

EXP. N.º 2868-2004-AA/TC

ÁNCASH

JOSÉ ANTONIO

ÁLVAREZ ROJAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de noviembre de 2004, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por José Antonio Álvarez Rojas contra la sentencia de la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Áncash, de fojas 90, su fecha 24 de mayo de 2004, que declara improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de diciembre de 2003, el recurrente interpone acción de amparo contra el Ministerio del Interior, solicitando su reincorporación al servicio activo de la Policía Nacional con el reconocimiento de su tiempo de servicios. Manifiesta que cuando prestaba servicios en la jefatura del área policial de Pomabamba – Áncash se expidió un parte administrativo disciplinario por faltas contra el decoro y la obediencia, imponiéndosele la sanción de 10 días de arresto simple, que posteriormente fue elevada a 18 días por el jefe de la Subregión de la Policía Nacional de Huari – Áncash. Agrega que, por los mismos hechos, se lo pasó de la situación de actividad a la de disponibilidad por medida disciplinaria por Resolución Regional N.º 062-IV RPNP-UP AMDI, de 28 de agosto de 1996 y, finalmente, por Resolución Directoral N.º 728-2000 DGPNP/DIPER, de fecha 7 de abril de 2003, se dispuso su pase al retiro, violándose el principio *ne bis in idem*.

Alega, también, que no se observaron los plazos para expedir los actos cuestionados y que se le recortó el derecho a la defensa, ya que de manera apresurada se dispuso su pase de la situación de actividad a la de disponibilidad. De otro lado, señala que por los mismos hechos fue procesado y absuelto por el Cuarto Juzgado de Instrucción Permanente de la II Zona Judicial de la Policía Nacional, resolución que fue confirmada en todos sus extremos por la Sala del Consejo Superior de Justicia de la PNP.

El Procurador Público Adjunto del Ministerio del Interior a cargo de los asuntos judiciales de la Policía Nacional contesta la demanda deduciendo la excepciones de falta de agotamiento de la vía administrativa, de caducidad y de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

El Juzgado Mixto de Pomabamba de la Provincia de Áncash, con fecha 16 de febrero de 2004, declara fundadas las alegadas excepciones e improcedente la demanda.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declaren inaplicables la Resolución Regional N° 062-IV –RPNP –UP. AMDI, de fecha 28 de agosto de 1996, que pasa al accionante de la situación de actividad a la de disponibilidad por medida disciplinaria; la Resolución Directoral 728-2000-DGPNP/ DIPER, de fecha 07 de abril del 2000, que dispone su pase a la situación de retiro; y la Resolución Ministerial 1701-2003-IN/PNP, de 25 de septiembre de 2003, que declara inadmisibile la solicitud de nulidad presentada contra las resoluciones anteriores; y que, en consecuencia, se ordene su reincorporación al servicio activo de la PNP.

§2. Principio *ne bis in ídem* y ejercicio de la potestad sancionatoria de la PNP

2. A juicio del recurrente, se violó su derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico, puesto que en un primer momento fue sancionado disciplinariamente a 10 días de arresto simple por haber cometido faltas contra el decoro y la obediencia; sanción que posteriormente se incrementó a 18 días. No obstante, con posterioridad y pese a las dos primeras sanciones, se lo pasó a la situación de disponibilidad y, finalmente, al retiro.

Dimensiones del principio *ne bis in ídem*

3. En la STC 2050-2002-AA/TC, este Tribunal destacó que el principio *ne bis in ídem* es un principio implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el artículo 139°, inciso 3), de la Constitución. “Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado peruano sea parte” (Fund. Jur. 18). Y este derecho a no ser juzgado o sancionado dos veces por los mismos hechos se encuentra reconocido en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a tenor del cual:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Así como en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual:

“(…) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:

(…)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

4. En la misma STC 2050-2002-AA/TC, este Tribunal recordó que el principio *ne bis in ídem* tiene una doble dimensión:
 - a. Por un lado, una dimensión procesal, en virtud de la cual se garantiza que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos»; es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo)” [Fund. Jur. 19].

- b. Por otro, una dimensión material, según la cual el enunciado «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», “expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más) veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento”.

Esta última dimensión tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, literal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos — como lo ha expresado este Tribunal en la STC 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. 6— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica.

De ahí que se considerase que “el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido”.

5. Para que el ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración policial pueda considerarse contraria a dicho derecho fundamental, en su dimensión material [que es la que el recurrente, en esencia, ha alegado], es preciso que cuando menos dos de las sanciones impuestas a un mismo sujeto, por la comisión de un acto, obedezcan a la infracción de un mismo bien jurídico, sea este administrativo o de carácter penal.

