina militar y el artículo 10 del Código orgánico Integral Penal. 78.
4. Asamblea General de la ONU. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Obtenido de Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI):
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
5. Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República. Montecristi, Ecuador. Recuperado el 2020, de https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

6. Asamblea Nacional. (2010). Ley reformativa al Código Penal y Código de Procedimiento Penal.
7. Asamblea Nacional. (2012). Proyecto de Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Obtenido de Oficio No. 008-GRL-AN-2012:
https://observatoriolegislativo.ec/media/archivos_leyes/Fuerzas_Armadas_Tr._92859.pdf
8. Asamblea Nacional. (2012). Reglamento de Disciplina Militar de las Fuerzas Armadas.
9. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito, Ecuador. Recuperado el 2020, de
10. Atienza, M., & Ruiz, J. (1991). Sobre Principios y reglas. DOXA, 101-121.
11. Atienza, M., & Ruiz, M. (1996). Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel.
12. Ávila, H. (2011). Teoría de los Principios. Madrid.
13. Ávilos-Santamaría, R. (2012). En defensa del Neoconstitucionalismo Transformador. Paper Universitario.
14. Borowski. (1997). Grundrechte als Prinzipien.
15. Cala, W. (mayo-agosto de 2018). EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JUSTICIA
16. Canaviri, Á. (2014). Consolidación del Estado Constitucional: Las condiciones de constitucionalización en las Constituciones del Ecuador y de Bolivia. Consolidación del Estado Constitucional. La Paz, Bolivia. Obtenido de
<https://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/19985/TM5336.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
17. Carbonell, M. (2011). Los derechos de igualdad en el constitucionalismo. Revista de Derecho Público, 74, 57-86.
18. Cárdenas, M. (2013). FUERO MILITAR: ¿GARANTÍA FUNCIONAL O CONDICIÓN DE IMPUNIDAD? Universitas(127). Recuperado el 2020, de
http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602013000200003
19. Cárdenas, P. (2012). Traspaso de la Administración de la Justicia Penal militar al sistema Judicial Común. Obtenido de

<https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/309/1/Traspaso%20de%20la%20administraci%C3%B3n%20de%20justicia%20penal%20militar%20al%20sistema%20judicial%20com%C3%BA.pdf>

20. Cevallos, L. (2017). El Derecho a la defensa en el régimen disciplinario de los servidores judiciales en el Ecuador. Obtenido de <http://45.238.216.28/bitstream/123456789/5909/1/PIUAMCO010-2017.pdf>
21. Chacón, S. (2015). Entre la línea de lo penal militar y la Justicia Ordinaria o Especializada. Obtenido de Universidad Santo Tomás y Universidad de Salamanca: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/2047/Chaconsofia2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
22. Chocrón, A. (2005). La exclusividad y la unidad jurisdiccionales como principios constitucionales en el ordenamiento jurídico español. (U. d. Sevilla, Ed.) Boletín mexicano de derecho comparado, 38(113). Recuperado el 2020, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332005000200004
23. Comanducci, P. (2002). Formas de Neoconstitucionalismo: Un Análisis Metateórico. (M. Carbonell, Ed.) Isonomía(16), 89-112. Obtenido de [formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0%20\(1\).pdf](#)
24. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
25. Comisión Jurídica . (1971). CODIGO PENAL .
26. Comisión Legislativa. (1960). Código de Procedimiento Penal de la Policía Civil Nacional . Obtenido de <https://docs.ecuador.justia.com/nacionales/codigos/codigo-penal-de-la-policia-nacional.pdf>
27. Congreso Nacional . (2016). Ley de Personal de las Fuerzas Armadas .
28. Congreso Nacional . (2016). Ley del personal de las fuerzas armadas . Obtenido de Registro Oficial Suplemento 660 de 10-abr.-1991: https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2017/08/LEY_PERSONAL_FUERZAS_ARMADAS.pdf
29. Congreso Nacional. (1998). Constitución Política del Ecuador. Obtenido de Decreto Legislativo No. 000. RO/ 1.

