

Quito, D.M., 04 de julio de 2024

CASO 916-22-JP

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR,
EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES,
EMITE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA 916-22-JP/24

Resumen: La Corte Constitucional revisa una acción de protección presentada en contra del Ministerio de Defensa y las Fuerzas Armadas, bajo el argumento de que dicha entidad pública vulneró los derechos a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, imagen propia y seguridad jurídica del accionante al haberlo declarado no apto en la fase de ficha médica, dentro del proceso de selección para oficial especialista de las Fuerzas Armadas, por presentar un microlito testicular y un tatuaje en el pectoral izquierdo de tamaño mayor a la palma de su mano. La Corte Constitucional resuelve declarar la violación de los referidos derechos y aceptar la acción de protección planteada por el accionante.

1. Antecedentes	2
1.1. Actuaciones procesales.....	2
2. Competencia.....	4
3. Debate procesal	5
3.1. Pretensiones de la parte accionante y sus fundamentos	5
3.2. Argumentos de la parte accionada.....	7
4. Hechos.....	9
4.1. Hechos no controvertidos	9
4.2. Hechos probados	11
5. Objeto de la revisión y planteamiento de los problemas jurídicos.....	14
6. Resolución de los problemas jurídicos.....	16
6.1 ¿Las Fuerzas Armadas vulneraron el derecho a la igualdad y no discriminación, así como al libre desarrollo de la personalidad y la imagen propia del accionante, al declararlo no apto –en la fase de ficha médica- por presentar un tatuaje en el pectoral izquierdo de tamaño mayor a la palma de su mano?.....	16
6.2 ¿Las Fuerzas Armadas vulneraron el derecho a la seguridad jurídica del accionante al declararlo no apto –en la fase de ficha médica- por presentar microlito testicular y un tatuaje en el pectoral izquierdo de tamaño mayor a la palma de su mano?	28
6.3 Reparación Integral.....	32

7. Decisión..... 35

1. Antecedentes

1.1. Actuaciones procesales

1. El 14 de junio de 2021 R.A.J.G¹ (“actor” o “accionante”) presentó una acción de protección con medida cautelar² en contra del Ministro de Defensa en calidad de representante legal del Ministerio de Defensa; el Director General de Talento Humano de la Armada del Ecuador; el Comandante General de la Marina (“entidades accionadas” o “accionadas”); y, el Procurador General del Estado, en la que impugnó la actuación de la Armada del Ecuador respecto a declararlo no apto en la ficha médica e impedir que continúe en el proceso de selección para oficiales especialistas 2020 – 2021. Luego de ser signada con el número correspondiente, la causa recayó en el Tribunal de Garantías Penales (“Tribunal de Garantías”).
2. En sentencia de 14 de septiembre de 2021, el Tribunal de Garantías resolvió negar la acción considerando que no se ha demostrado cómo se habrían vulnerado los derechos invocados.³
3. Inconforme con la decisión, el actor interpuso recurso de apelación, mismo que recayó en la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia (“Sala Especializada”). En sentencia de 15 de febrero de 2022, la Sala Especializada rechazó el recurso y confirmó la sentencia de primer nivel.⁴

¹ Durante el desarrollo de la sentencia, esta Corte utilizará la nominación “R.A.J.G”, y omitirá el nombre del accionante en las citas textuales, en atención a lo prescrito en el artículo 66 numerales 19 y 20 de la Constitución de la República que consagran los derechos a la protección de datos de carácter personal y la intimidad personal y familiar, y la resolución 009-CCE-PLE-2021 sobre el Protocolo de Información confidencial de la Corte Constitucional. Lo mismo ocurre respecto a las judicaturas y sus jurisdicciones territoriales.

² En el auto de calificación de la demanda se negó la medida cautelar solicitada al considerar que no cumplía los requisitos de procedencia.

³ En lo principal, el Tribunal de Garantías resolvió rechazar la demanda, al considerar que no se verificaron violaciones de derechos. Así, el Tribunal de Garantías manifestó: “No se considera que existe discriminación por cuanto ambas partes han coincidido en que existen condiciones que cumplir para ingresar a la Armada del Ecuador. Con relación al derecho al trabajo no es que se ha violentado el derecho al mismo, no cumplió con los requisitos solicitados”.

⁴ En lo que respecta a la Sala Especializada, esta descartó la existencia de violaciones a derechos constitucionales. Así, determinó: “De las constancias procesales se puede advenir que la Dirección General de Talento Humano realiza el estudio de la documentación requerida [...] para ingresar a la Armada del Ecuador, que de acuerdo a los actos señalados como violatorios de los derechos, han sido emitidos en cumplimiento de la Ley de Personal de Fuerzas Armadas y sus reglamentos”. Siendo que: “Este Tribunal de Alzada concuerda con el Tribunal de primer nivel al considerar que NO (sic) se ha vulnerado el derecho a la seguridad jurídica

4. El 21 de marzo de 2022, el accionante presentó acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de segundo nivel, la cual fue admitida a trámite en auto de 08 de julio de 2022.⁵
5. El 17 de marzo de 2022, la sentencia ejecutoriada de la acción de protección de origen ingresó a la Corte Constitucional para el proceso de selección y revisión, y fue signada con el número 916-22-JP.
6. El 15 de agosto de 2022, la Sala de Selección de la Corte Constitucional, conformada por los jueces constitucionales Jhoel Escudero Soliz, Enrique Herrería Bonnet y Alí Lozada Prado, seleccionó el caso 916-22-JP para emitir jurisprudencia vinculante y desarrollar derechos, por encontrar que se verificaron los parámetros de selección⁶ previstos en el artículo 25 numeral 4 literales a) y b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“**LOGJCC**”) en concordancia con el artículo 9 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional (“**CRSPCCC**”), y ordenó que se oficie a la judicatura pertinente para que se remitan los expedientes correspondientes.
7. El 14 de septiembre de 2022, el Pleno de la Corte Constitucional sorteó la causa y el conocimiento de ésta correspondió a la jueza constitucional Carmen Corral Ponce. Quien el 03 de febrero de 2023, avocó conocimiento del caso.
8. El 03 de febrero de 2023, la jueza sustanciadora convocó a las partes procesales a audiencia reservada, la misma que se llevó a cabo el 09 de febrero de 2023, a las 16h30.

establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, pues se ha cumplido por parte de la entidad accionada, con lo que expresa claramente la Ley Orgánica de Defensa Nacional, la Ley de Personal de Fuerzas Armadas y sus reglamentos”, de modo que: “[no se ha afectado] el derecho al trabajo ya que el legitimado activo recurrente no cumplió con los requisitos solicitados y establecidos por la directiva CCP2020-0010 en sus numerales 11 y 15”.

⁵ Causa 1048-22-EP, admitida a trámite por el Tribunal conformado por los jueces Karla Andrade Quevedo, Alí Lozada Prado y Richard Ortiz Ortiz.

⁶ Al respecto, el auto de selección de 15 de agosto de 2022 indicó lo siguiente: “El caso cumple con el parámetro de gravedad en tanto, este Organismo podría revisar si los requisitos para ser admitido en un proceso de reclutamiento en el ámbito militar resultan discriminatorios y podrían no estar relacionados directamente con la capacidad o impedimento para ejecutar las tareas que debería cumplir el aspirante en caso de ser seleccionado, y si esto entra en conflicto con los derechos a la igualdad y no discriminación debido a la presencia de un tatuaje o de una condición médica que no sería incapacitante. La causa objeto de este auto de selección también resulta novedosa por cuanto la Corte Constitucional podría pronunciarse, en el marco de los procesos de reclutamiento, sobre los derechos a la libertad de expresión y libre desarrollo de la personalidad que podrían estar relacionados con tener un tatuaje. Así, analizar si existe o no discriminación por la presencia de tatuajes”.

A esta, comparecieron el accionante y, por medio de sus defensores técnicos, la Comandancia General de la Armada del Ecuador y el Ministerio de Defensa.

9. El 10 de febrero de 2023, el accionante del proceso de origen ingresó tres escritos idénticos a los que acompañó su certificado de matrimonio y el certificado de nacimiento de sus tres hijos.
10. El 24 de febrero de 2023, el Comando General de la Armada presentó un escrito adjuntando: (i) el Oficio ARE-COGMAR-PIN-2023-0119-O de 10 de febrero de 2023; (ii) el Oficio ARE-DIGTAH-AJU-2023-0269-O de 22 de febrero de 2023; (iii) el Oficio ARE-DIRSAN-SAN-2023-0136-O de 13 de febrero de 2023; (iv) Directiva CC.FF.AA-DIGSFA-p-2020-01-O Normativa aplicable al Proceso de Selección Médico-Odontológico y Psicológico, para la Admisión de Talento Humano que Ingresará a las Escuelas de Formación de las Fuerzas Armadas y su respectivo Anexo A.
11. El 27 de febrero de 2023, el Comando General de la Armada presentó un escrito donde adjunta: (i) el Oficio ARE-COGMAR-JUR-2023-0162-O de 27 de febrero de 2023; (ii) el Oficio CCFFAA-JCC-DAJ-P-2023-1770-O de 17 de febrero de 2023; (iii) el Informe CCFFAA-DIGSFA-DIGSFA-2023-103 de 17 de febrero de 2023; (iv) la Normativa aplicable al Proceso de Selección Médico-Odontológico y Psicológico, para la Admisión de Talento Humano que Ingresará a las Escuelas de Formación de las Fuerzas Armadas y su respectivo Anexo A, este último ya habría sido ingresado con antelación el 24 de febrero de 2023.
12. En sesión del 21 de noviembre de 2023, el Tercer Tribunal de Sala de Revisión de la Corte Constitucional, conformado por las juezas constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez y el juez constitucional Richard Ortiz Ortiz,⁷ aprobó el proyecto de sentencia presentado por la jueza sustanciadora.

2. Competencia

13. En virtud de lo dispuesto en el artículo 436 numeral 6 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 2 numeral 3 y 25 de la LOGJCC, el Pleno de la Corte Constitucional es competente para expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante o precedente de carácter *erga omnes*, en los procesos constitucionales

⁷ El 30 de agosto de 2023, se sorteó la Tercera Sala de Revisión conformada por las juezas constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez y el juez constitucional Richard Ortiz Ortiz, misma que actuó por el período de seis meses.

seleccionados para su revisión. Cabe mencionar que la sentencia se circunscribirá a revisar el proceso de origen con miras a reparar posibles daños por vulneraciones de derechos constitucionales, como se detalla en la sección 5 de la presente sentencia.

3. Debate procesal

3.1. Pretensiones de la parte accionante y sus fundamentos

- 14.** En su demanda de acción de protección y recurso de apelación, el accionante solicitó que se declare la vulneración de sus derechos constitucionales a la igualdad (art. 11 numeral 2 CRE); el derecho al trabajo (art. 33 CRE); el derecho a la libertad de expresión (art. 39 CRE); el derecho a una vida digna que asegure el trabajo (art. 66 numeral 2 CRE); el derecho de familia (art. 69 CRE); el derecho al debido proceso (art. 76 numeral 1, 4 y 7 literal C) de la CRE); y el derecho a la seguridad jurídica (art. 82 CRE).
- 15.** Por lo tanto, solicitó que se disponga: “la nulidad” de los actos administrativos donde se resuelve su separación del proceso de oficiales especialistas 2020 – 2021 de las Fuerzas Armadas al declararlo no apto en la ficha médica; pedir disculpas públicas al accionante; la reincorporación de forma inmediata a rendir las pruebas correspondientes a la siguiente fase del proceso; la sanción a los responsables de la vulneración de sus derechos; la adopción de garantías de no repetición; y, se conceda la reparación económica.
- 16.** Como antecedentes del caso, el accionante expone lo siguiente:⁸
 - 16.1** El 10 de febrero de 2020 se abrieron las postulaciones en línea para aplicar al cargo de oficial especialista e ingresar a las Fuerzas Armadas, dentro del cronograma previsto para el efecto, R.A.J.G presentó su carpeta. Esta última fue aceptada a inicios de marzo de 2020. Cabe acotar que dicho proceso de postulación se suspendió en virtud de la pandemia provocada por el COVID-19.
 - 16.2** Al año siguiente, esto es, marzo de 2021, las Fuerzas Armadas volvieron a convocar a los aspirantes y resolvieron unificar a los aspirantes del año 2020 y 2021. Motivo por el cual, los postulantes que tenían la carpeta aprobada, como es el caso de R.A.J.G, debían presentarse para que se les practique los exámenes correspondientes a fin de emitir la ficha médica.⁹

⁸ Esto se extrajo del expediente del proceso de origen, esto es, la acción de protección.

⁹ El accionante refiere que, a efectos de que se le practique los exámenes médicos necesarios para aprobar la fase de ficha médica, tuvo que cancelar un valor de USD \$ 400.00.