Por tanto, lo importante para calificar si dos sanciones impuestas violan dicho derecho fundamental no es tanto que por un mismo acto una persona sea sancionada administrativa y disciplinariamente y, correlativamente, en un proceso penal [pues, *a priori*, efectivamente ello puede acontecer desde el momento en que aquel acto puede suponer la infracción de un bien jurídico administrativo y, simultáneamente, de un bien jurídico penal], sino que la conducta antijurídica, pese a afectar a un solo bien jurídico, haya merecido el reproche dos o más veces.

Violación del principio *ne bis in idem* y del derecho de defensa

6. Bajo ese esquema, corresponde al Tribunal evaluar las siguientes medidas adoptadas contra el recurrente:

A) Inicialmente, el recurrente fue sancionado a ocho días de arresto simple por haber cometido falta contra el decoro [debido a que el recurrente era el padre biológico de un no nato de seis meses de gestación, lo que había sido denunciado ante la Fiscalía, Municipalidad e Iglesia de la Provincia de Pomabamba] y falta contra la obediencia [porque el recurrente no habría “cursado la solicitud correspondiente ante la superioridad pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Sra. Keli Rojas Minchola (...)”]. (f. 8 vuelta).

B) Posteriormente, dicha sanción fue incrementada a 18 días de arresto simple (f. 11).

C) Por su parte, por Resolución Regional N.º 062-IV-RPNP-UP.UMDI fue pasado de la situación de actividad a la de disponibilidad, por habersele encontrado responsable de la comisión de faltas “contra el decoro” y el “espíritu policial” (f. 2).

D) Finalmente, por Resolución Directoral N.º 728-2000-DGPNP/DIPER, el recurrente fue pasado de la situación de disponibilidad por medida disciplinaria a la de retiro por límite de permanencia en disponibilidad.

7. En primer lugar, el Tribunal considera que no se ha infringido el principio *ne bis in idem* en su dimensión material por el hecho de que la administración policial haya aumentado la sanción originalmente impuesta de ocho días de arresto simple a 18 días de arresto simple. La hipótesis de agravamiento de una sanción incide en el *quántum* de esta y, por sí misma, no configura una nueva sanción por la infracción del mismo bien jurídico.

En segundo lugar, el Tribunal estima que sí se ha acreditado la lesión del principio *ne bis in idem*, pues el recurrente, además de haber sido sancionado con 18 días de arresto simple, posteriormente fue pasado a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria. En efecto, se violó el referido principio en su dimensión material, esto es, en su expresión de no ser sancionado dos o más veces por la infracción del mismo bien jurídico, puesto que se lo sancionó con arresto simple supuestamente por haber cometido *faltas contra el decoro* y contra la obediencia y, posteriormente, se lo pasó a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria, alegándose su responsabilidad en la comisión de la misma *falta contra el decoro*, a la que se agregó la infracción de la falta contra el espíritu policial.

8. Finalmente, el Tribunal Constitucional opina que no se ha lesionado el principio *ne bis in idem*, por el hecho de que, impuesta la última sanción –la del pase del recurrente a la situación de disponibilidad–, con posterioridad, la administración policial haya decidido pasarlo a la situación de retiro. En efecto, como se observa de la parte resolutive de la Resolución Directoral N.º 728-2000-DGPNP/DIPER, el recurrente fue pasado a la situación de retiro por haber sobrepasado el límite de permanencia en la situación de disponibilidad, y no porque hubiese sido sancionado *ex novo* por las mismas faltas que se invocaron en aquella.

§3. Arresto simple y violación del derecho de defensa

9. En el fundamento 7 de esta sentencia, el Tribunal ha descartado que se haya producido una violación del principio *ne bis in idem*, en su dimensión material, por el hecho de que la administración policial haya aumentado la sanción originalmente impuesta de ocho días de arresto simple a 18 días de arresto simple.

No obstante, considera que la sola imposición de dicha sanción, bajo el esquema previsto en el Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP, violó el derecho de defensa del recurrente. En efecto, como también se indicó en la referida STC 2050-2002-AA/TC, el artículo 88º de dicho Reglamento autoriza que la susodicha sanción, por aplicarse a faltas no consideradas graves, pueda aplicarse sin seguirse un previo procedimiento disciplinario y sin que los sancionados puedan ejercer su derecho a defenderse de los cargos que se le imputan.

De ahí que en la STC 2050-2002-AA/TC se sostuvo que “ni siquiera la necesidad de preservar los principios de disciplina y jerarquía de la Policía Nacional del Perú justifica que las sanciones disciplinarias respectivas que puedan dictarse a sus integrantes se impongan

sin respetar el derecho de defensa. Autoridad, disciplina y respeto del principio de jerarquía no pueden entenderse como franquicia para sancionar en condiciones de indefensión”.