30. Couture, E. (1958). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. IBdeF Montevideo. Cueva-Carrión, L. (2013). El debido proceso. Ediciones Cueva Carrión.
31. Cuestiones Constitucionales(7).
32. De-Fazio, F. (2018). La teoría de los principios. Un estado de la cuestión. Lecciones y Ensayos(100),43-68. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/100/la-teoria-de-los-principios.pdf>
33. Defensoría del Pueblo. (2016). Resolución de Revisión No. 036-ADHN-DPE. Trámite defensorial
34. Díaz, D. (2018). Análisis técnico del impacto de la reforma de la justicia militar en la jurisdicción penal y jurisdicción militar disciplinaria y sus incidencias en las Fuerzas Armadas en el Ecuador. Recuperado el 2020, de Universidad Central del Ecuador: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/19290/1/T-UCE-0013-JUR-015-P.pdf>
35. Díez, M., & González, F. (1977). Manual de Derecho Administrativo (Vol. I). Quito, Ecuador : Plus Ultra.
36. Dworking, R. (1997). Taking Rights Seriously.
37. Fix, H. (1985). Ejercicio de las Garantías Constitucionales sobre la eficacia del proceso. Madrid
38. GABILEX.
39. Galarza, E. (2017). Aplicación de los preceptos del debido proceso en los procedimientos disciplinarios que se tramitan en las Fuerzas Armadas. Obtenido de Universidad Andina Simón Bolívar: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5684/1/T2324-MDP-Galarza-Aplicacion.pdf>
40. Gozaini, O. (2012). El debido proceso constitucional. Reglas para el Control de los Poderes.
41. Guanoluisa, M. (2013). Imposición de arresto simple o arresto de rigor al personal de las Fuerzas Armadas ecuatorianas además de ser ilegal vulnera el derecho constitucional de proporcionalidad . Obtenido de <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/4748/1/Guanoluisa%20Comina%20Miguel%20c3%81ngel.pdf>
42. Guastini, R. (2001). Estudios de Teoría Constitucional (Primera ed.). (M. Carbonell, Ed.) México D.F., México.

43. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf
44. Ibarra, F. (2016). Alcance de las Sanciones disciplinarias y los recursos administrativos en las fuerzas Armadas y su repercusión en la institución armada. Quito, Ecuador. Obtenido de <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/5997/1/129442.pdf>
45. Isidro, J. (2016). Necesidad de derogar la sanción disciplinaria administrativa de arresto para servidores públicos de la policía boliviana. La Paz, Bolivia .
46. Jiménez, O. (2018). Reflexiones en torno al derecho a la libertad. *Revista Iberoamericana de Producción Académica y Gestión Educativa*, 5(10).
47. Jordan, L. (2019). Los derechos fundamentales en el ámbito de la justicia militar y los procesos administrativos disciplinarios. Arequipa , Perú.
48. López, S. (2020). Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial en el constitucionalismo ecuatoriano*. *Cuestiones Constitucionales* .
49. Lozano, F. (2015). Análisis de Constitucionalidad de las sanciones disciplinarias contempladas en la legislación militar. Obtenido de <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/1954/1/Tesis.pdf>
50. Martínez, A. (1997). La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.
51. Martínez, J. (2017). Procedimientos disciplinarios en las Fuerzas Armadas del Ecuador y el Derecho al Debido Proceso. Obtenido de <http://45.238.216.28/bitstream/123456789/6500/1/PIUAMCO034-2017.pdf>
52. Ministerio de Defensa. (2014). Oficio MDN-VCM-2014-0486-OF. Ecuador . Recuperado el 2020 Ministerio de Defensa Nacional. (Octubre de 2014). REGLAMENTO SUSTITUTIVO AL REGLAMENTO DE DISCIPLINA MILITAR. Obtenido de Acuerdo Ministerial No. 344: https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/12/REGLAMENTO-DISCIPLINA-MILITAR-EN-VIGENCIA-ACTUALIZADO-AL-24-OCT-2013_nov15.pdf
53. Ministerio del Interior. (2014). Acuerdo Ministerial No. 4766. Ecuador. Recuperado el 2020
54. Montero, D. (2017). Derecho disciplinario militar y derechos humanos en Colombia 2004-2014. *VieI*, 12(1), 37-66. Obtenido de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3563/3451>