- 16.3** El 27 de abril de 2021, el accionante se presentó en la empresa I.M., compañía contratada para llevar a cabo las pruebas médicas respectivas. Al dar la prueba de diagnóstico con el médico correspondiente, se le manifestó que tenía un microlito en el testículo izquierdo. A lo que el médico correspondiente le habría contestado que no existe ningún riesgo y que tampoco lo prohíbe la Directiva CC.FF.AA.-DIGSFA-P-2020-01-O.
- 16.4** No obstante, manifiesta que las irregularidades habrían comenzado cuando el médico le preguntó si tenía un tatuaje. Frente a ello el actor contestó que sí, que tiene un tatuaje en el pectoral izquierdo. Seguido de eso se levantó la camiseta para que el doctor le realice la valoración médica del tatuaje y su tamaño. El accionante habría notado que “el médico tuvo determinados gestos que no fueron los mejores”, “incluso le habría deseado suerte en el proceso, señalando que esperaba que no consideren al tatuaje como impedimento por cuanto se encontraba apto de salud”.
- 16.5** El 07 de mayo de 2021, el accionante habría revisado su cuenta en la página oficial de la Armada y en esta habrían publicado que: “Le informamos que usted se encuentra ‘NO APTO’ en la fase de ‘Ficha Médica’ por encontrarse dentro de las causas establecidas en la Directiva CC.FF.AA.-DIGSFA-P-2020-01-O la cual norma la admisión de talento humano que ingresará a las Escuelas de Formación de las FFAA”.
- 16.6** El 09 de mayo de 2021, la empresa I.M. habría enviado los resultados en archivo *pdf* al accionante de los exámenes médicos que le fueron practicados. Al estudiarlos con profesionales de la salud, el accionante se percataría de que todo estaba en orden por lo que no habría impedimento para considerarlo apto.
- 16.7** El 12 de mayo de 2021, el accionante se dirigió a la Base Naval Norte Reclutamiento a solicitar información sobre su situación, un oficial de marina que tendría el cargo de teniente de Navío de Superficie le manifestó que el accionante estaba “eliminado” del concurso y que “los cadetes de la escuela naval no pueden tener un tatuaje, que ya estaba tomada la decisión”. También le habría indicado que cualquier reclamo debía dirigirlo al director de Talento Humano.
- 16.8** En tal virtud, indica el accionante que, sin fundamento alguno, no pudo “sustentar [su] descalificación, y que [se sintió] discriminado al no permitirle seguir en el proceso pese a haber aprobado la ficha médica”.

3.2. Argumentos de la parte accionada

Fuerzas Armadas y Ministerio de Defensa

17. En su intervención en la audiencia, los representantes del Ministerio de Defensa Nacional y la Comandancia General de la Armada solicitaron que se declare sin lugar la demanda y sostuvieron lo siguiente:¹⁰

17.1 Que el artículo 160 y 188 de la Constitución permite que las Fuerzas Armadas se sometan a un régimen especial, en virtud del cual se ha indicado que para que personal militar pueda ingresar a las Fuerzas Armadas, debe cumplir con los requisitos establecidos por la Ley Orgánica de Defensa Nacional, la Ley de Personal de Fuerzas Armadas y sus reglamentos.

17.2 Que el accionante no habría pasado la prueba de la ficha médica, misma que es de suma importancia para ingresar a las Fuerzas Armadas y que está regulada en la Directiva correspondiente.

17.3 Que el accionante tiene un microlito en el testículo izquierdo y que la Directiva precisa que son causas de no aptitud para el ingreso: “otras enfermedades y defectos del sistema del lito urinario que requiera tratamiento frecuente y prolongado”. Por lo tanto, el microlito en el testículo izquierdo consiste “en una afección poco frecuente diagnosticada en una ecografía y que consiste en una [enfermedad] patológica asintomática” y tiene “alguna especie de asociación a futuro si no es debidamente tratada”, considerando que la actividad física será extenuante y ello “agravará la situación” del accionante.

17.4 Que la Directiva también precisa que es causa de no aptitud para el ingreso el tener un tatuaje con “3 especificaciones”, esto es, “por estar visible al uso del uniforme o simbolismo” “el que es evaluado por la cicatriz” “se acepta el tatuaje de menos del 1%”. Así, indica que la ficha médica no habría sido realizada por la Armada sino por una empresa privada y que ellos detectaron la presencia de un tatuaje en el pectoral izquierdo mayor a la palma de la mano.

¹⁰ Esto se extrajo del expediente del proceso de origen, esto es, la acción de protección.

17.5 Que cuando se presenta acción de protección contra una autoridad, se tiene que demostrar que la autoridad ha vulnerado sus derechos constitucionales, lo que no se habría vulnerado y que de su intervención se desprende inconformidades propias de un proceso de reclutamiento.

Procuraduría General del Estado

18. En escrito presentado el 27 de julio de 2021, la Procuraduría General del Estado (“**PGE**”) solicitó que se declare sin lugar la acción de protección por improcedente, al considerar que no se han vulnerado derechos constitucionales y que existe la vía alternativa para impugnar el acto administrativo. Al respecto sostuvo:¹¹

18.1 Que el accionante ha invocado el derecho a la igualdad y no discriminación; sin embargo, para que exista trato discriminatorio debe cumplirse el elemento de comparabilidad, situación que no ocurriría en el presente caso al no haber demostrado que un aspirante en su misma situación sí pudo seguir en el proceso de selección.

18.2 Que asimismo debe demostrarse el cumplimiento del elemento de constatación. El cual “se cumple cuando el legitimado activo haya adecuado algún tipo de trato diferenciado en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 11.2 de la [CRE], es decir que haya sido discriminado por razón de sexo, ideología, religión, edad, etnia, etc.”. Situación que tampoco se habría constatado en el presente caso.

18.3 Que no existe vulneración a la seguridad jurídica porque “al momento de iniciar el proceso de reclutamiento se somete a las disposiciones que regularán dicho procedimiento, siendo que la normativa se encontraba “elevada en el portal informático de las Fuerzas Armadas”. Por lo que “al ser una normativa clara, previa y pública cumple con lo dispuesto en el artículo 82 [de la CRE]”.

18.4 Que la “valoración médica no fue realizada por ningún funcionario o personal de las Fuerzas Armadas por lo que no podría atribuirse esta valoración como un acto arbitrario hecho por la Institución demandada”.

18.5 Que “en ningún momento se establece al trabajo como un derecho absoluto, y se debe tomar en cuenta las limitaciones que cada trabajo les propone [...]” por lo que,

¹¹ Esto se extrajo del expediente del proceso de origen, esto es, la acción de protección.

“al no haber cumplido con los requisitos necesarios para acceder al cargo de oficial especialista dentro de la Armada del Ecuador, no se le ha vulnerado de ninguna manera su derecho al trabajo y por consiguiente tampoco se vulnera el derecho a una vida digna que asegure trabajo”.

4. Hechos

4.1. Hechos no controvertidos

- 19.** En procesos de garantías jurisdiccionales la determinación de los hechos probados debe realizarse con base en las disposiciones de la LOGJCC y, en lo que resulte compatible con la naturaleza de cada acción, subsidiariamente, con base en las normas del Código Orgánico General de Procesos (“**COGEP**”) y del Código Orgánico de la Función Judicial (“**COFJ**”).
- 20.** Ante la ausencia de norma expresa en la LOGJCC, la valoración de la prueba debe realizarse de conformidad con las normas generales determinadas en el artículo 164 del COGEP, debiendo la parte probar los hechos que alega, salvo aquellos que no lo requieran.¹² Así, de conformidad con el artículo 163 del COGEP, los hechos que no deben ser probados son: (i) los hechos afirmados por una parte y admitidos por la otra en la contestación a la demanda o reconvención y la audiencia preliminar; (ii) los hechos imposibles; (iii) los hechos notorios o públicamente evidentes; y, (iv) los hechos que la ley presume de derecho.
- 21.** Esta Corte Constitucional, en sentencia 1095-20-EP/22, determinó, entre otros, los elementos que deben observarse al momento de valorar la prueba en garantías jurisdiccionales. Así, determinó lo siguiente:

70. En suma, en procesos de garantías jurisdiccionales, la valoración de la prueba deberá realizarse considerando, entre otros elementos, los siguientes:

70.1. En todo proceso de garantías jurisdiccionales debe realizarse la valoración de las pruebas admitidas en el proceso. Solo ante la insuficiencia probatoria, corresponde que la o el juzgador aplique la regla de la carga de la prueba, prevista en el artículo 16 de la LOGJCC. Según esta regla, debe tenerse como ciertos los hechos alegados por el accionante cuando (i) la entidad pública no demuestre lo contrario o no suministre la información requerida y (ii) de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.

¹² A excepción de los hechos que no requieren prueba, de conformidad con los artículos 162 y 163 del COGEP, así como 16 de la LOGJCC.

70.2. Deben probarse los hechos afirmados por las partes, excepto aquellos que no lo requieran. No requieren probarse los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria, así como los demás hechos señalados en el artículo 163 del COGEP.¹³

70.3. El estándar de prueba requerido para considerar probado un hecho es el de mayor probabilidad: Si a partir del acervo probatorio se puede concluir que es razonablemente más probable que un hecho haya ocurrido, el estándar se encuentra satisfecho.

70.4. Las y los juzgadores deben valorar las pruebas admitidas al proceso de forma conjunta y bajo las reglas de la sana crítica.

70.5. Las y los juzgadores deben siempre valorar la declaración de la presunta víctima, pero dicha declaración no puede tomarse de forma aislada, sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso, tomando en cuenta su contexto y relación con las demás pruebas.

22. Con base en lo anterior, esta Corte concluye que los siguientes hechos no son controvertidos:

22.1 Que el accionante se postuló para oficial especialista de las Fuerzas Armadas en 2020;

22.2 Que por motivo de la pandemia el proceso de selección se pospuso y fue reanudado en 2021;

22.3 Que un proveedor externo (compañía privada) fue contratado para realizar los exámenes médicos a los postulantes;

22.4 Que en los exámenes médicos al accionante se le diagnosticó microlito testicular y también se incluyó en los resultados médicos que tenía un tatuaje en su pectoral izquierdo;

22.5 Que en 2021 el accionante fue calificado como “no apto” en su ficha médica, impidiéndolo continuar en el proceso de postulación para ingresar a las Fuerzas Armadas.

¹³ COGEP, artículo 163: “Hechos que no requieren ser probados. No requieren ser probados: 1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar o en la segunda fase de la audiencia única. 2. Los hechos imposibles. 3. Los hechos notorios o públicamente evidentes. 4. Los hechos que la ley presume de derecho”.

23. Ahora bien, el accionante refiere que ha sido discriminado por parte de la entidad accionada toda vez que presenta un diagnóstico de microlito testicular que no ostenta “ningún riesgo y que tampoco lo prohíbe la Directiva CC.FF.AA.-DIGSFA-P-2020-01-O”. Además, al haberse constatado que el accionante tiene un tatuaje en su pectoral izquierdo, este habría sido sujeto de discriminación, pues se encontraba “óptimo de salud”. Así, el accionante precisa que “todo estaba en orden por lo que no habría impedimento para considerarlo apto”.
24. Por su parte, tanto las Fuerzas Armadas, como el Ministerio de Defensa, aducen que el accionante no habría sido sujeto de discriminación alguna por cuanto estaría inmerso en dos causales de inadmisión de la Directiva aplicable a los procesos de calificación de la aptitud psicofísica para el ingreso a las FF.AA (“**Directiva**”).
25. Así, indican que el accionante tendría un microlito testicular, situación que se encontraría incurra en una causal de inaptitud de la normativa aplicable al proceso de selección, esto es, “[tener] otras enfermedades y defectos del sistema del lito urinario que requiera tratamiento frecuente y prolongado”. A decir de la entidad demandada, esto sería así por cuanto el microlito es “una afección poco frecuente diagnosticada en una ecografía y que consiste en una [enfermedad] patológica asintomática”. Situación que sería de extrema importancia, según las entidades accionadas, por cuanto la preparación física y entrenamiento al que estaría sujeto el accionante empeorarían su condición.
26. Respecto al tatuaje, las accionadas refieren que tampoco se habría discriminado al accionante en virtud de que la Directiva prevé como causal de inaptitud tener un tatuaje que cumpla con “tres especificaciones”. En este orden de ideas, sostienen que la ficha médica no habría sido realizada por la Armada sino por una empresa privada, siendo que esta última habría detectado la presencia de un tatuaje en el pectoral izquierdo mayor a la palma de la mano.
27. De lo anterior se colige que las partes disputan la existencia de causales de inaptitud dentro de la ficha médica del accionante, siendo que este último refiere que, al no tener ningún impedimento de salud para continuar en el proceso de calificación para ingresar a las Fuerzas Armadas, él habría sido discriminado por tener un tatuaje. Situación que refutan las entidades accionadas al decir que se le ha aplicado el mismo trato que a todos los participantes del proceso de calificación.

4.2. Hechos probados

28. Del acervo probatorio se desprende lo siguiente:

28.1 A foja 7 del primer cuerpo del proceso de origen consta un correo electrónico de fecha 12 de mayo de 2021, enviado al accionante por el doctor que le realizó el examen médico, esto como respuesta al pedido del accionante de que el doctor rectifique su calificación de aptitud conforme a lo conversado, ya que el médico habría colocado inicialmente el diagnóstico de microlito testicular y tatuaje en pectoral izquierdo de tamaño mayor a la palma de la mano, indicando en la ficha médica del aspirante que no sería apto por las consideraciones anteriores. En dicho correo, mismo que no fue considerado por los jueces de primer, ni segundo nivel en la acción de protección que presentó el accionante, pese a haber sido presentado como prueba debidamente notariada con la demanda, y no haber sido refutada por las entidades accionadas, consta:

[e]n respuesta al requerimiento del aspirante [R.A.J.G]

En la revisión de su historia clínica en las conclusiones consta como:

No apto por microlito en testículo (sic) izquierdo y tatuaje en región pectoral izquierda mayor a la palma de la mano-

En nueva revisión de la historia clínica puedo reconfirmar con esta siguiente valoración:

APTO CON TATUAJE EN ZONA NO VISIBLE

MICROLITO DE TESTICULO IZQUIERDO NO ES CAUSA DE NO APTITUD DE ACUEDO (sic) A FOLLETO solo se lo menciona por constar en ecografía. (énfasis en el original).