En esa medida, el Tribunal Constitucional estima que, en la medida en que el recurrente fue sancionado con arresto simple, en los términos que se han expuesto, se ha acreditado la lesión del derecho reconocido en el artículo 139, inciso 14), de la Constitución.

§4. *Iura novit curia* constitucional, principio de congruencia y contradictorio en el amparo

10. Como se desprende de la demanda y de lo expuesto en los antecedentes de esta sentencia, el recurrente solo ha alegado la lesión del derecho al debido proceso y, particularmente, del principio *ne bis in idem*. No obstante, el Tribunal Constitucional considera que con el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Policía Nacional del Perú se han vulnerado otros derechos fundamentales, respecto de los cuales el Colegiado considera imprescindible detenerse.

Antes de hacerlo, sin embargo, ha de recordarse nuevamente su doctrina, establecida en la STC 0905-2001-AA/TC, en torno a las relaciones del principio de congruencia procesal y el *iura novit curia* constitucional, y sus repercusiones en la determinación del contradictorio en el proceso constitucional de amparo.

11. Como allí se dijo, por lo que respecta al principio de congruencia de las sentencias o, a su turno, a la necesidad de que se respete el contradictorio en el seno del amparo, el Tribunal no considera que estos resulten “afectados por el hecho de que el juez constitucional se pronuncie por un derecho subjetivo no alegado por la demandante, pues una de las particularidades de la aplicación del *iura novit curia* en este proceso constitucional es que la obligación del juzgador de aplicar correctamente el derecho objetivo involucra, simultáneamente, la correcta adecuación del derecho subjetivo reconocido en aquel”.

“Y ello es así, pues sucede que el derecho subjetivo constitucional está, a su vez, reconocido en una norma constitucional, norma esta [...] que es indisponible para el Juez Constitucional y que, en consecuencia, aunque no haya sido invocada, debe aplicarse. Además, no puede olvidarse que el contradictorio en el amparo, por lo general, no se expresa de manera similar a lo que sucede en cualquier otro ámbito del derecho procesal, en particular, si se tiene en cuenta la posición y el significado de la participación de las partes (sobre todo, la demandada) en el presente proceso; de manera que la comprensión y el respeto del contradictorio en el amparo ha de entenderse, no conforme a lo que se entiende por él en cualquier otro proceso, sino en función de las características muy particulares del proceso constitucional” [Fund. Jur. 4, STC 0905-2001-AA/TC].

§5. El *ius connubii* como potestad fundamental que forma parte del ámbito del derecho al libre desarrollo de la persona

12. Como se ha expuesto en el fundamento 5, A, de esta sentencia, el recurrente fue sancionado, en total, a 18 días de arresto simple, entre otras razones, por haber cometido falta contra la obediencia. Dicha falta, de acuerdo con la emplazada, se habría cometido “por no haberse cursado la solicitud correspondiente ante la Superioridad pidiendo autorización respectiva para contraer matrimonio con la Sra. Keli Micheli Rojas Minchola, el día 03MAY96”.

Por tanto, la cuestión que ahora corresponde analizar es la siguiente: ¿es admisible constitucionalmente la exigencia de contar con autorización de la institución policial para que sus efectivos, como el recurrente, puedan contraer matrimonio?

13. En primer lugar, el Tribunal ha de recordar que del artículo 4° de la Norma Fundamental no es posible derivar un derecho *constitucional* al matrimonio. En efecto, cuando dicho precepto fundamental establece que el “Estado protege a la familia y promueve el matrimonio”, reconociéndolos como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”, con ello simplemente se ha limitado a garantizar constitucionalmente ambos institutos [la familia y el matrimonio] con una protección especial, la derivada de su consagración en el propio texto constitucional.

Más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos *institutos jurídicos constitucionalmente garantizados*. De modo que la protección constitucional que sobre el matrimonio pudiera recaer se traduce en la invalidación de una eventual supresión o afectación de su contenido esencial. En efecto, ni siquiera el amplio margen de configuración del matrimonio que la Constitución le otorga al legislador, le permite a este disponer del instituto mismo. Su labor, en ese sentido, no puede equipararse a lo propio del Poder Constituyente, sino realizarse dentro de los márgenes limitados de un poder constituido.

Se trata de una garantía sobre el instituto que, por cierto, no alcanza a los derechos que con su celebración se pudieran generar, los mismos que se encuentran garantizados en la legislación ordinaria y, particularmente, en el Código Civil. De manera que, desde una perspectiva constitucional, no cabe el equiparamiento del matrimonio como institución con el derecho de contraer matrimonio, aunque entre ambos existan evidentes relaciones.

14. Si no existe un derecho constitucional al matrimonio, ¿quiere ello decir que no tiene protección constitucional la decisión de un efectivo de la PNP de contraer libremente matrimonio? O, planteado de otro modo, ¿qué es legítimo que un policía tenga que pedir autorización a la PNP para hacerlo?

El Tribunal considera que el derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución.

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.

Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él [aunque no únicamente], a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio. Particularmente, en la decisión de contraer matrimonio no se puede aceptar la voluntad –para autorizar o negar– de nadie que no sea la pareja de interesados en su celebración.

15. Es bien cierto que, como sucede con cualquier otro derecho fundamental, el del libre desarrollo de la personalidad tampoco es un derecho absoluto. En la medida en que su reconocimiento se sitúa al interior de un *orden constitucional*, las potestades o facultades que en su seno se pudieran cobijar, pueden ser objeto de la imposición de ciertos límites o restricciones a su ejercicio.

En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así sucede, por ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines lícitos, a trabajar libremente, etc.

Sin embargo, ausente una reserva de ley en la disposición que reconoce un derecho fundamental, ello no quiere decir que mediante cualquier norma jurídica se pueda restringir un derecho de por sí considerado limitable. En la STC 1091-2002-HC/TC, este Tribunal sostuvo que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos, en tales casos, debe materializarse sobre base de los literales a) y b), inciso 24°, artículo 2, de la Constitución, que establece, en ausencia de una reserva legal, la sujeción al principio de legalidad [fund. jur. 5].

La sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen *garantías normativas* con los que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio.

Ese es el caso en el que se encuentra el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por un lado, en la medida en que el mismo derecho no se encuentra sujeto a una reserva de ley y, por otro, que las facultades protegidas por este tampoco se encuentran reconocidas de manera especial en la Constitución [como sucede, por el contrario, con las libertades de tránsito, religión, expresión, etc.], el establecimiento de cualquier clase de límites sobre aquellas potestades que en su seno se encuentran garantizadas debe efectuarse con respeto del principio de legalidad.

16. Ciertamente, los niveles de protección que han revestido constitucionalmente los derechos fundamentales no se agotan con las “garantías normativas” [reserva de ley y legalidad]. Aunque la Constitución de 1993 no contenga una cláusula semejante a las existente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o en la Constitución española de 1978, en virtud de la cual se establezca que en la limitación de los derechos el legislador deberá respetar su contenido esencial, lo cierto es que en nuestro ordenamiento tal limitación de los derechos se deriva de la distinción de planos en los que actúa el Poder Constituyente y el legislador ordinario.

Como este Tribunal lo ha recordado en la STC 0014-2002-AI/TC, el respeto al contenido esencial de los derechos constituye un “límite implícito [del Poder Legislativo] derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa, que, desde luego, en modo alguno, puede equipararse a la que supuso el reconocimiento del derecho, esto es, a la del Poder Constituyente”. Y es que una cosa es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. “De ahí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende de que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se practica la restricción” [Funds. jurs. 94 y 93, respectivamente].

17. En ese sentido, encontrándose el legislador de los derechos fundamentales obligado a respetar su contenido esencial, no basta que se satisfagan las garantías normativas a las que antes se ha aludido para que se considere, sin más, que una limitación determinada no constituye afectación de un derecho o, acaso, que la aplicación de una norma legal limitadora, por el simple hecho de haberse establecido respetando tales garantías normativas, no puede suponer la violación de un derecho constitucional.

Tal afirmación también es de recibo en el tratamiento constitucional al cual está sujeto el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En efecto, la sujeción al principio de legalidad de la actividad limitativa de este derecho no puede entenderse en el sentido de que basta que una ley o norma con rango de ley establezca un límite a cualquiera de las potestades por él protegidas para que estas se consideren válidas en sí mismas, pues este último juicio solo podrá considerarse constitucionalmente correcto si, a su vez, se respeta el contenido constitucionalmente declarado del derecho y se satisfacen los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

18. En el caso, se ha acreditado que el recurrente fue sancionado a 18 días de arresto simple como autor de la falta contra la obediencia, por haberse casado sin contar con la autorización de la PNP. El Tribunal Constitucional considera que dicha sanción viola el principio de legalidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

A) En primer lugar, afecta el principio de legalidad, pues, como antes se ha expuesto, el *ius connubis* está sujeto a la exigencia del literal a), inciso 24 artículo 2°, de la Constitución. Y, por tanto, no se puede sancionar a un servidor público por no haber solicitado su autorización, como se ha hecho con el recurrente.

No enerva el juicio de haberse infringido el principio de legalidad, el hecho de que la sanción haya sido impuesta en mérito del Régimen Disciplinario de la PNP, pues como se expuso en el Fund. Jur. 24 de la STC 2050-2002-AA/TC, en el momento en que se juzgaron administrativamente los hechos, tal régimen disciplinario no había sido publicado en el

diario oficial *El Peruano*, conforme lo ordena el artículo 109 de la Constitución Política del Estado, por lo que no era obligatoria.