55. Morantes, G. (2016). El Soldado que presta el servicio militar es objeto de reproche disciplinario. Bogotá. Obtenido de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/15735/MorantesManceraGiselleMilena2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
56. Mosquera, H. (2014). El debido proceso como Institución. *Revista Ensayos Penales*, 91.
57. Nuño, I. (2016). Derecho Administrativo Sancionador, Principios de la potestad sancionadora.
58. Obtenido de <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3275/3087>
59. Obtenido de Registro Oficial (Separata) núm. 160. Oficio No. SAN-2010-178.
60. ORDINARIA Y TRANSICIONAL. *Principia Iuris*, 17(30), 80-103. Obtenido de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/1670/1518>
61. Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado el 2020, de <https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/2015/04/DECLARACION%20DE%20LOS%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>
62. Organización de los Estados Americanos. (1969). CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José). Obtenido de Departamento de Derecho Internacional : https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
63. Paca, E. (2015). Proyecto de reforma al reglamento disciplinario que garantice el mandato constitucional del derecho a la libertad en los miembros de las Fuerzas Armadas. Riobamba, Ecuador .
64. Plascencia, R. (2000). *Teoría del Delito* (Primera Edición, Segunda reimpresión ed.). México . Prieto-Sanchís, L. (1982). *La jurisprudencia Constitucional y el Problema de las Sanciones*
65. Prieto-Sanchís, L. (2016). *Los Derechos Sociales como Derechos Fundamentales* .
66. Rangel, A. (2012). El Fuero Penal Militar: Una comparación internacional. *Cuadernos de Derecho Penal*, 99-106.
67. Recensiones, 276-286.
68. Román, A. (2018). El Paradigma garantista de los derechos humanos en los procesos ejecutados en la Justicia Penal Militar. Obtenido de Universidad Militar Nueva Granada :

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/17303/RomanOrtegaAngelicaLucia2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

69. Schmitt, C. (1927). *Teoría de la Constitución*. (Ayala, Trad.) Madrid: Alianza.
70. Suárez, M. (2016). *Ley, Principios Jurídicos y Derechos fundamentales en el actuar de los jueces y legisladores. Una propuesta positivista ante la templanza del constitucionalismo*. *Derechos y Libertades* (36), 219-247. doi:DOI: 10.14679/1042
71. Taípe, C. (25 de Abril de 2019). *La justicia para miembros de las Fuerzas Armadas*. *La Hora*. Recuperado el 2020, de <https://www.lahora.com.ec/santodomingo/noticia/1102238863/la-justicia-para-miembros-de-las-fuerzas-armadas>
72. Valdés, D. d. (2015). *La igualdad constitucional: múltiple y compleja*. *Revista chilena de Derecho*, 42(1), 153-187.
73. Vásquez, D., & Gil, L. (2016). *La Justicia Militar: una mirada desde la realidad*. *Vlél*, 11(2), 39-68.
74. Vásquez, D., & Gil, L. (2016). *Las conductas punibles y faltas contra la disciplina y el servicio en la justicia penal militar y en el Reglamento de Régimen disciplinario*. *Revista Científica General José María Córdova*, 14(18), 49-72. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/4762/476255360004.pdf>
75. Velasteguí, C. (2017). *Estudio comparado de la aplicación del art. 10 del COIP en el Juzgamiento de faltas disciplinarias entre Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Ecuador*. Obtenido de Universidad Tecnológica Indoamérica: <http://repositorio.uti.edu.ec/bitstream/123456789/769/1/TESIS%20%28Velas%20tegu%20c%20a%20d%20Cabezas%20Carlos%20Sebasti%20a%20n%20.pdf>
76. Vitón-Burga, E. (2016). *El contenido esencial y su vinculación con otros aspectos de la teoría general de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TC*. *Doctrina Constitucional*, 183-212.
77. Zambrano, L. (2018). *EL Control Constitucional y la limitación en la administración de Justicia en el Ecuador*. Obtenido de Universidad Católica Santiago de Guayaquil: <http://192.188.52.94:8080/bitstream/3317/11975/1/T-UCSG-POS-MDC-162.pdf>

78. Zambrano, S. (2016). El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador. *Tla-melaua*, 9(39). Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-69162016000100058

© 2021 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).