28.2 En el Informe CCFFAA-DIGSFA-DIGSFA-2023-103 de 17 de febrero de 2023, remitido por el Comando General de la Armada y elaborado por el Director General de Sanidad de Fuerzas Armadas y Salud, dirigido a la jueza ponente del caso 916-22-JP, a foja 184 del proceso constitucional consta en el acápite C de conclusiones lo siguiente respecto al diagnóstico de microlito testicular: “[a]l realizar la revisión correspondiente del término ‘LITO TESTICULAR’ se puede verificar que corresponde a Microlitiasis testicular y que existe mucha discrepancia de si se lo puede encasillar o no en el literal kk [...] ya que su significado clínico está en debate”. También precisa que: “[e]n el caso de ‘LITO TESTICULAR’ su denominación tal y como se la enuncia anteriormente no se encuentra clasificada en ningún ítem de las partes de APARATO GENITOURINARIO [...]” (énfasis en el original).

- 28.3** En el Informe CCFFAA-DIGSFA-DIGSFA-2023-103 de 17 de febrero de 2023, remitido por el Comando General de la Armada y elaborado por el Director General de Sanidad de Fuerzas Armadas y Salud, dirigido a la jueza ponente del caso 916-22-JP, a foja 184 del proceso constitucional consta en el acápite C de conclusiones lo siguiente respecto al parámetro de existencia de tatuajes: “[...] las condiciones para considerar la NO IDONEIDAD se han explicado con detalle anteriormente y depende exclusivamente de si el médico que realizó el examen físico del aspirante dio cumplimiento a los criterios que se detallan [...] en la Directiva”. En el mismo informe consta que: “[si] un aspirante presenta un tatuaje tamaño mayor a la palma de la mano sin dedos que es visible con los distintos uniformes y vestimenta militares, y, además, si presentare una simbología que atente contra la institucionalidad será considerado como causa de no idoneidad en el aspirante” (énfasis en el original).
- 29.** Ahora bien, de conformidad con el artículo 16 de la LOGJCC, se invierte la carga probatoria en los casos en los que el accionante alegue discriminación o la entidad accionada sea una de derecho público. En ese sentido, se presumen verdaderos los hechos de la demanda y le corresponde al demandado desvirtuar lo anterior, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.
- 30.** Considerando lo antedicho, si bien la entidad accionada ha afirmado que el accionante habría incurrido en causales de inaptitud, el Informe CCFFAA-DIGSFA-DIGSFA-2023-103 de 17 de febrero de 2023, presentado por el Comando General de la Armada a la jueza ponente del caso 916-22-JP, da cuenta de que ello no habría ocurrido. Esto porque el diagnóstico de microlito testicular no está catalogado como causal de no aptitud según la Directiva vigente, situación que ha corroborado el Informe antedicho. Por el contrario, del propio Informe se colige que esta condición, en principio, ni siquiera se encasillaría en la causal de no aptitud prevista en el numeral 11 literal kk) de la Directiva.¹⁴ Se realiza esta precisión en atención a que las entidades accionadas adujeron, como parte de su defensa en la acción de protección, que el diagnóstico del accionante estaría inmerso en dicha causal de no aptitud.
- 31.** Por otro lado, respecto al tatuaje, tanto la Directiva, como el Informe CCFFAA-DIGSFA-DIGSFA-2023-103 de 17 de febrero de 2023, presentado por el Comando General de la Armada a la jueza ponente del caso 916-22-JP, son claras en determinar que es causal de

¹⁴ Anexo A de la Directiva, causal kk) prevista en el numeral 11 Sistema Genitourinario de la Directiva precisa: “Otras enfermedades y defectos del sistema del lito urinario que requiera tratamiento frecuente y prolongado”.

no aptitud el tatuaje visible de tamaño mayor a la palma de la mano sin dedos; o, que contenga simbología que atente contra la institucionalidad.¹⁵ En el presente caso, es un hecho no controvertido que el accionante tiene un tatuaje en su pectoral izquierdo, esto es, un tatuaje no visible de conformidad con el mismo parámetro previsto en la Directiva que señala: “tatuajes que pudieren ser visibles vistiendo las diferentes modalidades de uniformes militares: cara, cuello, tercio medio de brazo hasta dedos, tercio medio de muslo hacia dedos”. Por lo mismo, si bien el tatuaje excedería el tamaño permitido por la Directiva, pues no se ha disputado lo contrario, el mismo está en una zona no visible.

5. Objeto de la revisión y planteamiento de los problemas jurídicos

- 32.** El artículo 436 numeral 6 de la CRE faculta a la Corte Constitucional a emitir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de los casos seleccionados por la Corte para su revisión. En el marco de esta atribución, de conformidad con el artículo 25 numeral 4 de la LOGJCC, la Corte selecciona las sentencias ejecutoriadas y resoluciones de medidas cautelares que cumplan con al menos uno de los siguientes requisitos: (i) gravedad del asunto; (ii) novedad del caso e inexistencia de precedente judicial; (iii) inobservancia de los precedentes de la Corte Constitucional; y, (iv) relevancia o trascendencia nacional del asunto resuelto en la sentencia o resolución.
- 33.** La Corte Constitucional ha manifestado que: “[e]n una sentencia de revisión de garantías jurisdiccionales [...] los problemas jurídicos que resuelve la Corte en este tipo de sentencias deberían surgir y limitarse a los hechos del caso concreto objeto de la revisión”.¹⁶ Así, ha determinado que:

[s]egún las circunstancias particulares de cada caso, aquello puede llevar a que la Corte opte por analizar (1) el fondo del proceso de origen, con miras a reparar daños causados por vulneraciones de derechos constitucionales o a confirmar las decisiones revisadas; (2) la conducta de las autoridades judiciales que dictaron las decisiones revisadas, con miras a resolver problemas jurídicos relativos a la aplicación de las normas que regulan las garantías jurisdiccionales; o, (3) tanto la conducta de las autoridades judiciales como los hechos que dieron origen al proceso.¹⁷

¹⁵ Directiva, Anexo A, numeral 15 Piel y Anexos, literal w: Tatuajes: que la sumatoria no sean mayores al 1% de la superficie corporal) tamaño (maximopalma (sic) de la mano sin dedos del Aspirante, ubicación (tatuajes que pudieren ser visibles vistiendo las diferentes modalidades de uniformes militares: cara, cuello, tercio medio de brazo hasta dedos, tercio medio de muslo hacia dedos) o simbolismo (las características del o los tatuajes deberán ser evaluadas en su contexto en psiquiatría), Consideraciones que de ser necesarias, serán evaluadas para su aprobación en la junta médica militar que se conforme para el efecto en cada Fuerza (sic).

¹⁶ CCE, sentencia 2231-22-JP/23, 07 de junio de 2023, párr. 25.

¹⁷ CCE, sentencia 2231-22-JP/23, 07 de junio de 2023, párr. 25.

34. Por otra parte, de conformidad con la sentencia 159-11-JH/19, cuando transcurra un tiempo razonable entre la expedición de la sentencia ejecutoriada y la sentencia de revisión, la Corte deberá considerar con particular atención los efectos de la sentencia. Así, según la jurisprudencia de esta Corte, la sentencia de revisión tendrá efectos para el caso concreto —y, por tanto, resolverá si corresponde ratificar o dejar sin efecto las decisiones revisadas— cuando constate que (1) en el proceso de origen existe una vulneración de derechos que no ha sido reparada o que (2) existe *prima facie* una desnaturalización de las garantías jurisdiccionales que requiera ser corregida.¹⁸
35. En el presente caso, la sentencia se circunscribirá a analizar el fondo del proceso con miras a reparar posibles derechos vulnerados que no fueron reparados. Es decir, a revisar el proceso de origen con la finalidad de reparar posibles daños por vulneraciones de derechos constitucionales. En línea con lo anterior, en su demanda de acción de protección el accionante refirió que las entidades accionadas vulneraron sus derechos constitucionales a la igualdad; al trabajo; a la libertad de expresión; a una vida digna que asegure el trabajo; a la familia; al debido proceso; y a la seguridad jurídica, al haberlo declarado no apto en la ficha médica y, consecuentemente, impedir que continúe en el proceso de selección respectivo. No obstante, la determinación de los problemas jurídicos en sentencias de revisión se hace con fundamento en los hechos probados y con base en los cargos de la demanda. En atención a lo anterior, esta Corte abordará los derechos constitucionales que considera que tienen mayor relación con los argumentos de la demanda. Considerando, además, que en el marco de estos derechos se puede abarcar toda la argumentación del accionante.
36. Ahora bien, el accionante afirma que no incurrió en las causales de inaptitud previstas en la Directiva, mismas que motivaron la decisión de las entidades accionadas para declararlo como no apto en la fase de ficha médica, cuestión que le impidió continuar participando en las siguientes fases del proceso de selección. Por lo tanto, en consideración a lo anterior, esta Corte procederá a analizar los siguientes problemas jurídicos:

5.1 ¿Las Fuerzas Armadas vulneraron el derecho a la igualdad y no discriminación, así como al libre desarrollo de la personalidad y la imagen propia del accionante, al declararlo no apto —en la fase de ficha médica— por presentar un tatuaje en el pectoral izquierdo de tamaño mayor a la palma de su mano?

¹⁸ Al respecto ver las sentencias 2231-22-JP/23, 159-11-JH/19, 1178-19-JP/21.

5.2 ¿Las Fuerzas Armadas vulneraron el derecho a la seguridad jurídica del accionante, al declararlo no apto –en la fase de ficha médica- por presentar microlito testicular y un tatuaje en el pectoral izquierdo de tamaño mayor a la palma de su mano?

6. Resolución de los problemas jurídicos

37. A efectos del análisis de la presente sección, se tomarán como hechos no controvertidos y hechos probados aquellos constantes en la sección 4 de la presente sentencia.

6.1 ¿Las Fuerzas Armadas vulneraron el derecho a la igualdad y no discriminación, así como al libre desarrollo de la personalidad y la imagen propia del accionante, al declararlo no apto –en la fase de ficha médica- por presentar un tatuaje en el pectoral izquierdo de tamaño mayor a la palma de su mano?

38. El problema jurídico -del caso en cuestión- tiene como base la posible discriminación que pudo sufrir el accionante al pretender ingresar a las Fuerzas Armadas teniendo un tatuaje en su pectoral izquierdo mayor a la palma de su mano. Cuestión que atañe, además, a la forma en la que el accionante, en tanto individuo, ha concretado su derecho al libre desarrollo de la personalidad y además ha decidido presentarse ante los demás (derecho a la imagen). En tal virtud, corresponde analizar la posible vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad e imagen propia del accionante a la luz de la aplicación de la medida impuesta para ingresar a las Fuerzas Armadas. Así, el numeral 15 literal w) del Anexo A de la Directiva que hace referencia a la presencia de tatuajes determina:

15. PIEL Y ANEXOS

Son causas de NO APTITUD para el INGRESO las siguientes: [...]

w. Tatuajes: que la sumatoria no sean mayores al 1% de la superficie corporal) tamaño (máximo palma de la mano sin dedos del Aspirante, ubicación (tatuajes que pudieren ser visibles vistiendo las diferentes modalidades de uniformes militares: cara, cuello, tercio medio de brazo hasta dedos, tercio medio de muslo hacia dedos) o simbolismo (las características del o los tatuajes deberán ser evaluadas en su contexto en psiquiatría). Consideraciones que de ser necesarias, serán evaluadas para su aprobación en la junta médica militar que se conforme para el efecto en cada Fuerza (sic).

39. Ergo, bajo la Directiva un aspirante no podría ingresar a las Fuerzas Armadas siempre que presente: (i) un tatuaje que sea mayor a la palma de la mano del aspirante, sin contar sus dedos y que, además, este sea visible con las diferentes modalidades de uniformes militares, esto es, cara, cuello, tercio medio de brazo hasta dedos, tercio medio de muslo

hacia dedos; o, sin importar si es visible o no lo es, **(ii)** que el tatuaje presente un simbolismo.

- 40.** Respecto a la medida aplicada al accionante, en el Informe CCFFAA-DIGSFA-DIGSFA-2023-103 de 17 de febrero de 2023, remitido a esta Corte, el Director General de Sanidad de FFAA y Salud, así como el Jefe de Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas Sobre Los Requisitos Médicos Para La Calificación De La Aptitud Psicofísica Para El Ingreso A Fuerzas Armadas manifestaron: “[...] si un aspirante presenta un tatuaje de tamaño mayor a la palma de la mano sin dedos que es visible con los distintos uniformes [...] además, si presentare una simbología que atente contra la institucionalidad será considerado como causa de no idoneidad en el aspirante”.
- 41.** Por consiguiente, continuando con la resolución del problema jurídico, al tratarse de dos medidas diferentes que atañen a la presencia de uno o más tatuajes, el análisis para el caso en cuestión se efectuará respecto al primero de ellos. Ya que esta fue invocada por la entidad accionada para determinar que el accionante no era apto. Es decir, a continuación se analizará si esta medida que le fue impuesta al accionante “presenta[r] un tatuaje de tamaño mayor a la palma de la mano sin dedos que es visible con los distintos uniformes”, es contraria a su derecho a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, así como a su imagen propia.

Respecto a la presencia de un tatuaje visible de tamaño mayor a la palma de la mano

- 42.** El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra reconocido en el artículo 66 numeral 4 de la CRE: “[s]e reconoce y garantizará a las personas: (...) 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.
- 43.** Por su parte, el artículo 160 de la Constitución, respecto al derecho a la igualdad y no discriminación, en los procesos de selección de aspirantes a la carrera militar prescribe: “Las personas aspirantes a la carrera militar y policial no serán discriminadas para su ingreso. La ley establecerá los requisitos específicos para los casos en los que se requiera de habilidades, conocimientos o capacidades especiales. [...]”.
- 44.** Por otro lado, en el artículo 11 numeral 2 de la CRE, se recoge a la igualdad y no discriminación en los siguientes términos:

[t]odas 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.

- 45.** En tal virtud, esta Corte ha señalado que el derecho y principio antes mencionado: “[...] obliga al Estado y a todos sus órganos a erradicar, *de iure y de facto*, toda norma, actuación o práctica que genere, mantenga, favorezca o perpetúe la desigualdad y discriminación, sin perjuicio de que en determinadas circunstancias puedan existir tratos diferenciados debidamente justificados de forma objetiva y razonable”.¹⁹ En línea con lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha determinado:

[...] para la configuración de un tratamiento discriminatorio se debe verificar tres elementos: en primer lugar, la comparabilidad entre los destinatarios de un acto o conducta específica, esto es, que “[...] dos sujetos de derechos [estén] en igual o semejantes condiciones [...]”; en segundo lugar, la constatación de un trato diferenciado por una de las categorías enunciadas de forma ejemplificativa en el artículo 11.2 de la CRE; y, en tercer lugar, la verificación del resultado por el trato diferenciado, que puede ser una diferencia justificada o una diferencia que discrimina. Adicionalmente, esta Corte ha indicado que la diferencia justificada se presenta, en principio, cuando se promueve derechos, mientras que la diferencia discriminatoria se presenta cuando se tiene como resultado el menoscabo o la anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Es decir, que debe cumplir con el test de igualdad y no discriminación, que implica analizar: i) la legitimidad del objetivo del trato diferenciado; ii) la racionalidad de la causal; iii) el criterio de necesidad; y, iv) la proporcionalidad.

En otras palabras, en caso de existir un trato diferenciado, este puede constituir una diferencia justificada o una diferencia discriminatoria. Para tal efecto, una diferencia justificada es aquella que se genera de una justificación objetiva y razonable; adicionalmente, ésta debe perseguir un fin constitucionalmente válido, y ser idónea, necesaria y proporcional.

La idoneidad implica que la restricción es conducente a alcanzar el fin legítimo; la necesidad debe estar probada en sentido de que no existe otra medida menos lesiva; y, la restricción debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, el beneficio alcanzado debe ser mayor a la limitación o restricción impuesta.²⁰

- 46.** Por otro lado, el artículo 66 numeral 5 de la CRE reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad en los siguientes términos: “[s]e reconoce y garantizará a las personas

¹⁹ CCE, sentencia 72-20-IN/23, 25 de enero de 2023, párr. 31.

²⁰ CCE, sentencia 791-21-JP/22, 14 de diciembre de 2022, párrs. 55 a 57.

[...] [el] derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”. Frente a ello, en su jurisprudencia: “[l]a Corte Constitucional ha considerado que el libre desarrollo de la personalidad implica la posibilidad de manifestar y preservar libremente, aquellos elementos físicos y psíquicos inherentes a cada persona, los cuales la individualizan y permiten ser quien es acorde a su voluntad”.²¹

47. En este orden de ideas, en lo atinente a la apariencia física de una persona, la Corte Constitucional ha señalado:

[u]na de las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad es la apariencia personal. El modo de vestir, de peinarse, de maquillarse, de hablar, entre otros patrones de comportamiento personal, son manifestaciones externas o formas de expresión del género y de la identidad de una persona, asuntos protegidos por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Cada persona es libre de decidir de manera autónoma cómo desea presentarse ante los demás, cómo resaltar o disimular sus características físicas o qué prendas de vestir utilizar, siempre que no afecte derechos de terceros. En ese sentido, una persona, en función del derecho al libre desarrollo de la personalidad, está en la posibilidad de usar la vestimenta que considere adecuada. Ello, sin perjuicio de que **existen límites razonables a este derecho y podrían existir objetivos o justificaciones legítimos para la imposición de cierta vestimenta en situaciones concretas.**²² (énfasis añadido).

48. Con lo cual, queda evidenciado que el derecho a la imagen propia es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Esto, claro está, sin perjuicio de que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho más amplio que solo la imagen propia, puesto que abarca otras dimensiones distintas a la imagen de la persona, como por ejemplo, la consecución del proyecto de vida de un individuo y la capacidad de auto determinarse en aquellos aspectos físicos y psíquicos que solo le incumben, en principio, a este. Así, una determinada medida puede tener la capacidad de afectar la imagen propia de una persona, pero también el libre desarrollo de su personalidad en un sentido más amplio y distinto a la sola imagen. En este sentido, cabe acotar que en sentencia 2064-14-EP/21 la Corte Constitucional se pronunció sobre el derecho a la imagen, indicando que es un derecho autónomo al derecho a la protección de datos personales:

[e]l derecho a la **imagen** es un derecho constitucional irrenunciable, imprescriptible, inalienable y **autónomo respecto del derecho a los datos personales**, la intimidad, honra y buen nombre, aunque en ciertos escenarios guarde una estrecha relación con ellos. Por otro lado, el referido derecho emana de la dignidad humana y de la libertad de cada persona, reconocidos en el artículo 66 de nuestra Constitución, por cuanto aquel **presupone el derecho de todo individuo al manejo de su propia imagen**, esto es, a sus rasgos físicos, misma que

²¹ CCE, sentencia 751-15-EP/21, 17 de marzo de 2021, párr. 116.

²² CCE, sentencia 751-15-EP/21, 17 de marzo de 2021, párr. 118.

se materializa gráficamente, por ejemplo, por medio de una fotografía o video.²³ (énfasis añadido).

49. Por consiguiente, el derecho a la imagen tiene, al menos, dos dimensiones. Por un lado, presupone la libertad individual de escoger “de manera autónoma cómo desea [un individuo] presentarse ante los demás, en cuanto a sus rasgos físicos, cómo resaltar o disimular sus características físicas o qué prendas de vestir utilizar, siempre que no afecte derechos de terceros”. Por otro lado, este derecho presupone “la facultad de cada individuo de disponer sobre su imagen”, misma que se ha reproducido o plasmado de manera gráfica o visual a través de, por ejemplo, una fotografía o un video, convirtiéndose así en un dato personal. Por lo que, a la hora de resolver sobre posibles violaciones al derecho a la imagen, le corresponderá al juez determinar si es que el actor ha activado la vía adecuada. Es decir, si constata que la demanda impugna actuaciones que se enmarcan en la primera esfera de este derecho, sería procedente analizar la demanda por medio de la acción de protección. Mientras que, si las actuaciones se enmarcan en la segunda esfera de este derecho (tratamiento de datos personales), sería procedente analizarlas por medio de la acción de *habeas data*.
50. Con respecto al caso que nos ocupa, estamos frente a la primera esfera de este derecho. Esto es así porque la presencia del tatuaje, *prima facie*, se traduce en la manifestación y en el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad, así como podría ser a su imagen propia. Es decir, además de la consecución del proyecto de vida del accionante, el tatuaje podría estar relacionado con la imagen propia que este desea proyectar, mas no de su imagen plasmada en la forma de un dato personal. De ahí que, en principio, a ningún individuo se le pueda anular el ejercicio de este derecho imponiéndole limitaciones que presupondrían restringir, sin más, el libre desarrollo de su personalidad y también su imagen propia. De cualquier modo, el derecho a la imagen propia y el libre desarrollo de la personalidad no son derechos absolutos y pueden encontrar limitaciones razonables, dependiendo del contexto del caso en cuestión, como lo señala la CRE.²⁴
51. Ahora bien, como se indicó previamente, la Armada declaró al accionante como no apto por supuestamente tener un tatuaje visible de tamaño mayor a la palma de su mano, impidiendo que continúe con el concurso para el ingreso a dicha entidad, a pesar de no estar inmerso en la causal de inaptitud de la Directiva. Así, en este momento se analizará si la aplicación de la medida al accionante vulneró su derecho constitucional a la igualdad

²³ CCE, sentencia 2064-14-EP/21, 27 de enero de 2021, párr. 205.

²⁴ CRE, artículo 66: “Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás”.

y no discriminación, así como al libre desarrollo de su personalidad y su imagen propia. Esto será abordado al amparo de los fines que pudo perseguir este tipo de impedimento para que el accionante ingrese a las Fuerzas Armadas, pues ello permitirá visibilizar lo que podría estar detrás de esta condición y determinar si ello viola los derechos constitucionales antedichos del accionante.

- 52.** Antes de proseguir con el análisis concreto, dado que se ha invocado el derecho a la igualdad y no discriminación, esta Corte debe efectuar un paréntesis para acotar el tipo de escrutinio que empleará para abordar a la condición de poseer un tatuaje, como se procede a explicar a continuación. En sentencia 28-15-IN/21, la Corte señaló que los siguientes factores sirven para zanjar si una cuestión se enmarca o no dentro de una categoría sospechosa: (i) el grupo es sujeto de discriminación; (ii) el grupo es desventajado y ha sido sistemáticamente discriminado; (iii) el grupo sufre o ha sufrido una extensión e intensidad de discriminación mayor (iv) los individuos del grupo han sido discriminados por factores inmutables, fuera de su control.²⁵ En línea con lo anterior, en la referida sentencia se manifestó que: “todas las categorías en el numeral 2 del artículo 11 de la CRE son categorías protegidas, [pero] no todas constituyen categorías sospechosas. Considerar que todas las categorías [...] devienen en sospechosas [...] desnaturalizaría [...] la necesidad de analizar que el trato diferenciado persiga un fin constitucionalmente imperioso”.²⁶
- 53.** Considerando lo antes expuesto, esta Corte no encuentra que el portar un tatuaje se trate de una categoría sospechosa, a efectos de analizar la existencia de discriminación. Ello puesto que el tatuaje, en principio, no es un factor inmutable ni tampoco está fuera del control de la persona. A la inversa, este es una manifestación del libre desarrollo de su personalidad y también puede estar relacionada con la forma en la que un individuo quiere manejar su apariencia física. A tal punto que una persona escoge qué tatuaje realizarse, cuántos tatuajes hacerse, de qué tamaño desea su tatuaje, con qué características, en qué lugar de su cuerpo lo desea, *etc.* Tampoco se denota una discriminación que de manera sistemática se manifieste extensa e intensamente. Esto último, dejando a salvo que la Corte evidencia que, aun cuando la desventaja no se manifieste al día de hoy de manera extensa e intensa, y percibiendo que los tatuajes tienen mayor aceptación en las nuevas generaciones, sí está consciente de que ha subsistido un estigma en el tiempo con respecto a los tatuajes y que ello todavía puede suponer una barrera para acceder al trabajo o presentarse ante la sociedad. Además, no deja de lado que ello podría verse agravado en

²⁵ CCE, sentencia 28-15-IN/21, 24 de noviembre de 2021, párr. 146

²⁶ CCE, sentencia 28-15-IN/21, 24 de noviembre de 2021, párr. 149

el contexto actual que vive el Ecuador respecto a la lucha contra los grupos de delincuencia organizada.

- 54.** En este sentido, esta Corte concluye que estamos ante una categoría protegida, pues si bien el portar un tatuaje no es una categoría que conste expresamente en el artículo 11 numeral 2 de la CRE, ello se desprende del siguiente extracto del mencionado artículo: “[n]adie podrá ser discriminado [...] por cualquier otra distinción [...] que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”. Al respecto, cabe mencionar que la lista de categorías protegidas en el artículo 11 numeral 2 de la CRE no es taxativa, pues también podría considerarse que existe otra categoría, que no conste expresamente en dicho artículo, siempre que se determine que la distinción tiene por objeto o resultado anular el ejercicio del derecho, y atendiendo a las circunstancias particulares del caso. Es así que, del artículo 11 numeral 2 se observan varias categorías que no corresponden con características inherentes a la persona (religión, ideología, orientación sexual, filiación política), sino que responden a cuestiones atinentes a la manifestación del libre desarrollo de su personalidad, entendida como la posibilidad de alcanzar el proyecto de vida y de determinarse como individuo en la sociedad.
- 55.** *Ergo*, como ha quedado anotado, el llevar un tatuaje es una forma en la que se manifiesta el libre desarrollo de la personalidad, el cual es un derecho reconocido a nivel constitucional y, al igual que otras características recogidas en el artículo 11 numeral 2 de la CRE, tiene por objeto garantizar la consecución del proyecto de vida de la persona; la libertad para tomar decisiones respecto a los aspectos de su vida que le incumben, en principio, sólo a la persona; y, la determinación de su imagen propia.
- 56.** Es importante acotar, adicionalmente, que el tatuaje podría revestir una importancia de mayor envergadura en la consecución del proyecto de vida de una persona, que otros aspectos atinentes al libre desarrollo de la personalidad y la imagen, como lo es la vestimenta, pues en principio los tatuajes son permanentes (sin perjuicio de que esta Corte reconoce que existe la posibilidad de eliminar el tatuaje o alterarlo). Por lo que, al no haber la posibilidad de que muten fácilmente, para el individuo esta decisión se torna en un aspecto de relevancia. En tal virtud, una medida que pretenda prohibir el ingreso a laborar dentro de una entidad por el solo hecho de portar tatuajes, *prima facie*, tiene la potencialidad de anular el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a la imagen propia. Por este motivo, una restricción de esta naturaleza debe

abordarse entendiendo que estamos ante una categoría protegida bajo la CRE y que corresponde aplicar un estándar de escrutinio medio.²⁷

57. Cuando se aborda una categoría protegida, como cuando se analiza la posible discriminación en contra de quien porta un tatuaje, el uso del *test* de proporcionalidad debe tener un menor rigor que si se tratase de una categoría sospechosa, pero mayor al análisis que se efectúa respecto a cualquier distinción (nivel de escrutinio medio). Por lo cual, “se debe analizar si: (i) la medida adoptada persigue un fin constitucionalmente válido o legítimo; (ii) la medida es adecuada para cumplir tal fin constitucional; (iii) la medida es la menos gravosa para el ejercicio de los derechos; y (iv) la medida busca que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”.²⁸ Adicionalmente, al aplicar el estándar antes referido en el análisis de posibles violaciones a la igualdad y no discriminación (como categoría protegida), se garantiza el cumplimiento de la inversión de la carga probatoria cuando se alegue discriminación como en este caso. Ello pues le corresponderá justificar a la parte demandada el fin legítimo perseguido, así como el cumplimiento del resto de parámetros, esto es, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.
58. Cerrando el paréntesis, y volviendo al análisis del caso concreto, en aplicación al *test* antes referido se tiene lo siguiente. En cuanto al elemento de comparabilidad, este se cumple – en el presente caso- puesto que existen individuos que son aspirantes dentro del mismo proceso de selección para ingresar a las Fuerzas Armadas, pero unos tienen un impedimento para entrar y los otros no. Así, bajo la medida adoptada por las Fuerzas Armadas con respecto al accionante, aquel que porta supuestamente un tatuaje visible mayor a la palma de la mano no puede ingresar por ello a las Fuerzas Armadas, mientras el otro que no porta ningún tatuaje, no está incurso en ningún impedimento.
59. Siguiendo, con la finalidad perseguida, es preciso acotar que pese a que se realizaron dos pedidos de información a las Fuerzas Armadas para sustentar la base científica, médica, legal o de otra índole que permita entender el fin que persiguió la medida de inaptitud para

²⁷ CCE, sentencia 28-15-IN/22, 24 de noviembre de 2021, p. 151. Para la categoría sospechosa se aplicaría un escrutinio estricto para efectuar el análisis y se debería: “[...] aplicar el test de igualdad en conjunto con el test de proporcionalidad de escrutinio estricto. Es decir que, en el ejemplo mencionado se debe analizar si, (i) el fin de la distinción es **constitucionalmente imperioso**; no sólo constitucionalmente legítimo o válido; además, se debe evaluar que: (ii) la medida sea **perfectamente diseñada** para el fin, en cuanto a su idoneidad; (iii) la medida sea la **única idónea** y la menos gravosa en lo referente a su necesidad y (iv) la medida adopte un equilibrio preciso entre la protección y restricción constitucional en lo alusivo a la proporcionalidad”. (énfasis añadido)

²⁸ CCE, sentencia 28-15-IN/22, 24 de noviembre de 2021, párr. 152

ingreso a las Fuerzas Armadas por la presencia de un tatuaje aplicada al accionante, dichos requerimientos no fueron atendidos. Por lo que, esta Corte no tiene elementos para realizar el análisis preciso respecto de la finalidad que persiguió Fuerzas Armadas al restringir el ingreso del accionante a las Fuerzas Armadas por presencia de un tatuaje visible mayor a la palma de la mano. Así, aun cuando esto sería suficiente para declarar la violación del derecho a la igualdad y no discriminación del accionante, así como al libre desarrollo de su personalidad y su imagen propia, al tratarse de una sentencia de revisión, esta Corte considera necesario realizar un esfuerzo por determinar lo que podría estar detrás de esta medida y de esta forma coadyuvar al desarrollo de los derechos constitucionales.

60. Para empezar el análisis, se debe dejar sentado que no se ha podido identificar que dicha medida tenga relación con la aptitud física de los aspirantes. Sin perjuicio de ello y de que en otros países se ha manejado de manera distinta la finalidad de una prohibición atinente al tatuaje,²⁹ corresponde recurrir a la CRE para identificar la posible finalidad de la medida impuesta al accionante. El artículo 158 en su inciso segundo señala: “[l]as Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades

²⁹ En el caso de Colombia, la Corte Constitucional de ese país conoció algunas acciones de amparo propuestas por aspirantes a dragoneantes (guardias de centros de privación de la libertad) en contra de la entidad pública (INPEC) que lleva a cabo los procesos de selección a ese cargo. En este sentido, uno de los justificativos para incluir esta prohibición, otorgado por la entidad demandada, fue que los tatuajes visibles pueden constituir una forma de identificación de quien se desempeña como dragoneante, cuestión que puede terminar por poner en riesgo la vida e integridad de la persona. Este fin fue acreditado por la Corte Constitucional colombiana, al señalar que el tatuaje puede servir para identificar dentro y fuera del centro de privación de libertad a la persona y que eso genera un riesgo fundado respecto al derecho a la vida e integridad de quienes se desempeñan como dragoneantes.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-547/17, 28 de agosto de 2017, párr. 42: “Dicho de otro modo, la medida para impedir que personas que tienen tatuajes o cicatrices en sus manos, brazos, cuello o cara desempeñen el cargo de dragoneantes del INPEC tiene el efecto de minimizar un factor de identificación plena dentro y fuera de los establecimientos carcelarios que incrementaría la vulnerabilidad y la amenaza a la seguridad e integridad de los dragoneantes”. *Ibid.*, párr. 39: “A juicio de la Sala y conforme al criterio recientemente expuesto en la sentencia T-413 de 2017, la finalidad de preservar la integridad y seguridad de los dragoneantes manifestada por el INPEC para la medida que fija como una inhabilidad para el cargo de dragoneante la presencia de tatuajes y cicatrices visibles tiene fundamento en disposiciones constitucionales. En este sentido, la Constitución determina que las autoridades públicas están instituidas para proteger la vida de todas las personas residentes en territorio colombiano y además consagra la vida como un derecho inviolable. Con base en lo anterior, es plenamente válido y constitucionalmente legítimo que el INPEC adopte medidas dirigidas a garantizar la vida e integridad física de sus dragoneantes”.

Por otro lado, en Estados Unidos en el caso *Medici v. City of Chicago*, un grupo de policías alegó que la política de la ciudad respecto a prohibir a los oficiales de policía en turno exhibir sus tatuajes, violaba sus derechos previstos en la Primera Enmienda (libertad de expresión). En el referido caso, si bien el juez señaló que los tatuajes de los oficiales de la policía estaban protegidos al amparo de la Primera Enmienda, llegó a la conclusión de que dicha restricción encontraba su fin legítimo en que, visibilizar el tatuaje de los oficiales de policía en turno podría quebrantar la habilidad del departamento de policía de mantener la confianza y respeto del público. Situación que, a su vez, impactaría negativamente en la habilidad del departamento de policía de asegurar el imperio de la seguridad y el orden.

y garantías de los ciudadanos. Las Fuerzas Armadas tienen como misión fundamental la defensa de la soberanía y la integridad territorial”. En tanto que, en su inciso tercero permite “el apoyo complementario de las Fuerzas Armadas a las funciones de la Policía Nacional”, para lo cual, “el Presidente de la República, con base al informe emitido [del Consejo Nacional de Seguridad Pública y del Estado], suscribirá de forma inmediata el decreto ejecutivo, disponiendo el apoyo complementario y subsidiario de las Fuerzas Armadas a la Policía Nacional”.

61. Por otro lado, el artículo 159 de la CRE reza: “[l]as Fuerzas Armadas y la Policía Nacional serán obedientes y no deliberantes, y cumplirán su misión con estricta sujeción al poder civil y a la Constitución”. Finalmente, el artículo 162 dispone: “[l]as Fuerzas Armadas [...] podrán aportar su contingente para apoyar el desarrollo nacional, de acuerdo con la ley”. En virtud de lo anterior, los requisitos que regulen el ingreso a las Fuerzas Armadas, así como las respectivas directrices, deben tomar en consideración los fines constitucionales diseñados para dicho estamento de la fuerza pública, además de ser respetuosos de los derechos constitucionales y demás derechos humanos de los aspirantes a ingresar a dicha institución.
62. Con relación a la medida impuesta al accionante, esto es, la de portar un tatuaje visible *con los diferentes uniformes de Fuerzas Armadas* de tamaño mayor a la palma de la mano, esta Corte considera que esta medida podría perseguir como fin constitucional el consolidar la imagen institucional de dicho estamento de la fuerza pública, de carácter castrense y disciplinario conforme a las disposiciones constitucionales referidas. Esto, en virtud de que la medida aplicada al accionante hace referencia específicamente a que el tatuaje no debía ser visible: “con los distintos uniformes y vestimenta militares”,³⁰ según se desprende del Informe CCFFAA-DIGSFA-DIGSFA-2023-103 de 17 de febrero de 2023, presentado por el Comando General de la Armada a la jueza ponente. O, si fuese visible, que no sea de: “tamaño mayor a la palma de la mano sin dedos [del accionante]”, según se desprende del Informe CCFFAA-DIGSFA-DIGSFA-2023-103 de 17 de febrero de 2023, presentado por el Comando General de la Armada a la jueza ponente.
63. Luego, al determinar limitaciones al tamaño del tatuaje y que el mismo no pueda ser visible con los uniformes militares, parecería que lo que se persigue es mantener la imagen de uniformidad entre los miembros de las Fuerzas Armadas, haciendo que estos puedan proyectarse de manera neutral y colectiva frente a la ciudadanía cuando ejerzan sus

³⁰ Según la Directiva, esto sería: “ubicación (*tatuajes que pudieren ser visibles vistiendo las diferentes modalidades de uniformes militares: cara, cuello, tercio medio de brazo hasta dedos, tercio medio de muslo hacia dedos*)”.

funciones. Esto es, que se presenten como un solo frente, sin mayores distinciones, todos uniformados de la misma manera. Cuestión que además podría servir para que las personas puedan identificar a miembros de esta fuerza pública cuando estén en el ejercicio de sus funciones y colaboren con ellos de ser necesario.

64. Aun cuando en principio, lo anterior perseguiría un fin constitucionalmente válido, en el presente caso no sería una medida idónea para alcanzar ese fin pretendido, esto es, consolidar la imagen institucional. Esto puesto que el tatuaje del accionante era no visible con los uniformes de las Fuerzas Armadas al encontrarse en el pectoral izquierdo, por lo que la medida aplicada no serviría para alcanzar el fin pretendido en el caso *in examine*. Sin perjuicio de ello, con la intención de ahondar en el análisis, se procede a analizar los parámetros de necesidad y proporcionalidad estricta. Esto último, considerando también los derechos al libre desarrollo de su personalidad, así como a su imagen propia.
65. El derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la imagen propia podrían admitir limitaciones razonables que tengan fundamento en la CRE. Por ejemplo, respecto a la imagen propia, en un contexto laboral, bien podría el empleador determinar las pautas que deben regir a la imagen de las personas que laboren en dicha institución cuando estén en sus funciones (*i.e.*, el código de vestimenta).³¹ Lo anterior en consideración, además, a que ciertos escenarios, por la naturaleza de la actividad que se desempeña, son más estrictos que otros,³² como indudablemente vendría a ocurrir con las Fuerzas Armadas al ser un estamento de la fuerza pública.
66. Sin embargo, aun cuando se ha señalado que el fin que perseguiría esta medida aplicada al accionante podría tener cobijo constitucional en el caso concreto,³³ pues los

³¹ Este derecho está amparado por otros derechos madre previstos en la CRE, tal como la libertad de asociarse (artículo 66.13 de la CRE); el derecho a desarrollar actividades económicas (artículo 66.15); y, la libertad de contratación (artículo 66.16). De cualquier modo, al señalar estas pautas, en tanto tienen la potencialidad de entrar a colisionar con el derecho a la imagen propia de las personas, así como al libre desarrollo de su personalidad, se deberá observar que estén acorde a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.

³² Por ejemplo, más allá de la imagen que desee proyectar una institución, existen circunstancias en las que el uso de un determinado uniforme o vestimenta responden a una cuestión de seguridad para el trabajador. Es decir, el uso de un casco o guantes para el sector de la construcción o para operar determinada maquinaria. En cualquier caso, las compañías e instituciones tienen el derecho a determinar la imagen que quieren que proyecten sus colaboradores en el horario laboral, con el debido respeto a los derechos constitucionales del trabajador, en atención a la actividad que desempeña, o también el modelo de negocio de la compañía, los objetivos que esta persigue, el giro de negocio, las condiciones de seguridad en atención a los riesgos de la actividad, etc.

³³ Esta Corte recuerda que de ninguna manera este análisis supone un aval en abstracto y generalizado del fin perseguido, pues siempre se deberá determinar si este es legítimo en cada caso en concreto.

empleadores, compañías e instituciones estarían facultados a regular la imagen que quieren que proyecten sus colaboradores mientras estén desempeñando sus funciones; esta no es necesaria porque la prohibición de portar un tatuaje es, *prima facie*, la medida más gravosa. Ello es aún más evidente si esta se da como una de las condiciones aplicadas para ser admitido a trabajar dentro de la entidad, como ocurrió en este caso. Esto ya que termina por anular el libre desarrollo de su personalidad, limitando su libertad individual de escoger entre portar o no un tatuaje, y condicionando esta decisión personal a la posibilidad de acceder –siempre que se cumpla los demás requisitos de ingreso- al trabajo de su preferencia dentro de la Armada.

67. En este mismo sentido, es que esta Corte encuentra que en este caso no es posible armonizar el derecho del accionante a portar un tatuaje, con la potestad de Fuerzas Armadas (empleador) a consolidar la imagen que quieren proyectar como institución. Esto, dado que este último derecho terminaría por anular el ejercicio del primero, todavía más si se lo impone como una de las condiciones de ingreso a las Fuerzas Armadas. De hecho, por este mismo motivo es que no se cumple con el parámetro de proporcionalidad en estricto sentido, ya que resulta discriminatorio y se socava el derecho del individuo a portar un tatuaje, obligándole a decidir entre su trabajo o su imagen propia y proyecto de vida. Así, mientras hay un detrimento alto al derecho del accionante al libre desarrollo de su personalidad, así como a la imagen propia, no hay una satisfacción a la consecución del fin de proyectar una imagen institucional porque el accionante tenía un tatuaje no visible, aunque el tamaño era mayor a la palma de la mano.
68. De todo lo anterior, es evidente que el accionante fue objeto de un trato diferenciado por parte de las Fuerzas Armadas, dentro del proceso de selección realizada, porque la entidad demandada no dio respuesta a los pedidos de esta Corte respecto a la finalidad perseguida con la medida, y porque -en todo caso- la medida carecería de justificación. Esto último, bajo el análisis realizado por esta Corte, ya que la medida que le fue aplicada –presencia de un tatuaje visible de tamaño mayor a la palma de la mano- tampoco satisfizo los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, aun cuando en principio se observó que podría haber perseguido un fin constitucionalmente válido en el caso concreto³⁴ como el de buscar consolidar una imagen institucional uniforme y neutral.
69. Por otro lado, esta Corte también encuentra que la entidad demandada discriminó al accionante, así como violó los derechos al libre desarrollo de la personalidad, y a la

³⁴ Esta Corte recuerda que de ninguna manera este análisis supone un aval en abstracto y generalizado del fin perseguido, pues siempre se deberá determinar si este es legítimo en cada caso en concreto.

imagen, al imponerle una medida para poder ingresar a las Fuerzas Armadas que colisiona con su derecho a fijar su proyecto de vida, manejar su imagen por medio del uso de un tatuaje y manifestarse como individuo dentro de la sociedad. Esto último, sin perjuicio de que esta Corte está consciente de que el accionante tenía solamente una expectativa de ingresar a las Fuerzas Armadas, pues se encontraba todavía en proceso de selección para ingresar a dicho estamento de la fuerza pública, incluso si hubiese pasado la fase de ficha médica.

70. De otra parte, como se mencionó previamente, la Directiva también cuenta con un requisito que prohíbe la presencia de tatuajes con simbología contraria a la institución. Este requisito no le fue aplicado al actor y, por tanto, la Corte no analizará el mismo. Cabe insistir en que el presente caso solo analizó la prohibición de portar un tatuaje visible que sea mayor a la palma de la mano (visibilidad y tamaño). Sin perjuicio de ello, esta Corte recuerda que el análisis frente a la prohibición de tatuajes, por simbología, como requisito para el ingreso a las Fuerzas Armadas, deberá realizarse caso a caso, atendiendo a los elementos específicos de cada requisito de ingreso e identificando el fin legítimo perseguido en el caso concreto, que satisfaga los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

6.2 ¿Las Fuerzas Armadas vulneraron el derecho a la seguridad jurídica del accionante al declararlo no apto –en la fase de ficha médica- por presentar microlito testicular y un tatuaje en el pectoral izquierdo de tamaño mayor a la palma de su mano?

71. El derecho a la seguridad jurídica está consagrado en el artículo 82 de la CRE. Este artículo prescribe: “[e]l 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”. Es así como, en reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha determinado que el referido derecho permite a las personas contar con una noción razonable de las reglas aplicables al caso. Motivo por el cual, es imperativo que exista un ordenamiento jurídico previsible, determinado, estable y coherente.
72. Por otro lado, a efectos de garantizar el derecho a la seguridad jurídica, es esencial que el ordenamiento jurídico sea observado de manera estricta por el poder público. Cuestión que se traduce en que la situación jurídica de una persona no pueda ser modificada de manera arbitraria. A *contrario sensu*, el irrestricto respeto a este derecho implica que la situación jurídica de la persona pueda modificarse, siempre que medie un procedimiento regular, establecido con anterioridad y seguido por autoridad competente para tal efecto.

73. En línea con lo anterior, en lo que respecta al caso concreto, en su parte pertinente, el artículo 160 de la CRE prescribe: “[l]as personas aspirantes a la carrera militar y policial no serán discriminadas para su ingreso. **La ley establecerá los requisitos específicos** para los casos en los que se requiera de habilidades, conocimientos o capacidades especiales.” (énfasis añadido). De esta forma se entiende que, de conformidad con la CRE, la seguridad jurídica se manifiesta, en los casos en que se regule el ingreso de aspirantes, a través de la regulación de requisitos específicos que deben reunir los aspirantes para cumplir con las habilidades, conocimientos o capacidades especiales. Es así como la norma constitucional garantiza además que los parámetros (regulados en la ley o reglamentos) no resulten discriminatorios.
74. Por otro lado, el artículo 17 numeral 6 de la Ley Orgánica de Personal y Disciplina de las Fuerzas Armadas reza:
- [l]os requisitos básicos para ingresar a las Fuerzas Armadas y proceder con el llamamiento, son los siguientes [...] 6. Acreditar condiciones médicas, físicas y psicológicas que le permitan cumplir el régimen de entrenamiento, militarización y posterior cumplimiento de funciones en las Fuerzas Armadas, de conformidad con los parámetros de valoración previstos para este efecto en el reglamento de cada Fuerza según sus requerimientos. La condición médica, incluirá la respectiva valoración toxicológica.
75. De lo anterior se colige, entonces, que en los procesos de selección de aspirantes a ingresar a cada una de las escuelas de formación de las tres ramas de las Fuerzas Armadas, en principio, es legítima la expedición de uno o más cuerpos normativos que encamine el proceso de selección de aspirantes en la fase de ficha médica.³⁵ Esto es, de las condiciones de salud física y mental que los aspirantes deben reunir para poder ingresar a las Fuerzas Armadas, sin importar al cargo que apliquen. Por lo tanto, es esencial que el órgano competente dentro de las Fuerzas Armadas elabore una directiva que contenga un listado de las condiciones de salud, tanto físico como mental, que requiere reunir un aspirante para poder entrar a laborar en dicha institución. Evidentemente, esta normativa tiene que ser puesta en conocimiento de los aspirantes con la debida antelación a la convocatoria al proceso de selección.

³⁵ CCE, sentencia 1043-18-JP/21, 08 de diciembre de 2021.

76. Sin perjuicio de lo anterior, en razón de que la misma CRE dispone que los aspirantes no podrán ser discriminados en el ingreso a la carrera militar,³⁶ las condiciones y limitaciones médicas para su ingreso a las Fuerzas Armadas, en lo concerniente a la salud física y mental de los aspirantes, debe basarse en evidencia objetiva que use como base la ciencia, la medicina, la biología, o cualquier otra rama del conocimiento que permita demostrar objetiva y razonablemente que el fin que persigue una determinada restricción médica (mental o física) no se sustenta en cuestiones discriminatorias. Sino que, responda a un fin legítimo constitucionalmente protegido, la integridad y bienestar del aspirante, como los objetivos y el rol que cumple las Fuerzas Armadas dentro del Estado ecuatoriano.
77. Conforme se evidenció en la sección 4.2 de la presente sentencia, el accionante no incurrió en las causales de inaptitud previstas en la Directiva, mismas que motivaron la decisión de las entidades accionadas para declararlo como no apto en la fase de ficha médica. Pues el microlito testicular no está catalogado como una condición que genere inaptitud, de acuerdo con el Anexo A de la Directiva. Aun cuando las Fuerzas Armadas pretendieron encasillar al microlito en la causal kk) prevista en el numeral 11 del Anexo A de la Directiva, tampoco se ha demostrado que este diagnóstico estaría inmerso en esta. Pues para ello hubiese sido necesario que la entidad demandada justifique que el microlito testicular se enmarca en una enfermedad o defecto del sistema lito urinario que requiere tratamiento frecuente y prolongado y que constituiría un impedimento para ser parte de la Armada, mientras que se ha limitado a afirmar que existe un debate clínico respecto a los reales efectos de esta condición.
78. Por otro lado, en lo atinente a la presencia de un tatuaje en el pectoral izquierdo de tamaño mayor a la palma de su mano, como quedó demostrado en la presente sentencia aquello no constituía una causal de inaptitud para el accionante, por tratarse de un tatuaje no visible con los distintos uniformes de la Armada. Considerando que, por tratarse de requisitos concurrentes, era irrelevante que el tamaño del tatuaje exceda los límites de conformidad con la propia Directiva. Cabe mencionar que en ningún momento se mencionó nada respecto a una posible inaptitud del accionante por tratarse de un tatuaje con simbología que pueda atentar contra la institucionalidad de las FFAA. Por lo expuesto, ha quedado evidenciado que el accionante no incurrió en esta causal de inaptitud según la Directiva.

³⁶ CRE, artículo 160: “Las personas aspirantes a la carrera militar y policial no serán discriminadas para su ingreso. La ley establecerá los requisitos específicos para los casos en los que se requiera de habilidades, conocimientos o capacidades especiales. [...]”

- 79.** Habiendo determinado que el accionante no presentó una condición, dentro de la fase de ficha médica, que lo torne en no apto para continuar con el proceso de ingreso a las Fuerzas Armadas, esta Corte concluye que las Fuerzas Armadas inobservaron lo dispuesto en la propia Directiva. Esto puesto que, pese a no incurrir en casuales de inaptitud según la Directiva y su correspondiente Anexo A, le calificaron como “NO apto” para aprobar la fase de ficha médica. Es decir, se le impuso un requisito no existente en cuanto al microlito testicular y no incurrió en el impedimento de la Directiva relativo a los tatuajes.
- 80.** En este punto, no deja de llamar la atención de esta Corte la falta de diligencia, por decir lo menos, con la que ha actuado las Fuerzas Armadas al pretender justificar, sin asidero, que el accionante no cumplía con las condiciones plasmadas en la Directiva. Pues se ha evidenciado que, si bien el tatuaje excedía el tamaño permitido, este también debía estar situado en una zona visible para considerarlo no apto, situación que no se verificaba en este caso. Lo mismo sucede con el microlito testicular, puesto que no se ha podido demostrar que el mismo estaría inmerso en una causal de inaptitud al tratarse de una enfermedad o defecto del sistema lito urinario que requiere tratamiento frecuente y prolongado y que constituiría un impedimento para ser parte de la Armada.
- 81.** Esta situación se ve agravada a la luz de la alegación del accionante, misma que no fue rebatida por las entidades demandadas, respecto a que jamás se le permitió impugnar la declaratoria de no aptitud o solicitar una reconsideración (pese a haberlo intentado). Mientras que, a criterio de esta Corte, de haberse permitido lo anterior, el accionante habría podido presentar el correo del médico que le realizó el examen correspondiente, en donde se rectifica lo dicho en el documento enviado a las Fuerzas Armadas y que sirvió de base para declararlo no apto, prueba que fue aportada con la demanda de acción de protección.
- 82.** Este correo da cuenta de una contradicción que pudo ser subsanada por las Fuerzas Armadas si hubiesen revisado los resultados del accionante con detenimiento. Así, en la primera parte le califican como no apto, pero luego el mismo doctor señala que, en una nueva revisión de la historia clínica, sería apto con tatuaje en zona no visible y que el microlito no es causa de no aptitud. Sin embargo, las Fuerzas Armadas, sin realizar en su debido momento un análisis pormenorizado de lo que constaba en el informe que fue reemitido por el doctor, lo califican de no apto y no le permiten seguir en el proceso de selección.
- 83.** De esta manera, la Corte evidencia que no realizó una verificación de las razones de inaptitud y aceptaron sin más un informe que, si bien indicaba que el accionante era no

apto, del mismo se desprendería claramente que el tatuaje se encontraba en el pectoral izquierdo (tatuaje no visible) pese a que era de tamaño mayor a la palma de la mano y que tenía microlito testicular, sin que este último sea una causal de inaptitud. Por lo que se demuestra una falta de diligencia por parte de las Fuerzas Armadas, en la calificación de inaptitud del accionante.

- 84.** En tal virtud, esta Corte observa que se ha incumplido con lo dispuesto en el artículo 160 de la CRE, a la vez que se incumplió su propia Directiva, violando así el derecho a la seguridad jurídica del accionante. El artículo 160 de la CRE, prescribe que ningún aspirante debe ser discriminado al tratar de ingresar a la carrera militar.³⁷ Es por ello que la CRE determina que se deberán regular los requisitos para el ingreso de los aspirantes, indicando que se deberán especificar los mismos cuando se requiera de una habilidad especial. Esto último busca garantizar que sean parámetros objetivos y conocidos con antelación, los que sirvan de base para seleccionar a los aspirantes y permitir que participen en igualdad de condiciones en estos procesos. Dado que al accionante se le declaró no apto pese a no incurrir en causales de inaptitud, utilizando como fundamento dos condiciones inherentes a su persona, esta Corte encuentra, adicionalmente, que el accionante fue sujeto de un trato diferenciado no justificado, como se pudo evidenciar en la sección 6.1 de la presente sentencia.

6.3 Reparación Integral

- 85.** El artículo 86 de la CRE determina que un juez, al constatar una violación de derechos constitucionales debe declararla, ordenar la reparación integral que corresponda, material o inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, que debe cumplir el destinatario de la decisión judicial y las circunstancias en que deban cumplirse.
- 86.** En el mismo sentido, el artículo 18 de la LOGJCC desarrolla la reparación integral indicando que al declararse la vulneración de derechos se debe ordenar la reparación integral material o inmaterial. Asimismo, el artículo referido determina que la reparación integral “procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación [...]”. En la misma norma, la LOGJCC reconoce diversas formas de reparación, entre otras, “la restitución del derecho, la compensación económica o

³⁷ CRE, artículo 160: “Las personas aspirantes a la carrera militar y policial no serán discriminadas para su ingreso. La ley establecerá los requisitos específicos para los casos en los que se requiera de habilidades, conocimientos o capacidades especiales. [...]”

patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud”. Por último, también determina que:

La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días.

- 87.** En su demanda de acción de protección, el accionante solicitó que se declare “la nulidad” de los actos administrativos donde se resuelve su separación del proceso de oficiales especialistas 2020 – 2021 al declararlo no apto en la ficha médica; que se mande a pedir disculpas públicas al accionante; que se ordene la reincorporación de forma inmediata a rendir las pruebas correspondientes a la siguiente fase del proceso; que se establezca la sanción a los responsables de la vulneración de sus derechos; que se ordene la adopción de garantías de no repetición; y, que se conceda la reparación económica.
- 88.** En la audiencia reservada que se llevó a cabo el 09 de febrero de 2023, el accionante mencionó que en ese punto no estaba seguro de querer integrarse a las Fuerzas Armadas puesto que el inicio de las acciones constitucionales que ha incoado en contra de esta institución podría significar que él sufra retaliación por parte de las Fuerzas Armadas. En ese sentido, manifestó que deberá ser la Corte quien determine si corresponde que él se reincorpore a la fase del proceso de selección que le correspondería o si es conveniente que se fije una indemnización para que no se produzca esta situación, en caso de que se ordene su reintegro a la fase de selección correspondiente.
- 89.** Tras evidenciar la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, imagen propia, y seguridad jurídica del accionante esta Corte considera que esta sentencia constituye en sí mismo un medio idóneo de reparación, al dejar constancia de la violación de los derechos constitucionales de la parte actora. En esta misma línea, esta Corte dispone dejar sin efecto la sentencia de primer y segundo

nivel en virtud de que no habrían tutelado los referidos derechos del accionante por las razones expuestas en esta sentencia, y en su lugar, aceptar y resolver la acción de protección mediante la presente decisión.

- 90.** Esto último, considerando que, tanto en primera, como en segunda instancia, los jueces desestimaron la acción de protección al considerar, en lo principal, que existieron requisitos para ingresar a las Fuerzas Armadas y que los mismos no fueron satisfechos. Los jueces de primera y segunda instancia ni siquiera efectuaron el análisis particular del derecho a la igualdad y no discriminación, así como al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la imagen. Por lo tanto, los jueces de primer y segundo nivel avalaron la actuación de las Fuerzas Armadas, siendo que esta es contraria a la CRE, como ha quedado anotado en esta sentencia. Ello, sumado a que aun cuando los jueces de primer y segundo nivel sí desvirtuaron violaciones a la seguridad jurídica, de haber indagado en el propio expediente, la prueba presentada y haber aplicado la inversión de la carga probatoria, habrían encontrado que el accionante en realidad no estaba impedido de ingresar a las Fuerzas Armadas.
- 91.** Por lo tanto, esta Corte encuentra que en las referidas sentencias no se tutelaron los derechos invocados por el accionante, mismos que fueron materia de análisis en esta causa. Así, se concluye que subsisten las violaciones de derechos constitucionales que deben ser reparadas por esta Corte y en tal virtud se debe dejar sin efecto dichas decisiones judiciales.
- 92.** Además, pese a ventilarse datos sensibles relativos a condiciones médicas y de salud del accionante dentro de la acción de protección, objeto de estudio de esta sentencia, el proceso no ha sido puesto en reserva. Por lo que, previo a su difusión y como parte de la reparación se ordena que se ponga en reserva al proceso, con la finalidad de proteger la identidad e intimidad del accionante.
- 93.** Una vez que sea puesto en reserva el proceso, en atención a lo anterior, se dispone que el Consejo de la Judicatura difunda el contenido de esta sentencia.
- 94.** Por otro lado, las Fuerzas Armadas deberán pedir disculpas al accionante por medio de una carta privada dirigida al accionante, en virtud de que aquel solicitó ello en su demanda de acción de protección y para precautelar el derecho a los datos personales e intimidad de este último.

95. Finalmente, se deja a salvo la posibilidad de que el accionante decida participar nuevamente en el proceso de selección de aspirantes a las Fuerzas Armadas, desde la fase en que le fue impedido continuar en dicho proceso (esto es, deberá participar nuevamente en la fase de ficha médica). Así, se recuerda a las Fuerzas Armadas, que el proceso de selección y revisión que la Corte Constitucional realiza de oficio, bajo ningún concepto puede resultar en represalias hacia los afectados. Por lo que, al existir un deber de cuidado por parte de este Organismo, dispone que, en el proceso de seguimiento de la presente sentencia, la Defensoría del Pueblo observe que la decisión en esta sentencia de revisión no afecte negativamente al accionante, en caso de que este decida empezar nuevamente el proceso de selección ante las Fuerzas Armadas, de conformidad con la Constitución, normas internacionales, así como demás normativa apegada a las condiciones del caso.
96. En atención al tiempo transcurrido y la negligencia con la que ha actuado las Fuerzas Armadas, como medida de compensación por el daño inmaterial sufrido, con el fin de reparar el detrimento de los derechos constitucionales del accionante, por la imposibilidad de continuar en el proceso de selección de aspirantes a las Fuerzas Armadas sin incurrir en impedimento en la fase de ficha médica, se concede una reparación en equidad valorada en USD \$ 3.000, al haberse constatado que las violaciones a los derechos a la seguridad jurídica, a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la imagen, de las que fue sujeto el accionante, alteró su proyecto profesional de poder ingresar a las Fuerzas Armadas.

7. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. **Aceptar** la acción de protección.
2. **Declarar** la vulneración de los derechos a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, imagen propia y seguridad jurídica del accionante por parte de las Fuerzas Armadas.
3. **Dejar sin efecto** la sentencia de 14 de septiembre de 2021, dictada por el Tribunal de Garantías, así como la sentencia de 15 de febrero de 2022, dictada por la Sala Especializada.

4. **Ordenar** que las Fuerzas Armadas paguen el valor de USD \$ 3.000 por concepto de reparación en equidad a favor del accionante. Una vez efectuado el pago, las Fuerzas Armadas deberán informar del cumplimiento de esta medida a la Corte Constitucional, adjuntando el respaldo para el efecto.
5. **Ordenar** que las Fuerzas Armadas pidan disculpas al accionante por medio de una carta privada, dirigida al accionante, para precautelar el derecho a los datos personales e intimidad de este último. Lo cual será informado por parte de Fuerzas Armadas a este organismo en el término de 10 días, contados desde la notificación de la presente sentencia. El documento deberá contener el siguiente texto:

Por disposición de la Corte Constitucional del Ecuador, establecida en la sentencia 916-22-JP/24, las Fuerzas Armadas del Ecuador reconocen que la declaratoria de NO APTO del señor [incluir nombre del accionante] por presencia de tatuaje en el pectoral izquierdo mayor a la palma de la mano y microlito testicular, por parte de dicho estamento de la Fuerza Pública, violó los derechos constitucionales del accionante a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, imagen propia y seguridad jurídica. Por lo tanto, ofrecen disculpas al señor [[incluir nombre del accionante] por el daño que dicha vulneración le ha ocasionado.

6. **Disponer** que el Tribunal de Garantías Penales, que conoció la acción de protección objeto de esta sentencia de revisión oculte los datos de identificación del accionante, del proceso de acción de protección signado con el número correspondiente, con la finalidad de precautelar su derecho a la intimidad, en el término de 10 días contados desde la notificación de esta sentencia. Una vez que se haya dado cumplimiento a lo anterior, el Tribunal de Garantías Penales deberá informar del cumplimiento de esta medida a la Corte Constitucional.
7. **Ordenar** que, posterior a constatar que se haya ocultado la información personal del accionante de la acción de protección, el Consejo de la Judicatura, en el plazo máximo de 15 días desde la notificación de esta sentencia, difunda el presente fallo en su página web por un período de seis meses consecutivos y a través de sus cuentas oficiales de redes sociales. Para justificar el cumplimiento integral de esta medida, el Consejo de la Judicatura deberá remitir a la Corte Constitucional, en el plazo máximo de veinte días desde la notificación de esta sentencia, la constancia de su publicación en el banner principal del portal web del Consejo de la Judicatura, en las cuentas oficiales de las redes sociales institucionales y de la

constancia del correo institucional remitido a los fiscales y defensores públicos a nivel nacional.

8. **Disponer** que, posterior a constatar que se haya ocultado la información personal del accionante de la acción de protección, el Consejo de la Judicatura difunda la presente sentencia a través del correo electrónico u otros medios adecuados y disponibles a todos los jueces con competencia para conocer garantías jurisdiccionales a nivel nacional. En el término máximo de 20 días, el Consejo de la Judicatura deberá informar y justificar de forma documentada el cumplimiento de esta medida a esta Corte Constitucional.
9. **Disponer** que, en caso de que el accionante desee postularse nuevamente al cargo de oficial especialista de las Fuerzas Armadas, previo a la verificación del cumplimiento de otros requisitos, a este se le practique nuevamente los exámenes correspondientes a la fase de ficha médica, para lo cual, las Fuerzas Armadas correrán con la totalidad de los gastos de dichos exámenes. Además, se abstendrán de realizar cualquier acto que pueda entenderse como retaliación en contra del accionante, en virtud de la acción de protección presentada en su contra.
10. **Disponer** que la Defensoría del Pueblo observe que la decisión en esta sentencia de revisión, en caso de que el accionante desee postularse nuevamente al cargo de oficial especialista, no afecte negativamente al accionante, de conformidad con la Constitución, normas internacionales, así como demás normativa apegada a las condiciones del caso.
11. **Llamar la atención** a las Fuerzas Armadas por no haber dado contestación al pedido de información realizado por la jueza ponente de esta causa, en dos ocasiones, respecto a los motivos que sustentan la medida de inaptitud aplicada al accionante en lo relativo al tatuaje.
12. Notifíquese y publíquese.

Alí Lozada Prado
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con ocho votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Alejandra Cárdenas Reyes, Carmen Corral Ponce, Jhoel Escudero Soliz (voto concurrente), Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Richard Ortiz Ortiz y Daniela Salazar Marín; y, un voto salvado del Juez Constitucional Enrique Herrería Bonnet, en sesión jurisdiccional ordinaria de jueves 04 de julio de 2024.- Lo certifico.

Firmado electrónicamente
Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA 916-22-JP/24

VOTO CONCURRENTE

Juez constitucional Joel Escudero Soliz

1. Antecedentes

1. Con fundamento en los artículos 92 y 93 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, respetuosamente presento mi voto concurrente respecto de la decisión aprobada mediante sentencia 916-22-JP/24, en la sesión de Pleno de 04 de julio de 2024. En dicha decisión, el Pleno de este Organismo revisó los hechos de origen y aceptó la acción de protección presentada por R.A.J.G en contra del Ministerio de Defensa (“**Ministerio**”) y la Procuraduría General de Estado (“**PGE**”), por cuanto al accionante, al presentar un microlito testicular y un tatuaje en el pectoral izquierdo, no le permitieron el ingreso a la carrera militar y vulneraron sus derechos a la igualdad y no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y la seguridad jurídica.

2. Análisis constitucional

2. Si bien concuerdo con la decisión adoptada, discrepo con el análisis del derecho a la igualdad y no discriminación, específicamente en la identificación del fin constitucionalmente válido respecto de la prohibición de portar un tatuaje en el pectoral izquierdo en el caso de R.A.J.G. Por ello, en este voto sostendré que los artículos 158, 159 y 162 de la Constitución no establecen que la “imagen institucional” de las Fuerzas Armadas sea un derecho que pueda analizarse dentro del test de proporcionalidad como un fin constitucionalmente válido que habilite al Estado a prohibir el ingreso a postulantes que portan tatuajes. Si bien la imagen institucional es una característica fundamental de la institucionalidad del Estado, no constituye un criterio para definir si se afectó o no el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
3. En consecuencia, al no existir un fin que validar frente al ejercicio de un derecho, el criterio de la imagen institucional no es idóneo para restringir la igualdad y el examen o test de igualdad no debería prosperar. Por ello, no era necesario examinar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la referida medida. Así, considero que no se debe dar de valor jurídico a modo de un derecho a un criterio institucional o a una potestad pública.

4. Mi discrepancia radica en la identificación el fin constitucionalmente válido que justifique un trato diferenciado es fundamental en el presente caso. La posible vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación invierte la carga de la prueba y corresponde a la entidad estatal accionada, es decir, a las Fuerzas Armadas, aportar elementos conducentes a desvirtuar la existencia de tratos discriminatorios. Siguiendo este principio, es obligación de la accionada aportar razones que expliquen cuál sería el fin constitucional legítimo que justifica la diferenciación y por qué el acto que se acusa de discriminatorio lo protegería. Para ello, la entidad accionada debió identificar y explicar con precisión la norma constitucional o de instrumentos internacionales de derechos humanos que fundamentaría su actuación, cuestión que no realizó a lo largo del proceso.
5. En mi opinión, la Corte debe identificar un fin válido como una justificación legítima para limitar el ejercicio de derechos como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. Este análisis, considera que la imagen de una institución es importante y forma parte de un elemento esencial de la institucionalidad del Estado, pero no es un medio idóneo para limitar el ejercicio de derechos.
6. En el caso bajo análisis, las Fuerzas Armadas no expresaron ni identificaron sustento alguno en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos, para fundamentar que la prohibición de ingreso de una persona que porta un tatuaje con las características mencionadas persiga un fin válido. Esta constatación devela que el trato diferenciado del que fue objeto R.A.J.G es evidentemente discriminatorio y vulnerador del derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 11 numeral 2 de la Constitución.
7. Incluso a pesar de que las Fuerzas Armadas no fundamentaron un fin constitucional legítimo, la mayoría de la Corte sostuvo que la medida de impedir el ingreso a quien porta un tatuaje obedecía a proteger “la imagen institucional” de la entidad, establecida en los artículos 158, 159 y 162 de la Constitución. Las mencionadas normas constitucionales no aluden al manejo de la imagen institucional y menos aún hace referencia a las características de la imagen personal que deben llevar sus miembros u otra disposición que aluda al derecho al libre desarrollo de la personalidad o la protección de la imagen personal. Por el contrario, dichos artículos establecen expresamente la misión de las Fuerzas Armadas, el apoyo complementario que deben realizar a las funciones de la Policía Nacional y la característica de obediente y no deliberante de la fuerza pública. De allí que la sola invocación a una norma o principio constitucional en abstracto no es suficiente para fundamentar un fin válido. En consecuencia, no se verifica un fin constitucionalmente válido en este caso, por lo medida de prohibir a R.A.J.G. su ingreso a la fuerza pública por portar un tatuaje no supera el test de igualdad.

8. Por las razones expuestas, el análisis de la Corte debió concluir al verificar la inexistencia del fin constitucionalmente válido, pues el examen realizado hasta esa verificación reviste de suficiente contundencia sobre la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación de R.A.J.G.

Jhoel Escudero Soliz
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón: Siento por tal, que el voto concurrente del juez constitucional Jhoel Escudero Soliz, anunciado en la sentencia de la causa 916-22-JP, fue presentado en Secretaría General el 16 de julio de 2024, mediante correo electrónico a las 11:04; y, ha sido procesado conjuntamente con la sentencia.- Lo certifico.

Firmado electrónicamente
Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA 916-22-JP/24

VOTO SALVADO

Juez constitucional Enrique Herrería Bonnet

1. El Pleno de la Corte Constitucional, en sesión de 4 de julio de 2024, aprobó la sentencia 916-22-JP (“**sentencia de mayoría**” o “**decisión de mayoría**”), en la que se revisaron las decisiones acaecidas en el proceso de acción de protección presentada por R.A.J.G.¹
2. En la sentencia de mayoría se resolvió que:

[T]anto en primera, como en segunda instancia, los jueces desestimaron la acción de protección al considerar, en lo principal, que existieron requisitos para ingresar a las Fuerzas Armadas y que los mismos no fueron satisfechos. Los jueces de primera y segunda instancia ni siquiera efectuaron el análisis particular del derecho a la igualdad y no discriminación, así como al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la imagen. Por lo tanto, los jueces de primer y segundo nivel avalaron la actuación de las Fuerzas Armadas, siendo que esta es contraria a la CRE, como ha quedado anotado en esta sentencia. Ello, sumado a que aun cuando los jueces de primer y segundo nivel sí desvirtuaron violaciones a la seguridad jurídica, de haber indagado en el propio expediente, la prueba presentada y haber aplicado la inversión de la carga probatoria, habrían encontrado que el accionante en realidad no estaba impedido de ingresar a las Fuerzas Armadas.

Por lo tanto, esta Corte encuentra que en las referidas sentencias no se tutelaron los derechos invocados por el accionante, mismos que fueron materia de análisis en esta causa. Así, se concluye que subsisten las violaciones de derechos constitucionales que deben ser reparadas por esta Corte y en tal virtud se debe dejar sin efecto dichas decisiones judiciales.

3. Con lo anterior, procederé a fundamentar mi desacuerdo con la sentencia de mayoría.

1. Consideraciones

4. Para rebatir los criterios expuestos en la sentencia de mayoría, procederé a exponer las razones por las cuales disiento de ellos.
5. Una de las causales de inadmisión de la Directiva aplicable a los procesos de calificación

¹ Concordantemente con la sentencia de mayoría, se utilizará la nominación “R.A.J.G”, y omitirá el nombre del accionante en las citas textuales, en atención a lo prescrito en el artículo 66 numerales 19 y 20 de la Constitución de la República que consagran los derechos a la protección de datos de carácter personal y la intimidad personal y familiar, y la resolución 009-CCE-PLE-2021 sobre el Protocolo de Información confidencial de la Corte Constitucional. Lo mismo ocurre respecto a las judicaturas y sus jurisdicciones territoriales.

de la aptitud psicofísica para el ingreso a las FF.AA es:

Tatuajes: que la sumatoria no sean mayores al 1% de la superficie corporal) tamaño (máximo palma de la mano sin dedos del Aspirante, ubicación (tatuajes que pudieren ser visibles vistiendo las diferentes modalidades de uniformes militares: cara, cuello, tercio medio de brazo hasta dedos, tercio medio de muslo hacia dedos) o simbolismo (las características del o los tatuajes deberán ser evaluadas en su contexto en psiquiatría). Consideraciones que de ser necesarias, serán evaluadas para su aprobación en la junta médica militar que se conforme para el efecto en cada Fuerza (sic) (énfasis añadido).

6. En el caso en concreto, las Fuerzas Armadas declararon al accionante como no apto por, supuestamente, tener un tatuaje visible de tamaño mayor a la palma de su mano. Por ello, la Corte Constitucional analiza si tener tatuajes de tamaño mayor a la palma de la mano como causal de inaptitud para el ingreso a las Fuerzas Armadas viola el derecho a la igualdad y no discriminación.
7. Para fundamentar la resolución del problema jurídico, la Corte realiza, de forma errónea, el test de igualdad y no discriminación. En la sentencia 28-15-IN/21, este Organismo distinguió si una diferencia se enmarca en una categoría sospechosa, protegida o ninguna. Conuerdo con la decisión de mayoría al afirmar que portar un tatuaje no se enmarca en una distinción que se enmarque en una categoría sospechosa. Pese a ello, disiento de esta cuando se afirma que la distinción por portar un tatuaje se encasilla en una categoría protegida. A mi juicio, es evidente que tener un tatuaje no se encuentra en una de las condiciones del numeral 2 del artículo 11 de la CRE y que se atenta contra la igualdad formal. Por lo tanto, correspondía que se realice un análisis con un nivel de escrutinio bajo. Es decir que, cabía tener mayor deferencia por el principio de libertad de configuración legislativa (en este caso, reglamentaria).
8. En lo referente al escrutinio bajo o de mera razonabilidad, únicamente se debe evaluar si la medida está debidamente justificada y es razonable. Sobre ello, la misma sentencia de mayoría afirma que sí existe un fin constitucional, el cual consiste en “consolidar la imagen institucional de dicho estamento de la fuerza pública, de carácter castrense y disciplinario” y “mantener la imagen de uniformidad entre los miembros de las Fuerzas Armadas, haciendo que estos puedan proyectarse de manera neutral y colectiva frente a la ciudadanía cuando ejerzan sus funciones”. Evitar que se vean tatuajes dentro de los miembros de las Fuerzas Armadas incluso se fundamenta en la legítima confianza que tiene el ciudadano respecto a esta institución, al ser un estamento de la fuerza pública.
9. Es de conocimiento público que dentro de las olas de violencia que vive el país, la Policía

Nacional y las Fuerzas Armadas buscan reconocer a miembros de bandas criminales por medio de los tatuajes.² En el proyecto se citan casos de Colombia y Estados Unidos para argumentar que existiría una discriminación respecto a las personas con tatuajes.

10. Sin embargo, por el momento, en Ecuador se vive una realidad diametralmente distinta por la violencia suscitada en el país. Las afirmaciones del voto de mayoría son ajenas a la realidad nacional y no toman en cuenta: (i) la función de seguridad que deben tener las Fuerzas Armadas y (ii) el resultado del referéndum y consulta popular de 2024 en el que se aprobó el apoyo complementario de las Fuerzas Armadas en las funciones de la Policía Nacional para combatir el crimen organizado.
11. Por tales motivos, considero que el reglamento no viola el derecho a la igualdad y no discriminación pues la medida respecto de los tatuajes está debidamente justificada y es razonable.
12. Así también, es primordial tomar en consideración que el Reglamento del Proceso de Reclutamiento y Selección de Postulantes a Aspirantes a Servidores Policiales Directivos, Técnico Operativos a Nivel Nacional y Proceso de Selección de Tránsito de Servidores Policiales Técnico Operativo a Directivo fue emitido el 6 de diciembre de 2023. En dicho reglamento, se habría establecido de manera diametral —como un requisito que “coincide con la lucha contra el crimen organizado, cuyos integrantes poseen tatuajes específicos”—³ el no poseer tatuajes.
13. En tal virtud, considero que la emisión de la sentencia de mayoría podría constituir un doble estándar de tatuajes entre las FFAA y los policías. Esto, siendo que las FFAA actualmente intervienen en ámbitos relacionados con la seguridad, según el artículo 2 de la Ley Orgánica de Defensa Nacional. En tal sentido, conforme se señaló anteriormente, se pone en riesgo la figura de la institución si se permite que los aspirantes a miembros de

² En varios medios de comunicación se han publicado las siguientes noticias: “Ecuador retoma la criminalización de las personas con tatuajes en su búsqueda por la seguridad” https://www.lahora.com.ec/pais/ecuador-retoma-la-criminalizacion-de-las-personas-con-tatuajes-en-su-busqueda-por-la-seguridad/#google_vignette; “Lobos, Choneros y Tiguerones marcan su piel con tatuajes de animales salvajes” <https://www.primicias.ec/noticias/seguridad/tatuajes-choneros-lobos-tiguerones-animales/>; Ecuador se mira en el espejo de la política de mano dura y el recelo a los tatuajes de El Salvador <https://apnews.com/world-news/general-news-83b0e9e536d4e5840f04be5b95f6bfa9> y <https://www.latimes.com/espanol/internacional/articulo/2024-01-14/ecuador-se-mira-en-el-espejo-de-la-politica-de-mano-dura-y-el-recelo-a-los-tatuajes-de-el-salvador>; “Tatuajes, tema de preocupación entre quienes portan uno” <https://www.lahora.com.ec/los-rios/tatuajes-tema-de-preocupacion-entre-quienes-portan-uno/>.

³ Ver, “Sin tatuajes: el polémico reglamento de la Policía para filtrar a sus aspirantes” de Diario Expreso. Acceso en: <https://www.expreso.ec/actualidad/tatuajes-prohibidos-nuevo-reglamento-policia-filtrar-aspirantes-186233.html>.

las FFAA mantengan tatuajes visibles por la exigencia del contexto castrense y la legitimidad que debe tener ante el pueblo. Esto, a mi criterio, podría disminuir la confianza ciudadana depositada en los miembros de dichas instituciones.

2. Conclusión

- 14.** En mérito a los argumentos expuestos, emito este voto salvado al no estar de acuerdo con lo establecido en la sentencia de mayoría.

Enrique Herrería Bonnet
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón: Siento por tal, que el voto salvado del juez constitucional Enrique Herrería Bonnet, anunciado en la sentencia de la causa 916-22-JP fue presentado en Secretaría General el 17 de julio de 2024, mediante correo electrónico a las 11:42; y, ha sido procesado conjuntamente con la sentencia.- Lo certifico.

Firmado electrónicamente
Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL