



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **RAZÓN DE RELATORÍA**

Se deja constancia de que se publica la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2022, emitida en el Expediente n.º 01362-2022-PA/TC, y que se notificará a las partes para los fines legales pertinentes, sin la firma del magistrado Augusto Ferrero Costa, en cumplimiento del acuerdo adoptado por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional con fecha 23 de noviembre de 2022, en concordancia con lo establecido en el artículo 48 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

Por lo que, se da fe del sentido de la votación del magistrado Augusto Ferrero Costa, quien ha conocido la causa y está a favor de la sentencia mencionada.

Lima, 30 de noviembre de 2022

Rubí Alcántara Torres  
Secretaria de la Sala Segunda



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sala Segunda. Sentencia 362/2022

EXP. N.º 01362-2022-PA/TC  
CALLAO  
ROSALIO RUBÉN ORTEGA ROMÁN

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de noviembre de 2022, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Gutiérrez Ticse, Ferrero Costa y Domínguez Haro, pronuncia la siguiente sentencia.

### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Rosalio Rubén Ortega Román contra la Resolución 12 de fojas 147, de fecha 9 de diciembre de 2021, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, que confirmando la apelada, declaró infundada la demanda de autos.

### ANTECEDENTES

#### **Demanda**

Con fecha 16 de abril de 2019 (f. 21), don Rosalio Rubén Ortega Román interpuso demanda de amparo contra la Dirección General de Personal de La Marina de Guerra del Perú a fin de que se declare la ineficacia de la Resolución Directoral N° 1322-2018-MGP/DGP de fecha 18 de diciembre de 2018, en el extremo que dispuso su baja del servicio activo, por la causal de *“límite de veces sin alcanzar vacante en proceso de ascenso”* —contemplada en el numeral 10 del artículo 41 del Decreto Legislativo 1144, cuyos alcances son especificados en el artículo 51 del referido decreto legislativo—; y, en tal sentido, se le reincorpore en el servicio activo. Para tal efecto, solicita la inaplicación, en su caso, del Decreto Legislativo 1144 y el Decreto Supremo 014-2012-DE.

En primer lugar, denuncia la violación concurrente de su derecho fundamental al trabajo y de su derecho fundamental a la igualdad, pues durante 14 años consecutivos estuvo en el grado de Oficial de Mar Tercero (OM3) sin que, sin mayor fundamento, se le permita ascender al grado inmediato superior Oficial de Mar Segundo (OM2), pese a que, en todas esas ocasiones, cumplió con los requisitos para ascender y aprobó el examen de ascenso. Precisamente por ello, manifiesta que resulta incoherente que se declare su baja, dado que la propia Marina de Guerra del Perú es la responsable de que haya terminado rezagado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01362-2022-PA/TC  
CALLAO  
ROSALIO RUBÉN ORTEGA ROMÁN

En segundo lugar, alega la vulneración de su derecho fundamental a la defensa, en la medida en que no se le notificó el inicio del procedimiento de baja, por lo que ha padecido una indefensión material.

### **Contestación de la demanda**

Con fecha 9 de agosto de 2019 (f. 49), la Marina de Guerra del Perú se apersonó y contestó la demanda solicitando que sea declarada infundada.

En cuanto a la lesión concurrente de su derecho fundamental al trabajo y de su derecho fundamental a la igualdad, asevera que la baja del actor por haber excedido el *“límite de veces sin alcanzar vacante en proceso de ascenso”* es una forma constitucionalmente legítima de promover los ascensos de los cuadros castrenses, pues su propia estructura organizacional es piramidal. Así mismo, afirma que, en su momento, no cuestionó la indebida postergación que, según él, ha padecido, por lo que resulta inviable que, en las actuales circunstancias objete los resultados de evaluaciones realizadas en años anteriores.

En lo relativo a la aducida conculcación de su derecho fundamental a la defensa, señala que se ha seguido el procedimiento regular [sic].

### **Sentencia de primera instancia o grado**

Mediante Resolución 6 (f. 104), de fecha 8 de julio de 2020, el Primer Juzgado Civil del Callao declaró infundada la demanda, tras considerar, en relación a la esgrimida conculcación concurrente de su derecho fundamental al trabajo y de su derecho fundamental a la igualdad, que lo afirmado, a su criterio, es una mera conjetura, en tanto no ha acreditado que hubiera sido postergado en su legítima aspiración de ascender de modo arbitrario. Y, en lo que respecta a la aducida transgresión de su derecho fundamental a la defensa, refiere que el artículo 51 del Decreto Supremo 014-2013-DE estipula que el pase a retiro —por dicha causal— es automático, en vista de que el solo acuerdo de la Junta Calificadora basta para decretar su baja.

### **Sentencia de segunda instancia o grado**

Mediante Resolución 12 (f. 147), de fecha 9 de diciembre de 2021, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao confirmó la apelada, tras estimar, en primer lugar, que el propio demandante reconoce que, en comparación del resto de compañeros de su promoción, ha quedado relegado; en segundo lugar, que el ascenso depende del mérito y no de la sola antigüedad; y, en tercer lugar, porque no se ha acreditado que su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01362-2022-PA/TC  
CALLAO  
ROSALIO RUBÉN ORTEGA ROMÁN

ascenso hubiera sido postergado de modo arbitrario, pese a que la probanza de ello le corresponde a él.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio

1. Para este Tribunal Constitucional, la presente demanda tiene por objeto que se declare la ineficacia de la Resolución Directoral N° 1322-2018-MGP/DGP de fecha 18 de diciembre de 2018, que dispone su baja del servicio activo, por la causal de *“límite de veces sin alcanzar vacante en proceso de ascenso”*; y, en consecuencia, se le reincorpore en el servicio activo.

### Procedencia de la demanda

2. En lo que respecta a la primera alegación, este Tribunal Constitucional recuerda que, entre otras cosas, el derecho fundamental al trabajo garantiza “el derecho a elegir libremente una profesión u oficio” (sentencia emitida en el Expediente 02802-2005-PA/TC, fundamento 2). En ese sentido, “comprende el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad para aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad para cambiar de empleo” (sentencia emitida en el Expediente 04058-2004-AA/TC, fundamento 5).
3. Así mismo, este Tribunal Constitucional también recuerda que, en relación al derecho fundamental a la igualdad, ha indicado que garantiza la “prohibición de discriminación” (sentencia emitida en el Expediente 00045-2004-PI/TC, fundamento 20). Ahora bien, en lo relativo a esto último, este Tribunal Constitucional finalmente recuerda que “cuando la desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional estaremos frente a una discriminación y por tanto frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable” (sentencia emitida en el Expediente 00048-2004-PI/TC, fundamento 62).
4. Empero, este Tribunal Constitucional observa que si bien el actor denuncia que su pase a retiro por la causal de *“límite de veces sin alcanzar vacante en proceso de ascenso”* —contemplada en el numeral 10 del artículo 41 del Decreto Legislativo 1144, cuyos alcances son especificados en el artículo 51 del referido decreto legislativo— se origina en la discriminación que según afirma padeció, no ha cumplido con acreditar, ni siquiera de modo mínimo, el modo en que ello habría ocurrido.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01362-2022-PA/TC  
CALLAO  
ROSALIO RUBÉN ORTEGA ROMÁN

5. Al respecto, este Tribunal Constitucional verifica —como bien ha sido advertido por la parte emplazada, el *a quo* y el *ad quem*— que el recurrente simple y llanamente se ha limitado a denunciar haber sido víctima de un tratamiento arbitrario; sin embargo, no cuestionó —en su momento— la esgrimida postergación arbitraria que padeció —en los ascensos previos—. Precisamente por ello, hacerlo en las actuales circunstancias resulta inviable, máxime si aquella alegación no se encuentra mínimamente sustentada.
6. Por lo tanto, este Tribunal Constitucional advierte que lo cuestionado no califica como una posición *iusfundamental* amparada por el contenido constitucionalmente protegido de ambos derechos fundamentales, razón por la cual, se encuentra relevado de expedir un pronunciamiento de fondo sobre este extremo de la demanda, pues, como bien lo ha sostenido la parte emplazada, la actualización de cuadros es necesaria para el normal funcionamiento de las propias fuerzas armadas, cuya estructura jerárquica es piramidal.
7. Consiguientemente, este Tribunal Constitucional concluye que este extremo de la demanda resulta improcedente en virtud de la causal de improcedencia regulada en el numeral 1 del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional, que contempla en su integridad lo normado en el numeral 1 del artículo 5 del ahora derogado Código Procesal Constitucional.
8. Por otro lado, en lo relacionado al menoscabo de su derecho fundamental a la defensa, este Tribunal Constitucional recuerda que, en buena cuenta, su contenido constitucionalmente protegido “prohib[e] toda situación de indefensión en el curso de todo procedimiento” (sentencia emitida en el Expediente 07324-2005-PA/TC, fundamento 2). Por ello, “tiene una naturaleza relacional, en vista de que, en los hechos, asegura el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la Constitución y las leyes reconocen y garantizan” (auto emitido en el Expediente 00845-2020-PA/TC, fundamento 16).
9. Atendiendo a lo antes reseñado, este Tribunal Constitucional opina que la indefensión material denunciada como lesiva —consistente en que no se le permitió participar en el procedimiento de baja—, sí califica como una posición *iusfundamental* amparada por el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la defensa, cuyos contornos han sido delimitados *infra*. Entonces, independientemente de que lo argumentado sea finalmente acogido —porque ello será examinado en un momento posterior, en tanto amerita,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01362-2022-PA/TC  
CALLAO  
ROSALIO RUBÉN ORTEGA ROMÁN

en principio, un pronunciamiento de fondo— lo esgrimido tiene relevancia constitucional.

10. En consecuencia, este Tribunal Constitucional entiende que este extremo de la demanda no se encuentra incurso en la causal de improcedencia tipificada en el numeral 1 del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional, que estipula en su integridad lo normado en el numeral 1 del artículo 5 del ahora derogado Código Procesal Constitucional.
11. De igual modo, este Tribunal Constitucional juzga que, en ese extremo de la demanda, tampoco resulta de aplicación la causal de improcedencia contemplada en el numeral 2 del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional, que regula en su integridad lo previsto en el numeral 2 del artículo 5 del ahora derogado Código Procesal Constitucional, puesto que, si bien —desde una perspectiva objetiva— la decisión de la emplazada de darle de baja puede ser pasible de ser cuestionada en el marco de un proceso contencioso-administrativo, el problema jurídico debe ser resuelto con premura —desde una perspectiva subjetiva—, ya que una eventual estimación de su demanda en un lapso de tiempo excesivo podría suponer que se encuentre en la misma situación de baja por la causal de *“límite de veces sin alcanzar vacante en proceso de ascenso”* —contemplada en el numeral 10 del artículo 41 del Decreto Legislativo 1144, cuyos alcances son especificados en el artículo 51 del referido decreto legislativo— que precisamente objeta —como ocurriría, por ejemplo, por exceder el *límite de edad en el grado*, que es una causal de retiro regulada en el numeral 1 del artículo 41 del Decreto Legislativo 1144—.

#### **Examen del caso en concreto**

12. En lo que concierne al extremo de la demanda que amerita la expedición de un pronunciamiento de fondo, este Tribunal Constitucional observa que, en efecto, mediante Resolución Directoral 1322-2018 MGP/DGP se dispuso su baja del servicio activo, por la causal de *“límite de veces sin alcanzar vacante en proceso de ascenso”* —contemplada en el numeral 10 del artículo 41 del Decreto Legislativo 1144, cuyos alcances son especificados en el artículo 51 del aludido decreto legislativo—.
13. A ese respecto, este Tribunal Constitucional observa que, por un lado, el accionante considera que, en tanto no se le ha permitido participar en el procedimiento en el que se emitió dicho acto administrativo, se ha intervenido de modo inconstitucional en el ámbito normativo de su derecho fundamental a la defensa. La emplazada, por otro lado, no ha



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01362-2022-PA/TC  
CALLAO  
ROSALIO RUBÉN ORTEGA ROMÁN

brindado mayores alegatos sobre este cuestionamiento. Así las cosas, corresponde determinar si la participación del demandante era imperativa —como lo manifiesta el propio recurrente—; o no lo era —como lo ha entendido la emplazada—.

14. En ese orden de ideas, este Tribunal Constitucional considera que, atendiendo a la naturaleza de lo decidido, la validez de lo finalmente decretado no se encuentra subordinado a la participación del recurrente —ni del resto del personal que también fue dado que baja por esa causal—, pues, por un lado, no estamos ante un procedimiento disciplinario, y, por otro lado, la causal de retiro por la que ha sido separado es de verificación objetiva —haber superado el “límite de veces sin alcanzar vacante en proceso de ascenso”—. Por consiguiente, la no participación del accionante en el procedimiento en el que se determinó su baja no viola su derecho fundamental a la defensa.

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

#### HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo en el que se ha denunciado la violación de su derecho fundamental a la defensa.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**GUTIÉRREZ TICSE**  
**FERRERO COSTA**  
**DOMÍNGUEZ HARO**

**PONENTE FERRERO COSTA**