Tampoco ponen en entredicho tal juicio los artículos 50 y 67 del Decreto Legislativo N.º 745 [el primero de los cuales establece que se pasará al retiro al efectivo que no solicite autorización para contraer nupcias con un extranjero, y el segundo que “El personal de la Policía Nacional en Situación de Actividad o Disponibilidad, para contraer matrimonio con persona extranjera, requerirá autorización por Resolución del Director General de la Policía Nacional”, y sobre cuyos alcances este Tribunal no se detendrá]. En efecto, tales dispositivos legales no fueron de aplicación al caso del recurrente, dado que la persona con la que se casó no era extranjera, y tampoco se le impuso la sanción de pase al retiro por medida disciplinaria, porque sencillamente no era una norma aplicable.

B) En segundo lugar, el Tribunal considera que se ha violado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que así se hubiese satisfecho el principio de legalidad, la exigencia de contarse con una autorización de la PNP para que uno de sus efectivos contraiga matrimonio constituye una intolerable invasión de un ámbito de libertad consustancial a la estructuración de la vida privada del recurrente. Este último, como todo ser humano, es libre de decidir con quién contrae matrimonio y cuándo lo celebra, sin que para ello requiera el visto bueno de un órgano estatal, por más que se preste servicios en dicha institución.

§6. Principio de proporcionalidad, potestad sancionatoria de la administración policial y contenido constitucionalmente protegido de derechos fundamentales

Actuación administrativa, principio de proporcionalidad y presunción de inocencia

19. Por otro lado, el Tribunal Constitucional observa que el recurrente fue sancionado con el pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria, tras supuestamente haber cometido faltas contra el decoro y el espíritu policial. La comisión de tales faltas se sustentarían, según la parte considerativa de la mencionada Resolución Regional N.º 062-IV-RPNP-UP.AMDI, en el hecho de que el 03 de mayo de 1996 el recurrente se casó con Óscar Miguel Rojas Minchola,

“quien, para tal efecto, asumió la identidad de Kelly Migueli Rojas Minchola, previamente adulterando sus documentos personales, manteniendo el mencionado efectivo PNP relaciones de convivencia en forma sospechosa con el referido civil, pese [a] haberse percatado y tenido conocimiento, en su condición de auxiliar de enfermería, de las anomalías físicas que presentaba en sus órganos genitales, hecho acreditado posteriormente con el reconocimiento médico legal de fecha 06AGO96, expedido por la Dirección Regional de Salud de Huari, diagnosticando en la persona de Oswaldo Miguel Rojas Minchola: Actualmente no se puede definir el sexo inicial del paciente por existir plastía previa en órganos genitales. D/C: HERMAFRODITISMO”, demostrando, con estos hechos, total desconocimiento de las cualidades morales y éticas como miembro de la PNP, incurriendo, de esta manera, en graves faltas contra el decoro y el espíritu policial, estipuladas en el art. 83: “c” –13 y “d” –8 del RRD PNP, con el consiguiente desprestigio institucional (...).”.

20. A diferencia de lo que sucedió con el arresto simple, ahora la justificación para imponerle una sanción al recurrente ya no se sustenta en que se habría casado sin autorización de la PNP, sino en lo siguiente:

A). Que tal matrimonio se efectuó con una persona de su mismo sexo, que habría cambiado sus nombres de pila, y

B). Que mantuvo relación de convivencia con tal persona, pese a conocer –o tener que razonablemente haber inferido, en función de su condición de auxiliar de enfermería- las “anomalías físicas” de sus órganos genitales.

A juicio del Tribunal Constitucional, el primer motivo de la sanción impuesta puede analizarse desde una doble perspectiva. En primer término, que tal sanción se impuso por casarse con una persona que habría “previamente adulterado sus documentos personales”. O, en segundo término, que la sanción obedezca a haber mantenido “relaciones sospechosas” con un transexual.

21. Por lo que hace al primer motivo, es decir, que la sanción se justifique porque el acto matrimonial se haya realizado con un tercero, el cual, para llevarlo a cabo, haya cometido un delito, es lícito que el Tribunal se pregunte si es que en un Estado constitucional de derecho es válido que una persona sea sancionada por un acto ilícito cuya realización se imputa a un tercero.

La respuesta no puede ser otra que la brindada en la STC 0010-2002-AI/TC: un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable.

Por lo que al caso de autos se refiere, no ha quedado plenamente acreditado que el recurrente haya tenido participación en la comisión del delito contra la fe pública. Antes bien, en autos existen evidencias de la carencia de responsabilidad del recurrente en la comisión de tales ilícitos, como se desprende del hecho de que en el proceso judicial iniciado no haya sido comprendido en la investigación judicial que se sigue contra doña Blanca Luz del Río Vidal, Sofía Edith Moreno Caldas y Oswaldo Miguel Rojas Minchola.

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera, *prima facie*, que si la sanción se impuso al recurrente porque terceros cometieron delitos, entonces ella resulta desproporcionada, puesto que se ha impuesto una sanción por la presunta comisión de actos ilícitos cuya autoría es de terceros.

No obstante, por sí mismo, el carácter desproporcionado de un acto administrativo no termina en la violación de un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de proporcionalidad es un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos [constitucionales o simplemente legales]. Se trata de una técnica a partir del cual un tribunal de justicia puede evaluar si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta, o no, excesiva. Pero no se confunde, ni se superpone, a las potestades que garantizan cada uno de esos derechos.

De ahí que una actuación administrativa pueda no satisfacer el test de proporcionalidad y, sin embargo, no afectar a derechos reconocidos por la Norma Fundamental. Estos últimos, como es evidente, generan la invalidez de aquella actuación administrativa, pero si no inciden en el ámbito de los derechos protegidos por los procesos constitucionales, no son

de competencia de la justicia constitucional, sino de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Habiéndose constatado el carácter desproporcionado de la sanción impuesta, queda por analizar si con ella se afectó un derecho constitucional. Pues bien, el Tribunal Constitucional considera que la sanción impuesta al recurrente, so pretexto de que la persona con la que contrajo matrimonio cometió un delito, viola el derecho a la presunción de inocencia. En efecto, ni administrativa ni judicialmente, la emplazada ha probado que el recurrente haya participado en la comisión de los delitos. Por el contrario, se ha acreditado, a través de diversos medios de prueba, que los actos presuntamente ilícitos fueron presuntamente cometidos por terceros.

El derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos. Evidentemente se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir prueba plena sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad. Siendo tal la situación en la que se sancionó al recurrente, este Tribunal estima que se ha acreditado la violación del derecho a la presunción de inocencia.

Transexuales, principio de dignidad y exceso de poder administrativo

22. Cabe, no obstante, entender que la sanción impuesta no solo haya obedecido a las razones que antes se han expuesto, sino también al hecho de haber mantenido relación de convivencia con un transexual, con “anomalías físicas” en sus órganos genitales, pese a conocer tal condición, o tener que razonablemente haberlo inferido dada su condición de auxiliar de enfermería.

A criterio del Tribunal, tal cuestión pone de manifiesto un doble orden de problemas. Por un lado, si la convivencia con un transexual puede o no ser considerada ilícita desde el punto de vista del derecho administrativo sancionador, y, por otro, vistas las razones expuestas en la parte considerativa de la Resolución Regional, en virtud de la cual se sanciona al recurrente, la coherencia interna del acto administrativo sancionador.

23. Respecto al primer asunto, el Tribunal debe destacar que, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. En ese sentido, el respeto por la persona se convierte en el *leit motiv* que debe informar toda actuación estatal. Para tales efectos, la Constitución peruana no distingue a las personas por su opción y preferencias sexuales; tampoco en función del sexo que pudieran tener. Se respeta la dignidad de la persona.

El carácter digno de la persona, en su sentido ontológico, no se pierde por el hecho de que se haya cometido un delito. Tampoco por ser homosexual o transexual o, en términos generales, porque se haya decidido por un modo de ser que no sea de aceptación de la mayoría. Como lo ha sostenido la Corte Suprema Norteamericana, “Estos asuntos, relativos a las más íntimas y personales decisiones que una persona puede hacer en su vida, decisiones centrales para la autonomía y dignidad personal, son esenciales para la libertad [...]. En la esencia de la libertad se encuentra el derecho a definir el propio concepto de la existencia, el significado del universo y el misterio de la vida humana. La creencia sobre estos asuntos o la definición de los atributos de la personalidad no pueden

ser formados bajo la compulsión del Estado” [Planned Parenthood of Southeastern v. Casey, 505 US 833 (1992)].

Pero si no pueden ser formados bajo la compulsión del Estado, tampoco pueden considerarse ilícitos desde el punto de vista del derecho, a no ser que con su ejercicio se afecten bienes jurídicos. Forman parte de aquello que el derecho no puede regular. De ahí que cuando el Estado, a través de uno de sus órganos, sanciona a un servidor o funcionario por tener determinado tipo de relaciones con homosexuales o, como en el presente caso, con un transexual, con independencia de la presencia de determinados factores que puedan resultar lesivos a la moral o al orden público, se está asumiendo que la opción y preferencia sexual de esa persona resulta ilegítima por antijurídica. Es decir, se está condenando una opción o una preferencia cuya elección solo corresponde adoptar al individuo como ser libre y racional.

24. Asimismo, considerando ilegítima la opción y determinada preferencia sexual de una persona, con la consecuencia de sancionarla administrativamente, si es un servidor público, simultáneamente el Estado, de modo subrepticio, está imponiendo como jurídicamente obligatorio lo que él, autoritariamente, o una mayoría, juzga como moralmente bueno.

En tales casos, el asunto es, como nuevamente lo ha expresado la Corte Suprema Norteamericana [Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)], “si la mayoría puede usar el poder del Estado para reforzar estos puntos de vista en la sociedad entera a través de operaciones en la ley [...]”. Es decir, si el Estado puede declarar ilegal la elección de una persona, conforme a sus propios criterios, sobre qué es lo bueno o lo moralmente aceptable para él.

Evidentemente, en un Estado constitucional de derecho, que se sustenta en una comunidad de hombres libres y racionales, las relaciones entre moral y derecho no se resuelven en el ámbito de los deberes, sino de las facultades. Como lo afirma Gustavo Radbruch, “El derecho sirve a la moral no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza; está vuelto hacia la moral por el lado de los derechos y no por el lado de los deberes. Garantiza derechos a los individuos, para que puedan cumplir mejor sus deberes morales. (...) El orgullo moral, que siempre va unido a lo que el hombre se da a sí mismo, va ligado en los derechos subjetivos a lo que uno aporta a los demás; el impulso y el interés, encadenados siempre por la norma, quedan ahora libertados por la misma norma. Mi derecho es, en el fondo, el derecho a cumplir con mi deber moral. En sus derechos lucha el hombre por sus deberes, por su personalidad” [Gustavo Radbruch, *Filosofía del derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1952, p. 63].

Con tales afirmaciones, el Tribunal no alienta que al interior de las instalaciones de la Policía Nacional del Perú, sus miembros puedan efectuar prácticas homosexuales; tampoco, por cierto, heterosexuales [cf. ordinal “g” del fundamento jurídico 85 de la STC 0023-2003-AI/TC]. Lo que juzga inconstitucional es que, inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona y, a partir de allí, susceptible de sanción la relación que establezca con uno de sus miembros.

Por tanto, este Tribunal considera que es inconstitucional que el recurrente haya sido sancionado por sus supuestas relaciones “sospechosas” con un transexual.

Exceso de poder administrativo y potestad sancionatoria de la administración

25. Por último, la invalidez del acto administrativo sancionador también se deriva de su manifiesta incoherencia lógica. Efectivamente, en un primer momento, allí se afirma que las relaciones de convivencia con una persona de su mismo sexo fueron conocidas plenamente por el recurrente, pues pese a la plastía realizada a aquella en sus órganos genitales, este pudo “percatarse y tener conocimiento” de ello, “en su condición de auxiliar de enfermería”.

No obstante, inmediatamente después, pretendiéndose corroborar la afirmación anterior, la emplazada afirma que dicho conocimiento de las anomalías físicas en sus órganos genitales se acreditó “posteriormente con el reconocimiento médico legal”. Según este, “Actualmente no se puede definir el sexo inicial del paciente por existir plastía previa en órganos genitales. D/C: HERMAFRODITISMO(...)”.

Dicho en otros términos, lo que para un médico legista no es perceptible y, por tanto, no se puede definir [el sexo inicial del paciente], sí pudo y debió conocerlo el recurrente “en su condición de auxiliar de enfermería”. Se trata, evidentemente, de una afirmación que contiene una *contradictio in abjecto*, que, por sí misma, no podía servir de base suficiente para sancionar administrativamente –si es que, acaso, tal argumento fuera relevante- al recurrente.

26. No obstante lo dicho, tal vez quepa entender que el argumento para sancionar al recurrente se haya sustentado, además, en la “sospecha” que debió tener tras la realización de una plastía en los órganos genitales, pues al fin y al cabo, en su condición de auxiliar de enfermería, podía distinguir en los órganos genitales de su pareja la realización de una plastía. Tal argumento, a juicio del Tribunal, es insuficiente y hace que la sanción impuesta al recurrente sea desproporcionada. Y es que, como tal, la realización de una plastía no es evidencia de una alteración del sexo de una persona, pues la plastía también puede utilizarse con medios meramente estéticos.

Cabe ahora preguntarse si tal sanción afecta al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que el derecho afectado no es otro que el debido proceso sustantivo en sede administrativa. En efecto, como en diversas oportunidades lo ha recordado este Colegiado, la dimensión sustantiva del debido proceso administrativo se satisface, no tanto porque la decisión sancionatoria se haya expedido con respeto de los derechos constitucionales de orden procesal, sino, por lo que al caso importa resaltar, cuando la sanción impuesta a una persona no se encuentra debidamente fundamentada, sea irrazonable o excesiva, de cara a las supuestas faltas que se hubieran podido cometer, como ha sucedido en el presente caso.

En ese sentido, también se ha acreditado que la emplazada violó el derecho al debido proceso sustantivo en sede administrativa del recurrente.

§6. Finalidad del proceso de amparo y satisfacción de condiciones de la acción para la expedición de una sentencia estimatoria

27. De acuerdo con el artículo 1 de la Ley N.º 23506, el objeto de los procesos constitucionales de la libertad es volver las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional. Como tal, supone que cuando se haya advertido en un acto la lesión de un derecho fundamental, este sea objeto de una declaración de nulidad y, consiguientemente, se repongan las cosas al estado inmediatamente previo a cuando se realizó la violación del derecho fundamental.

Sin embargo, como sucede con cualquier otro proceso, para que se pueda expedir una sentencia de mérito, es preciso que se satisfagan determinadas condiciones de la acción, es decir, aquellos requisitos que el legislador haya establecido, siempre que estos resulten razonables y no afecten al contenido constitucionalmente protegido del derecho de solicitar la tutela jurisdiccional del Estado.

28. En el caso de autos, la recurrida ha desestimado la demanda señalando que esta fue interpuesta extemporáneamente, en tanto que la Resolución Regional N° 062-IV-RPNP-UP.AMDI, que dispone su pase de la situación de actividad a la de disponibilidad, se expidió con fecha 28 de agosto de 1996, mientras que la demanda se interpuso con fecha 29 de diciembre de 2003, esto es, fuera del plazo establecido en el artículo 37 de la Ley N.° 23506.

Para enervar las razones de la recurrida, en su recurso extraordinario el recurrente ha sostenido que la iniciación y desarrollo del proceso ante la jurisdicción castrense interrumpió el plazo, por lo que una vez que culminó dicho proceso con una sentencia absolutoria, el plazo se debería computar a partir del día siguiente en que se denegó su solicitud de nulidad de la Resolución Directoral N.° 728-2000-DGPNP/DIPER, que lo pasó a la situación de retiro, esto es, a partir del día siguiente en que se le notificó la Resolución Ministerial N.° 1701-2003-IN/PNP. Tal hecho –indica– finalmente ocurrió el 14 de octubre de 2003, entre tanto la demanda se interpuso el 29 de diciembre del mismo año, es decir, dentro del plazo establecido en el artículo 37 de la Ley N.° 23506.

29. El Tribunal Constitucional comparte parcialmente el criterio del recurrente. En efecto, conforme se aprecia de autos, y se ha narrado en diversas partes de esta sentencia, el recurrente fue sancionado administrativamente –la última sanción con el pase a la situación de disponibilidad– por la supuesta comisión de faltas administrativas contra el decoro y el espíritu policial, contempladas en el no publicado Reglamento del Régimen Disciplinario de la PNP, mientras que el proceso penal militar se le siguió por los delitos contra el honor, *decoro* y deberes militares y *desobediencia*.

Esto quiere decir que, sin perjuicio de considerarse que los actos analizados presuntamente constituían la comisión de algunos delitos no sancionados administrativamente [v.g. los delitos contra el honor y deberes militares], en el proceso militar –que culminó con la absolución del recurrente– se volvió a juzgarlo por la supuesta infracción de bienes jurídicos que ya habían sido objeto de pronunciamiento en sede administrativa [i.e. desobediencia y decoro].

En el párrafo 10 del fundamento jurídico 17 de la STC 2050-2002-AA/TC, este Tribunal sostuvo que cuando una conducta afecta simultáneamente a bienes jurídicos administrativos y penales-militares, la eventual sanción administrativa “solo podrá darse una vez finalizado el proceso penal, pues si bien en sede judicial no se sancionará por la comisión de una falta administrativa, sino por la comisión de un ilícito (penal), la autoridad administrativa está vinculada por los hechos declarados como probados en sede judicial”.

En mérito de ello, el Tribunal Constitucional considera que el plazo de caducidad contemplado en el referido artículo 37 de la Ley N.° 23506, en el caso, debe computarse a partir del día siguiente en que la emplazada notificó al recurrente la Resolución Ministerial N.° 1701-2003-IN/PNP; es decir, a partir del 14 de octubre de 2003, por lo que, habiéndose interpuesto la demanda el 29 de diciembre de 2003, este Tribunal debe estimarla.

Por los fundamentos precedentes, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. 1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. 2. Ordena que la emplazada reincorpore al servicio activo a don José Antonio Álvarez Rojas, reconociéndole su tiempo de servicios como reales y efectivos.

Publíquese y notifíquese.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA