

## **LOS ASCENSOS AL GRADO DE GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ ¿PROCESO DE MÉRITOS O DECISIÓN POLÍTICA?**<sup>1</sup>

### **Comentarios al respecto de la práctica discrecional al amparo del artículo 172º de la Constitución Política del Estado.**

***Juan José Santiváñez Antúñez***<sup>2</sup>

Mucho se ha dicho con respecto a que si los ascensos al grado de General en la Policía Nacional deben ser consecuencia de un debido proceso administrativo o dejarse libre, a discrecionalidad del Ejecutivo, para su reconocimiento. Y es que, durante muchos años se ha venido interpretando antojadizamente el artículo 172º de la Constitución Política, qué es justamente el apartado que da respuesta a la interrogante propuesta, cuando, de conformidad con los principios reguladores del procedimiento administrativo, los ascensos de oficiales Coroneles al grado de General se deben otorgar de conformidad con la ley; es decir, al amparo de lo previsto tanto en la Constitución como en la Ley N° 28857, Ley de Régimen de Personal de la Policía Nacional del Perú.

Con respecto a este tema, ya anteriormente diversos autores<sup>3</sup> han referido que la decisión que recae en este caso sobre el Presidente de la República, no es una decisión que deba estar libre de pautas y criterios objetivos – es decir, no es una decisión discrecional - en la medida en que resulta de particular relevancia evitar el uso arbitrario de ella, la politización en el proceso de selección y así contribuir al fortalecimiento institucional de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, debiendo considerarse en los procesos de ascenso, principalmente, los cuadros de méritos de los Oficiales.

El ascenso de un Oficial Coronel al grado de General, debe ser resultado de un procedimiento con garantías que promuevan el respeto irrestricto a la ley lo que significa que, estableciéndose parámetros y requisitos elementales, aquellos Oficiales que no cuenten con proyección profesional y antigüedad calificada son – o deben ser – excluidos del proceso a fin de que *"se garantice la transparencia y eficiencia en la elección"*.

El artículo 172º de la Constitución Política del Perú refiere *"El número de efectivos de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional se fija anualmente por el Poder Ejecutivo. Los recursos correspondientes son aprobados en la Ley de Presupuesto. Los ascensos se*

<sup>1</sup> A Lulú, Rafaela y Marcelo; con amor.

<sup>2</sup> Abogado, con estudios de Postgrado en Derecho en la UPC. Master en Acción Política y Participación Ciudadana en el Estado de Derecho (MAP) graduado en el Colegio de Abogados de Madrid y en las Universidades Francisco de Vitoria, Rey Juan Carlos y Miguel Hernández – España. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional graduado en la Universidad Nacional Federico Villarreal. Miembro de la Asociación de Derecho Militar Española y de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires – Argentina. Socio Principal del Estudio Santiváñez Antúñez Abogados Asociados.

<sup>3</sup> Léase al respecto; **DONAYRE MONTESINOS, CHRISTIAN**; *"Fijación de efectivos y ascensos en las Fuerzas Armadas y en la Policía Nacional"*, en La Constitución Comentada, Tomo II, Editorial Gaceta Jurídica, primera edición, diciembre del 2005, pp. 841.

*confieren de conformidad con la ley. El Presidente de la República otorga los ascensos de los Generales y Almirantes de las Fuerzas Armadas y de los Generales de la Policía Nacional, según propuesta del instituto correspondiente”.*

La primera interrogante que debe resolverse es ¿Si el otorgamiento de los ascensos al grado de General de la Policía Nacional implica el establecimiento de una facultad discrecional o debe estar vinculado a los resultados que se obtengan de un procedimiento de selección de conformidad con la ley?

Nótese al respecto que de la simple lectura de dicho apartado se podría pensar que la decisión discrecional, en cuanto al establecimiento de fijar anualmente el número de efectivos, debe entenderse así también para el otorgamiento de los ascensos al grado de General de la Policía Nacional. Sin embargo, dicha proposición resulta atentatoria al principio del debido procedimiento, al derecho constitucional a la igualdad, y, sobre todo, atentatoria al derecho al proyecto de vida de los oficiales Coroneles que aspiran al grado inmediato superior ya que, bajo el criterio de que la decisión de otorgar el ascenso a General es potestad discrecional del Ejecutivo, se aseveraría la tesis de que dicha jerarquía no formaría parte de la estructura piramidal de la institución policial; de que la perspectiva profesional de un oficial debe proyectarse únicamente hasta el grado de Coronel PNP; de que la promoción a dicho grado es un incentivo político; y que no se desarrollaría un proceso de mérito y deméritos entre los oficiales postulantes conforme lo norma la ley; generándose así el primer conflicto al que denominaremos la potestad discrecional del poder Ejecutivo y la arbitrariedad en el ejercicio de su poder.

#### **I. SOBRE LA INEXISTENCIA DE LA POTESTAD DISCRECIONAL DEL PODER EJECUTIVO Y LA ARBITRARIEDAD EN EL EJERCICIO DE SU PODER.-**

Una de las primeras cuestiones que deben advertirse es que cuando se hace referencia a la arbitrariedad, no debe entenderse como una figura ajena a las decisiones que pudiera adoptar El Ejecutivo y ello puesto que, los actos de gobiernos, son susceptibles de contener decisiones arbitrarias y, por tanto, la posibilidad de ser revocados en la vía jurisdiccional.

Para ello, el ordenamiento jurídico prevé a veces la actividad de la Administración en todos sus aspectos, lo que podríamos referir como la actividad reglada; cuando no lo hacemos encontramos frente a la actividad discrecional. En ese sentido, una potestad es, pues, discrecional siempre que el ordenamiento jurídico no regula cuándo debe ejercitarse, cómo debe ejercitarse, y en qué sentido se debe ejercitar. Ello puede obedecer a una de dos circunstancias: que no exista una ley que regule los tres aspectos o momentos citados, o que, existiendo, en aras de la eficacia administrativa permita la discrecionalidad de los tres o alguno de ellos.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> **MARRERO GARCÍA-ROJO, ANGEL**; *"Algunas Notas sobre la Discrecionalidad"*, Ed. Civitas, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, primera edición, 1996, pp. 59.

Así, el ordenamiento jurídico permite a la Administración que desarrolle *libremente* un ámbito de actuación, de libre decisión del poder público. No obstante, toda actividad administrativa se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico imponiéndosele una serie de exigencias formales y materiales que son de estricto cumplimiento para que aquella no se configure en arbitraria. Dentro de ellas se encuentran aquellas actuadas por el órgano competente a través de un procedimiento establecido así como el necesario acaecimiento del supuesto hecho habilitante para el ejercicio de cualquier facultad.

Lo que sí constituye un requisito imprescindible para que pueda hablarse de discrecionalidad, y no de arbitrariedad, es que los fines que se persiguen o hayan de perseguirse por cada potestad estén concretamente enunciados en el ordenamiento jurídico. Por tal motivo, la discrecionalidad no puede ser concebida como la habilitación para actuar exclusivamente según el propio criterio, sino sobre la base de presupuestos jurídicos que la sostendrán en el futuro.

Como ha señalado Eduardo García de Enterría, en su brillante estudio sobre la discrecionalidad denominado "*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*", allí donde se da un acto discrecional deben de existir también reducciones del mismo, en razón de que este no es absoluto. Dichas reducciones, que nos permitimos acoger en el presente trabajo, persiguen limitar judicialmente la libertad otorgada a la Administración en el uso de potestades discrecionales.

**La primera reducción de este fundamento de la discrecionalidad opera observando que en todo acto discrecional hay elementos reglados.** Estos constituyen la existencia misma de la potestad, de cuyo ejercicio emana el acto, la extensión concreta de esta potestad, que es imposible que sea totalmente indeterminada, y en fin, la competencia para ejercitarla. Estos son elementos necesariamente reglados, puesto que lo contrario equivaldría a someter el imperio de tal potestad a los derechos subjetivos cuando todo poder tiene sus límites.

No hay acto sin potestad previa, ni potestad que no haya sido atribuida por el ordenamiento. Es falsa pues la tesis de que hay potestad discrecional donde no hay norma, postulado central de la doctrina de la vinculación negativa de la Administración y el derecho.

**El segundo gran proceso de reducción consiste en constatar que el fin de las potestades discrecionales es también un elemento reglado de las mismas.** Es decir, que las autoridades cuentan efectivamente con facultades discrecionales para alcanzar determinados fines, pero no cualquier finalidad sino las estrictamente señaladas por la ley. Es en la base de esta observación que se sustenta el control de la desviación de poder. El acto desviado de su fin carece, de por sí, de legitimidad.

Cabe rescatar que las técnicas de reducción no pueden quedar aquí y ser consideradas como únicos vicios estimables. Existen técnicas de control de la discrecionalidad que deben valorarse para sustentar un acto y deducir su legalidad y legitimidad.

En primer lugar, el control de los hechos determinantes. Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata.

En segundo lugar, la diferencia entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos jurídicos indeterminados, o que se contienen en lo que también se llaman las normas flexibles, no constituyen una particularidad del Derecho Público, por lo que no pueden servir de sustento para la aplicación de potestades discrecionales. Al respecto, el concepto jurídico indeterminado es una categoría que abarca todos los supuestos en los que la norma jurídica no logra prefigurar completamente –en los términos ordinarios propios del Derecho– la decisión aplicativa al caso concreto, por lo que sus perfiles no son precisamente nítidos, teniendo en cuenta la diversa capacidad de "*determinación jurídica*" de los conceptos jurídicos empleados por las normas.

Estos conceptos jurídicos indeterminados han ocasionado nefastos efectos en la historia de las garantías jurídicas, más aún cuando se les incluye dentro del universo de lo discrecional para la Administración. Lo singular de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; o hay utilidad pública o no la hay. Vemos pues una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a un caso concreto. Siendo al contrario, las características de las potestades discrecionales, la pluralidad de soluciones justas posibles.

Así, dicho concepto sostenido principalmente por la dogmática alemana, se ha ido excluyendo en el tiempo, consiguiendo una mayor depuración de la categoría de la discrecionalidad; así como los supuestos propuestos por el concepto "***margen de apreciación***", que constituye una adecuación de la realidad a lo subjetivo, puesto que es el espacio en el que la administración pretende avalar una decisión bajo su propia valoración, dejando de lado la necesaria objetividad e imparcialidad en la toma de decisiones necesarias para la fundamentación –fáctica y jurídica– de toda resolución certificando un debido proceso.

**En tercer lugar, el control de los principios generales del Derecho.** Estos son una concentración de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen la fuente de la codificación y de la experiencia de la vida jurídica. En ese sentido, la ley y los principios generales del derecho constituyen los pilares primordiales a los que la Administración se encuentra sometida para el uso de sus facultades discrecionales.

En razón de lo argumentado, no tiene sentido ampararse en el uso de facultades discrecionales para agredir el orden jurídico, y por tanto, los principios generales del derecho, cuando forman parte de aquel, lo fundamentan y lo estructuran.

Arbitrario es todo aquello que es y se presenta como carente de fundamentación objetiva, como incongruente o contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, como desprendido de toda razón capaz de explicarlo y/o sustentarlo, aquello

que no resulta de un análisis lógico ni del estudio razonable de los hechos. Acto, conducta o idea sustentado con arbitrariedad.

Es así que arbitrario es "**lo absurdo**", esto es, lo contrario a las normas de la lógica formal y, en el campo jurídico. Porque lo irracional parece aludir mas bien a lo propio de seres animados carentes de razón, esto es, a un comportamiento no humano sino animal, o bien en niveles no conscientes; "**lo insensato**" también es arbitrario, puesto que es lo contrario a las exigencias de la razón según el sentido común de un hombre medio y honesto; y finalmente es también arbitrario "**lo antisistémico**", que violenta las exigencias de cada uno de los sistemas.

El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad formula una distinción entre discrecionalidad, configurada como aquello que cuenta con el respaldo de una fundamentación que lo sostiene; y arbitrariedad, vista como el mero capricho o voluntad de la Administración. La motivación es necesaria siempre que se adopta una decisión al margen de la discrecionalidad.

Así, podemos aducir que la motivación es justamente el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario. Si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario. Por tanto, la motivación constituye un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos, que comprende –el fundamental– a la tutela judicial efectiva, a obtener una resolución fundada en Derecho.

La exigencia de motivar los actos administrativos ha sido reconocida por casi toda la doctrina apareciendo como una necesidad en estricta observancia al principio de legalidad en la actuación de la administración. Es una exigencia fundada en la idea de que el administrado tiene el derecho de conocer en forma efectiva los antecedentes y las razones que justifican el acto administrativo.

El mero "*por que sí*" está constitucionalmente excluido, como lo está la nada infrecuente apelación al carácter discrecional de la elección y, con mayor motivo todavía, el simple silencio al respecto. Dada esa motivación, una razón de la elección, cualquiera sea esa razón, debe ser plausible, congruente con los hechos de los que necesariamente ha de partirse, sostenible en la realidad de las cosas y susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos. Si no lo es, la concreta elección realizada por la Administración revelará arbitrariedad, debiendo ser anulada por el juez.

La Administración cuando efectúa el libre ejercicio de una facultad discrecional es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivados, consistentes con la realidad y objetivamente fundados puesto que de no ser así deberá ser cometida al control jurisdiccional en donde deberá de rechazarse de plano. Es decir, el Estado se encuentra en la libertad de elección –siempre que base su proceder en criterios objetivos– con la finalidad justa de perseguir el fin para el que la facultad discrecional fue conferida. He aquí la cuestión principal **¿Se ha concedido al Ejecutivo la facultad discrecional de elegir entre todos los**

## **Oficiales Coroneles que se encuentran en situación de Actividad a los nuevos Oficiales Generales? ¿O es que la Constitución no hace referencia a que los ascensos deben concederse de conformidad con la ley?**

Al amparo de lo expresado se advierte que la potestad de otorgar los ascensos al grado de General de la Policía Nacional del Perú no constituyen una facultad discrecional del Ejecutivo, como se ha venido operando desde hace varios años, y esto expuesto que es la propia norma constitucional la que limita cualquier tipo de decisión que pudiera intervenir en este aspecto cuando refiere que los ascensos se otorgan de conformidad con la ley; es decir, en estricta aplicación de las normas y reglamentos previsto para la promoción al grado inmediato superior de los oficiales postulante.

Sin embargo, pese a no constituir esta una facultad discrecional, es posible apreciar una arbitrariedad en los actos de gobierno cuando éste no actúa como órgano administrativo, esto es, sujeto al derecho administrativo. Este planteamiento conduce la cuestión al viejo problema de la irrevisabilidad jurisdiccional de los actos políticos en vía contencioso-administrativa. Sin embargo, dicho problema se ha desorbitado desde la idea de la existencia del principio constitucional de la tutela judicial efectiva imponiendo una *vis expansiva* a la jurisdicción contencioso administrativa para evitar que la alegación de la excepción de acto político impida la revisión universal de cualesquiera actuaciones administrativas.<sup>5</sup>

Así, la inmunidad del control judicial de las actuaciones públicas sometidas a derecho y que se amparan en ser decisiones políticas, han sido derogadas por el principio general de la tutela judicial efectiva y es que, en todos los casos, la Constitución y el propio sentido común exigen que no exista inmunidad de poder, sino que siempre sea un órgano o mecanismo constitucional – en este caso el poder judicial - el que ejerza el control capaz de vetar cualquier ilegalidad o arbitrariedad. En suma, *"lo que la Constitución veta es la irresponsabilidad o inmunidad del poder"*.<sup>6</sup>

Para no incurrir en arbitrariedad, la decisión debe venir respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera, ya que en los actos reglados, como su contenido está agotadoramente tipificado por la ley. En cambio, en los discrecionales, al existir en mayor o menor medida una libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la decisión. Por ende, debiéndose los procesos de ascenso en la Policía Nacional del Perú a los establecido en la norma, y existiendo la Ley de Régimen de Personal de la Policía Nacional del Perú - Ley N° 28857 – que postula los principios sobre los que debe desarrollarse dicho procedimiento, no existe pues actividad reglada a favor del Ejecutivo, por lo que la referencia que los ascensos los otorga éste, debe entenderse en cuanto a la formalidad que el Ejecutivo debe otorgarles, en cuanto a que deben ser reconocidos mediante Resolución Suprema.

<sup>5</sup> **BARNES VASQUEZ, JAVIER**; *"Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial"*; I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, Ed. Civitas, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, primera edición, 1996, pp. 162.

<sup>6</sup> **ATIENZA, MANUEL**; *"Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica"*; en Revista Española de Derecho Administrativo, Enero 1995, pp. 21.

No existe por tanto libertad en la decisión por que es la propia Constitución la que deriva directamente la concesión de los ascensos a la ley. No hay sustitución ni delegación de facultades que la avale. Sin embargo, ello no enerva la posibilidad de que en el desarrollo de la actividad administrativa la arbitrariedad se inmiscuya y no se obtenga como resultado una decisión subjetiva debidamente injustificada y no motivada; por lo que en dicho caso, al amparo del principio constitucional de la tutela jurisdiccional efectiva, será el poder judicial el que tenga la obligación de cuestionarla, anularla, revocarla o modificarla, dentro de los parámetros previstos igualmente en la norma procesal.

Bajo ese análisis, la revisión judicial de la actuación administrativa se extenderá, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos de conformidad con lo previsto en la norma jurídica y, en segundo, a la valoración de si la decisión guarda relación lógica con ellos. En consecuencia, si tal conexión es ajena, la decisión resultará pervertida por contravenir el ordenamiento jurídico y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Si bien es cierto la ley puede –y debe– conceder a la Administración ciertas libertades para el ejercicio de determinadas funciones –puesto que no podemos pretender que todo actuar se encuentre debidamente estipulado en la norma, salvo aquellos que vulneren derechos fundamentales– no se encuentra dentro de dichas tareas complejas la de regular, desarrollar y efectuar mecanismos de selección directa en los procesos de ascensos de los Oficiales Generales de la Policía Nacional del Perú puesto que, como lo venimos refiriendo, dicha jerarquía forma parte de la estructura piramidal institucional. Validar la tesis de que el proceso de ascenso de Oficiales Generales es el resultado de una selección política es desconocer la existencia de una línea de carrera policial. Significa atribuirle a la selección una condición dirigente que no la tiene, soslayando el hecho de que todos los efectivos policiales – sea cual sea la jerarquía que ostenten – se deben al respeto irrestricto de la ley y al orden constitucional.

Un verdadero Estado de Derecho tiene la capacidad y la obligación de supervisar a través de sus mecanismos de control jurisdiccional, el cumplimiento de esta política de respeto irrestricto a las normas que garanticen la convivencia social, que fortalezca el marco jurídico sobre el cual se desarrolla, y le otorgue el poder suficiente para decretar la anulación de aquellas resoluciones que provoquen caos en el sistema.

La actuación administrativa se entiende constitucionalmente sujeta al principio de legalidad y, en consecuencia, bajo el control judicial. Por tanto, son anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico y cuando se haya presentado la desviación del poder. Toda decisión de la Administración es susceptible de control judicial, y ese control no constituye solamente un análisis de mera legalidad sino de juridicidad puesto que la Administración ha de actuar "*con sometimiento de pleno a la ley y al derecho*".

El juez puede llegar en su crítica y en su decisión tan lejos como el Derecho le permita. Es más, se encuentra en la obligación de verificar que las consecuencias de las decisiones

administrativas no generen caos en el sistema democrático que plantea la coexistencia de normas generales que garantizan la convivencia social. El respeto al hombre es supremo, y el respeto a las instituciones queda subordinado al primero.

## II. **ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 172º DE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO. LOS ASCENSOS SE CONFIEREN DE CONFORMIDAD CON LA LEY.-**

Como ya hemos referido, gran confusión produce la lectura del artículo 172º de la Constitución Política del Estado. Y es que, quienes no conocen el marco jurídico sobre el que se desenvuelven los procedimientos administrativos policiales y las normas reglamentarias de dicho marco general, no pueden efectuar una interpretación acorde con los derechos fundamentales a los que se encuentran sujetos – igual que cualquier otro ciudadano – el personal de la Policía Nacional. Por ello, nuestro análisis intenta brindar una exégesis real de la norma, en concordancia con el marco regulatorio de la fuerza policial, regida principalmente por su Ley Orgánica y su Ley de Régimen de Personal.

Los ascensos se confieren de conformidad con la Ley. Es decir, se otorgan de conformidad con lo establecido en la legislación que no significa otra cosa que un respeto irrestricto al principio de legalidad, en cuanto a la normatividad que regula los procedimientos de promoción al grado inmediato superior, al que igualmente se encuentra sujeto el personal policial postulante al grado de General en la PNP. El principio de legalidad es un principio fundamental del [Derecho público](#) conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. Por esta razón se dice que *el principio de legalidad asegura la [seguridad jurídica](#)*.

Se podría decir que el principio de legalidad es la regla de oro del Derecho público y en tal carácter actúa como parámetro para decir que un Estado es un [Estado de Derecho](#), pues en él, el poder tiene su fundamento y límite en las normas jurídicas.

En íntima conexión con este principio, la institución de la [reserva de Ley](#) obliga a regular la materia concreta con normas que posean rango de [Ley](#), particularmente aquellas materias que tienen que ver *la intervención del poder público en la esfera de derechos del individuo*. Por lo tanto, son materias vedadas al [reglamento](#) y a la normativa emanada por el [Poder Ejecutivo](#). La reserva de ley, al resguardar la afectación de derechos al Poder legislativo, refleja doctrina liberal de la [separación de poderes](#).

Así, la Administración no podría actuar por autoridad propia, sino que *ejecutando el contenido de la ley*, como límite de las facultades conferidas, que en el caso de los ascensos de los Oficiales, no es discrecional.

Esta tarea de ejecución, a poco andar, llegó a ser interpretada una función de realización de fines públicos en virtud de la autonomía subjetiva de la Administración, pero dentro de



los límites de la ley (*doctrina de la vinculación negativa*), la ley sería entonces un límite externo a la actividad administrativa dentro de cuyo marco la Administración es libre.

Actualmente, en cambio, se considera que es el Derecho el que condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa. El principio de legalidad opera como una cobertura legal previa de toda **potestad**: cuando la Administración cuenta con ella, su actuación es legítima (*doctrina de la vinculación positiva*).<sup>7</sup>

En el caso de los ascensos al grado de General, éste se rige por la Ley N° 28857 – Ley de Régimen de Personal de la PNP- que establece en su artículo 1º de Disposiciones Generales que: "*El ascenso es el **acto de promoción del personal de la Policía Nacional del Perú, al Grado inmediato superior, como resultado del proceso de evaluación de sus méritos y deméritos registrados durante su carrera policial, de conformidad con las normas que rigen la carrera policial.***" (El resaltado es nuestro).

Así, el artículo 8º de la Ley refiere que el grado de General de la PNP es otorgado a nombre de la Nación mediante Resolución Suprema, en concordancia con lo establecido en el artículo 172º de la Constitución del Estado. Es decir, no es que la Constitución otorgue al Presidente de la República la potestad de decidir quienes – y quienes no – deben ascender al grado de General sino, muy por el contrario, dicho Despacho de Oficial es **OTORGADO** mediante Resolución Suprema; pero como consecuencia del procedimiento regular previsto en la ley de la materia.

Por ello, el artículo 7º de la Ley N° **28857** – Ley de Régimen de Personal de la PNP- proscribe que "*El personal de la Policía Nacional del Perú está comprendido en las Categorías, Jerarquías y Grados siguientes: (...) General PNP*". Es decir, que la jerarquía de General forma parte de la estructura piramidal de la organización policial y tienen derecho de acceder a ella todos aquellos Oficiales Coroneles que, encontrándose Aptos para el proceso de ascenso, cumplan con los requisitos establecidos en las Directivas del Proceso de Ascenso al grado de General. Manifestar lo contrario, como ya hemos referido, significaría:

- ◆ Desconocer que el grado de General forma parte de la estructura jerárquica de la institución policial puesto que, al ser accesible sólo para algunos privilegiados cuyos nexos con el gobierno les faciliten su acceso, es desconocer las prerrogativas de los demás postulantes que les otorga el derecho constitucional a la igualdad.
- ◆ Bajo la premisa anterior, significaría igualmente dar a entender que la carrera policial concluiría en el grado de Coronel, en contravención con la Ley Orgánica de la PNP y la Ley de Régimen de Personal puesto que, interpretándose el ascenso al grado de General una decisión política del Ejecutivo, no tiene mayor sentido regular el procedimiento de ascenso que, finalmente, carecerá de objetividad.

---

<sup>7</sup> **GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO** "Curso de derecho administrativo" T. I, 2004, Madrid, Civitas

- ◆ Otorgarle al ascenso al grado de General un matiz eminentemente político. Ello desconoce los cuadros de méritos y de antigüedad de los Oficiales postulantes ya que, para dicho procedimiento, no bastaría el desenvolvimiento de una adecuada gestión y carrera policial sino que, sería necesario, la imposición de influencias que garanticen la obtención de una vacante para el proceso de ascenso.
- ◆ Desconocer la existencia de una Ley de Régimen de Personal que regula la proyección profesional del Oficial de la Policía Nacional que, egresando de las escuelas de formación, encuentra en ellas las disposiciones que regulan su derecho a los grados inmediatos superiores, mediante procesos de ascenso que garanticen una seguridad jurídica.
- ◆ Desconocer el artículo 168º de la Constitución Política del Estado, en cuanto refiere que las leyes y reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.
- ◆ Finalmente, significaría desconocer los derechos fundamentales del personal policial postulante, previstos en la Constitución del Estado, tales como el derecho a la igualdad de trato, al debido proceso, al trabajo, y al proyecto de vida ya que, no es necesario contar con una proyección de méritos y disminución de deméritos que garanticen expectativas profesionales sino que se cuente con la relación política adecuada que garantice lo que llamaremos "*un ascenso partidario*".

Como venimos exponiendo. Todos los procesos de ascenso en la Policía encuentran su sentido en la Ley Nº 28857, Ley de Régimen de Personal de la Policía Nacional del Perú, en cuanto a que lo define como el acto de promoción del personal de la Policía Nacional del Perú, al Grado inmediato superior, como resultado del proceso de evaluación de sus méritos y deméritos registrados durante su carrera, de conformidad con las normas que rigen la carrera policial. Por ello, el artículo 23º de la Ley Nº 28857 – Ley de Régimen de Personal de la PNP- establece que "*Los requisitos para participar en el proceso de ascenso del personal de la Policía Nacional del Perú **son los previstos en las normas aplicables a la carrera policial y lo dispuesto en la presente Ley***".

Asimismo, el mismo apartado refiere que "*En ningún caso se puede perjudicar al personal de la Policía Nacional del Perú en su derecho de ascenso por razones del servicio*". Ello justamente para salvaguardar la posible vulneración del derecho constitucional a la Igualdad y al proyecto de vida de aquellos Oficiales que, participando del proceso de ascenso y encontrándose Aptos, no puedan acceder a el por causas objetables o que atenten contra el debido procedimiento.

Por tanto, queda claro pues que el ascenso de un Oficial al grado de General no puede estar condicionado a la discrecionalidad de ninguna autoridad administrativo-política sino, muy por el contrario, es el resultado de un proceso regular de méritos registrados durante toda la carrera policial. Es decir, se otorgan de conformidad con lo que dictamina la ley, tal y conforme lo prescribe el artículo 172º de la Constitución Política. Esto por que es

imprescindible que dicho proceso de promoción al grado inmediato superior este enmarcado dentro de un debido proceso, que garantice si quiera mínimamente el respeto irrestricto a los principios generales del derecho y, principalmente, a los del procedimiento administrativo, en conjunción con los reconocidos por la Constitución como derechos fundamentales.

El debido proceso, según lo ha establecido la doctrina en forma consolidada, es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos.<sup>8</sup> Con similar criterio, Luis Marcelo De Bernardis define al debido proceso como el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la justicia en el caso concreto.

En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento irrestricto de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal; y el procedimiento establecido en la ley para la promoción de los ascensos de los señores Coroneles al grado de General es el establecido en la Ley N° 28857, Ley de Régimen de Personal, y las normas Directivas que reglamenten su desenvolvimiento para cada proceso.

Como ya lo ha precisado el Tribunal en la Sentencia expedida sobre el Expediente N° 0090-2004-AA/TC, el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo. En consecuencia, las principales prerrogativas que deben ser protegidas por el accionar del Estado, en el caso de los procesos de ascensos, son el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho al proyecto de vida. El primero de ellos por que garantizará una participación activa, con iguales oportunidades para todos los postulantes, importando únicamente su desenvolvimiento profesional a lo largo de su carrera policial; y, el segundo, por que obligará a la administración a reconocer el ascenso al grado inmediato superior de aquellos Oficiales que, contando con todos los méritos requeridos, merezcan ser promocionados.

El derecho a la igualdad en el caso de la proyección profesional de los Oficiales de la Policía Nacional se encuentra reconocido tanto en la Constitución del Estado como en la Ley de Régimen de Personal. Al respecto, el artículo 5° de la Ley N° 28857 *"El personal de la Policía Nacional del Perú tiene iguales derechos y obligaciones. Ninguna disposición de la presente Ley puede, en su aplicación, generar acto de discriminación alguno en el*

---

<sup>8</sup> **BUSTAMANTE ALARCÓN, REYNALDO**, *"El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo"*, Cit. por Javier Dolorier Torres en *"Diálogo con la Jurisprudencia"*, Año 9, número 54, marzo 2003, Gaceta Jurídica, Lima, pp.133

*acceso y progresión en la carrera policial, asignación de Cargo, ni con motivo de cambios en la Situación Policial (...)*”.

La regla general de la igualdad ante la ley contempla en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o la igualdad en la ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder del Estado. Se puede afirmar que el principio de igualdad opera también frente al legislador o poder reglamentario, impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentren en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria.

El derecho fundamental a la igualdad de trato en el caso de los ascensos al grado de General se quiebra cuando, existiendo oficiales con mayor proyección institucional, y con méritos que justamente promuevan su promoción, son desplazados de manera injustificada y arbitraria por aquellos que, sin cumplir los cánones mínimos de exigencia ni los requisitos previamente previstos para el proceso de ascenso, desplazan ilegítimamente a los que si los tienen, siendo incluidos en la propuesta del Ejecutivo, sin haber participado del procedimiento administrativo previo.

Este hecho arbitrario, que pretende encontrar un sustento legal en el artículo 172º de la Constitución Política, no es de ninguna manera – ni mucho menos pueden ser considerada – facultad discrecional del Ejecutivo. Y no es facultad discrecional por que todo el procedimiento de ascenso se encuentra debidamente regulado por la Ley Nº 28857, Ley de Régimen de Personal de la Policía Nacional, cuando claramente se establece que es consecuencia del análisis de los méritos y deméritos de cada oficial, lo que puede – o no – garantizarle alcanzar una vacante. Siendo así, y encontrándose la jerarquía de General de la Policía Nacional dentro de la estructura piramidal de la fuerza policial, se sujeta pues a dichas disposiciones por otorgarse la jerarquías de conformidad con la ley, y a fin de garantizar la igualdad en la competencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 5º de la ley de personal policial. En caso contrario, nos encontraríamos frente al hecho de que la carrera policial concluiría con la obtención del grado de Coronel, cuando lo cierto es que la carrera policial – para el caso de los Oficiales – persigue la conquista de la jerarquía superior, que es la de Teniente General, para el cual la propia ley establece sus requisitos.

El grado de General de la Policía Nacional, al formar parte de una estructura piramidal de una carrera gubernamental, no puede – ni debe – ser consecuencia de una decisión política. Bajo esa premisa se estaría promoviendo la participación de los Oficiales de la Policía Nacional en entornos políticos, cuando es la propia Constitución la que ha determinado, desde hace ya varias legislaciones, que los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes. Y es que estos no se deben a un gobierno de turno sino al orden constitucional y al Estado de Derecho.

### III. EN CUANTO A QUE EL PRESIDENTE OTORGA LOS ASCENSOS AL GRADO DE GENERAL.-

Conforme ya lo hemos referido, en el caso de los ascensos al grado de General, se rige por la Ley Nº 28857 – Ley de Régimen de Personal de la PNP- que establece en su artículo 1º de Disposiciones Generales que: "El ascenso es el **acto de promoción del personal de la Policía Nacional del Perú, al Grado inmediato superior, como resultado del proceso de evaluación de sus méritos y deméritos registrados durante su carrera policial, de conformidad con las normas que rigen la carrera policial.**" (El resaltado es nuestro).

El artículo 8º de la Ley refiere que el grado de General de la PNP es **OTORGADO** a nombre de la Nación mediante Resolución Suprema, en concordancia con lo establecido en el artículo 172º de la Constitución del Estado. Es decir, no es que la Constitución otorgue al Presidente de la República la potestad de decidir quienes – y quienes no – deben ascender al grado de General sino, muy por el contrario, dicho Despacho de Oficial es OTORGADO mediante Resolución Suprema; pero como consecuencia del procedimiento regular previsto en la ley de la materia.

Por ello, el artículo 7º de la Ley Nº **28857** – Ley de Régimen de Personal de la PNP- proscribire que "*El personal de la Policía Nacional del Perú está comprendido en las Categorías, Jerarquías y Grados siguientes: (...) General PNP*". Es decir, que la jerarquía de General forma parte de la estructura piramidal de la organización policial y tiene derecho de acceder a el todos aquellos Oficiales Coroneles que, encontrándose Aptos para el proceso de ascenso, cumplan con los requisitos establecidos en las Directivas del Proceso de Ascenso al grado de General. Entiéndase pues que, en caso no exista proceso regular que garantice el desarrollo del proceso de ascenso, no puede otorgarse el grado ya que existen normas que regulan el proceso y los requisitos para su acceso; por lo que la vulneración de las leyes y directivas hacen que el proceso no este amparado en el principio de legalidad y sea vulneratorio de los derechos fundamentales de los demás participante.

El principio de igualdad, mediante el cual se reconoce que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos –artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos–, exige que los tratamientos diferenciados estén plenamente justificados de modo objetivo y razonable, más aún cuando los responsables de realizarlo lo efectúen en el ejercicio de funciones públicas. Este derecho fundamental, reconocido por el numeral 2) del artículo 2.º de la Constitución, resulta vulnerado cuando, quebrándose el orden constitucional, la proyección profesional, el orden de mérito y el procedimiento establecido por la ley para el ascenso, se designan oficiales "de manera directa y al dedo" sin que cumplan con los requisitos previamente establecidos para su postulación, o lo que es aún mas grave, valiéndose de cuestiones políticas, rompiendo la disciplina y el cuadro estructural que deben primar en una institución como la Policía Nacional.

Este accionar vulnera pues el principio está acogido por el numeral 1) del artículo 26.º de la Carta Magna, el cual prescribe la igualdad de oportunidades sin discriminación en el entorno laboral; igualdad que se ve truncada cuando, pese a haberse establecido previamente en la norma que el procesote ascenso es resultado de un procedimiento de valoración de méritos y deméritos, estos no son objetivamente valorados y no prestan garantía suficiente para asegurar una proyección institucional ya que, conforme se viene desarrollando, la méritocracia parece haber sido lamentablemente absorbida por la "dedocracia".

La discriminación es, en conclusión, el trato diferenciado que se da a una persona por determinadas cuestiones, lo que imposibilita su acceso a oportunidades esenciales a las que otros, en su misma condición tienen derecho. Pues si bien, la elección sin observancia de garantías mínimas de un debido proceso y la designación política de los Oficiales Generales sin respeto del cuadro jerárquico y de méritos, ha sido una práctica usual en los últimos quince años, se trunca el desarrollo profesional de los oficiales que contando con los requisitos previamente establecidos por la ley, no son promovidos al grado inmediato superior por no contar con la aprobación política, que conforme al análisis jurídico del artículo 172º de la Constitución, esta tácitamente prohibida cuando proscribire que los ascensos se dan de conformidad con la ley, y su otorgamiento también, que en el caso de los Oficiales Generales es a través de la expedición de una Resolución Suprema; sin que ello signifique el otorgamiento de una facultad discrecional del Ejecutivo para interrumpir y truncar el proyecto de vida de un Oficial que ha llegado por sus propios méritos.

#### IV. **EN CUANTO A LA PROPUESTA DEL INSTITUTO CORRESPONDIENTE.-**

Si bien es cierto el artículo 172º de la Constitución Política refiere que los ascensos al grado de General son otorgados por el Ejecutivo – ya sabemos a través de una Resolución Suprema – como consecuencia de la propuesta del instituto correspondiente; ello no significa que aquello no pueda ser revisado en instancia judicial. Esto puesto que, al tratarse de una facultad proscrita a un grupo determinado de funcionarios públicos que ejecutan funciones de selección de méritos, se deberá velar por la formulación del principio de proporcionalidad de las decisiones administrativas.

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico a través del cual se pretende que las intervenciones estatales en la libertad individual sea proporcionada, en sentido amplio. Constituye un principio de prohibición del exceso para controlar la observancia de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos estatales<sup>9</sup>, y en el caso propuesto, el exceso en cuanto a la decisión que se adopta se presenta cuando, pese a existir Oficiales con una proyección profesional reconocida, se les priva de participar activamente en el proceso de ascenso vulnerándose de esta manera el derecho constitucional a la igualdad ante la ley.

---

<sup>9</sup> **BERNAL PULIDO, CARLOS**; « *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*»; Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; pp.61 a la 75.

Y es que el individuo es el fin último del ejercicio del poder político y de que cualquier intervención estatal en la órbita de su libertad debe ser proporcionada. Se fundamentan la anulación de las medidas coercitivas que limitan en exceso los derechos individuales. Así, se ha generado tal proceso de convergencia inducida entre los sistemas jurídicos no sólo en los ámbitos del derecho administrativo y constitucional, sino también en las áreas tales como las del derecho del trabajo<sup>10</sup>. Y este es uno de los casos en donde a través de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se expresará la exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir siendo adecuada para contribuir con la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, que es el nombramiento de los Generales de la Policía Nacional del Perú y el otorgamiento de su grado de conformidad con la ley.

Cuando el artículo 172º de la Constitución Política refiere que los grados de General serán otorgados por el Ejecutivo considerando la propuesta del instituto correspondiente quiere decir, que debe existir una oferta por parte de la institución policial de los Oficiales Coroneles que, reuniendo los requisitos previamente establecidos, deben ser ascendidos al grado de General. Sin embargo, al ser esta propuesta el resultado de un procedimiento secreto y reservado, nada garantiza que sea resultado de un debido proceso, por lo que del análisis de los subprincipios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad se podrá advertir si la decisión es justa y no arbitraria.

La propuesta es consecuencia de varias fases de un procedimiento, entre ellos, la selección de los postulantes que reúnan los criterios de evaluación, la implementación de una Junta Selectora, la implementación de una Junta Calificadora, la Formulación de Listado conforme a los criterios; entre otros. El no cumplimiento de dicho criterios afecta el principio del debido proceso así como los derechos fundamentales de los oficiales postulantes por lo que la decisión que sea acogida no obedecerá al principio de proporcionalidad del acto administrativo, ni tampoco aparecer el conjunto de los tres subprincipios referidos: idoneidad, necesidad y proporción; lo que conllevaría a que la elección – que concluye en la propuesta – pueda ser declarada nula y/o arbitraria por la autoridad jurisdiccional.

**Según el subprincipio de idoneidad;** toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. En el presente caso, la intervención del poder Ejecutivo perturba el derecho constitucional a la igualdad y al proyecto de vida de cada oficial postulante en el proceso de ascenso, bajo la equivocada interpretación de encontrarse avalada por lo previsto en el artículo 172º de la Constitución Política. Sumado a ello, la obtención del fin, que es el contar con oficiales Generales idóneos, no se ve representada o amparada puesto que suponer que la obtención del fin se ha perseguido significaría prestarle el respeto debido al cuadro de mando, a las capacidades de la totalidad de los oficiales postulantes permitiéndoles su

---

<sup>10</sup> **DREYFUS, F.;** *"Les limitatios du pouvoir discretionnaire par l'application du principe de proportionnalité : á propos de trois jugement du tribunal administratif de l'OIT »*, Rev. Dr. Pub, 1974, pp. 691 y ss.

activa participación en el proceso de selección, y al concurso objetivo de mérito, sin la intervención gubernamental.

**De acuerdo con el subprincipio de necesidad;** toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la mas benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten cuanto menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto; lo que tampoco sucede en el caso de los oficiales relegados y es que, la intervención gubernamental en la decisión final de ascenso vulnera el derecho constitucional al proyecto de vida de aquel oficial, que habiéndose creado válidas expectativas en cuanto a datos objetivos de cuantificación de méritos y deméritos a lo largo de su carrera profesional, ésta se ve truncada por el accionar del Ejecutivo de decidir ascender a Oficiales, sin respeto alguno del cuadro de mando, de la antigüedad de clase y jerarquía, atentando contra uno de los bienes jurídicos mas importantes dentro de una institución jerarquizada como la Policía Nacional, que es la disciplina.

La lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, *per se*, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Norma Fundamental, los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado, lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación del efecto legal que por arbitrariedad la Administración se pretenda consumir.

El Tribunal Constitucional ha precisado en la sentencia recaída en el Expediente N.º 748-99-AA/TC, del 20 de mayo de 2000 que si bien los miembros de la Policía Nacional del Perú se rigen por sus propios estatutos y reglamentos, conforme lo establece el artículo 168.º de la Constitución Política, ello no significa que estén al margen de la protección constitucional, pues su propia Ley Orgánica, de conformidad con los principios, valores y fines establecidos en el Texto Fundamental de la República, dispone en el numeral 9) de su artículo 36º que son derechos del personal policial "*los demás reconocidos por la Constitución y las Leyes*". Dicho postulado ha sido asimilado por la Resolución Ministerial Nº 186-2002-IN/0102, de fecha 6 de febrero de 2002, al señalar en sus considerandos que "*(...) las normas internacionales sobre derechos humanos otorgan un marco para el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona que le corresponden también al miembro de la Policía Nacional en su condición de persona humana (...)*".

Así, en el caso de los procesos de ascensos y el subprincipio de necesidad del principio de proporcionalidad, la intervención del Estado en cuanto al derecho fundamental al proyecto de vida de los oficiales relegados no revisten la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto ya que, si lo que se pretende es contar con una policía respetable, cuanto menos se deben procurar procedimientos justos que coadyuven la persecución del mérito y la capacidad de sus oficiales que, contando con los requerimientos exigidos para su promoción al grado inmediato superior, son relegados por aquellos que – pudiendo o no tener dichos méritos – no merecen aún ser ascendidos; vulnerándose de esta manera su derecho constitucional al proyecto de vida.



El derecho al proyecto de vida se funda en la dignidad y otros análogos, encontrándose amparada en el artículo 3º de la Constitución del Perú, que expresa: "*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye a los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno*".

En consecuencia, no sólo deben ser acogidas como derechos las demás disposiciones constitucionales sino también aquellos preceptos que, por su naturaleza análoga, merezcan el amparo del Estado, al resultar sustantivamente similares a los consignados en la Constitución del Estado. Siendo así, el derecho al Proyecto de Vida – en su conjunto – resulta un derecho que merece protección jurisdiccional exigible en cualquier momento. Mas aún, si este derecho fue vulnerado por un actuar arbitrario del Estado.

El pleno reconocimiento de los derechos fundamentales han equiparado las relaciones entre la Administración Pública y los administrados; mas aún cuando éstos son "*resistentes absolutamente frente a la pretensión de superioridad posicional general que la Administración tiene hábito de invocar*".<sup>11</sup> Siendo así, se imponen límites al actuar de la Administración Pública salvaguardando las prerrogativas con la que cuentan los ciudadanos, restando de su campo de sustentación la posibilidad de condicionarlas o de atentar contra ellas, citando equivocadamente criterios de bienestar general o de interés público.

Según Pedro Cruz Villalón, los derechos fundamentales cumplen tres funciones: 1) Incorporar a la Constitución el sistema constitucional de los derechos humanos como límite de los poderes políticos; 2) Son elementos funcionales, objetivos de la estructura democrática de poder; y 3) Son la expresión de la Constitución en la sociedad.<sup>12</sup>

Los derechos reconocidos constitucionalmente – y el respeto que a ellos se reclaman – componen la plataforma del libre desarrollo de los hombres en sociedad y por tanto la persecución de su proyecto de vida, que significa el libre desarrollo de la proyección profesional e institucional hasta la mayor jerarquía en la Policía Nacional del Perú. En ese sentido, el proyecto de vida de los oficiales se ve perjudicado cuando, pese a contar con todos los requerimientos exigidos por la ley y una antigüedad dentro del cuadro de mérito que le garantizarían una vacante para el grado inmediato superior, son desplazados arbitrariamente por la intervención directa del Ejecutivo; pese a que la Constitución del Estado consagra de que los ascensos se otorgan de conformidad con la ley y propugna a su vez el respeto a los derechos fundamentales del hombre.

---

<sup>11</sup> **GARCÍA DE ENTERRIA**; "*Los Ciudadanos y la Administración: Nuevas Tendencias en el Derecho Español*", REDA, Núm. 59, Julio – Setiembre de 1988, , pp. 332-333.

<sup>12</sup> **CRUZ VILLALÓN**; "*Concepto de Derecho Fundamental: Identidad, Status, Carácter*", en VV.AA., Problemas actuales de los Derechos Fundamentales, Edición de José Ma. Sauca, Boletín Oficial del Estado, Madrid, Universidad Carlos II, 1994, pp. 162.

El derecho constitucional al proyecto de vida significa la satisfacción personal de todas las aspiraciones – laborales, personales, familiares y hasta patrimoniales - válidamente programadas y por las cuales se persigue nuestra realización como personas dentro del ámbito de la libertad. Y aquella realización significa el pleno desarrollo profesional por la que una persona asegura la efectiva satisfacción a través del desarrollo de una carrera profesional que – en el caso de los Oficiales de la Policía Nacional - conlleva a tener la posibilidad de acceso a una vacante al grado inmediato superior.

El Derecho ha sido creado para defender la libertad que somos a fin de que podamos desarrollarnos como persona junto con todos los valores que otorgan sentido a nuestras vidas, que tienden a asegurar, a través de su vivenciamiento las condiciones exteriores necesarias para que nuestra libertad pueda **proyectarse sin obstáculos** o con el menor número posible de ellos. Es por ello determinante que se declare como derechos fundamentales fundados todos aquellos derechos económicos, sociales, laborales, civiles, culturales y políticos que han de permitir la creación y establecimiento social de dichas condiciones exteriores, las mismas que son indispensables para que cada ser humano pueda realizar y cumplir su propio e intransferible destino. Estas "condiciones" se aseguran por el Estado con las denominadas garantías constitucionales.<sup>13</sup>

Los derechos fundados son una exigencia existencial. El ser humano no puede ser libre y realizarse como tal sin educación, **sin trabajo, sin igualdad, sin bienestar, sin un debido proceso**, así como otros derechos de similar importancia que permitan asegurar la realización libre de su "Proyecto de Vida". Por ende, los actos que constituyen la afectación – que no son otros que el descreimiento de las condiciones exteriores indispensables para realizar y cumplir nuestro propio destino por parte de la administración – deben ser objetados por la autoridad jurisdiccional.

Y es que, carecen de legimitidad – y por tanto de legalidad - los actos administrativos que lesionen los contenidos esenciales de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos. Si bien la Administración Pública sirve a los intereses colectivos de la sociedad, el Poder Jurisdiccional controla la legalidad de su actuación y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

Que duda cabe pues que el derecho constitucional al proyecto de vida acoge innumerable prerrogativas que pueden cesar por un acto arbitrario de la administración. Y es que la arbitrariedad es la antítesis de la legalidad; y si la ley consigna que el ascenso debe ser resultado de un proceso de méritos y deméritos que asegura al Oficial participante un debido proceso con igualdad de oportunidades, entonces el Ejecutivo tiene la obligación, como ente rector supremo de actuación administrativa, de respetar el proceso de ascenso y por ende, el derecho de los oficiales a proyectarse válidamente.

Finalmente, **conforme al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto**, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales, debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho

---

<sup>13</sup> **CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO**; "El Proyecto de Vida y los Derechos Fundamentales en el Anteproyecto Constitucional" en Revista Jurídica del Perú, Junio 2002, Ed. Normas Legales, pp. 63.

intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

Siendo así, si el objetivo es contar con un grupo de Oficiales Generales capaces e idóneos para dirigir la institución policial, no puede pues sacrificarse los derechos de aquellos que, por iniciativa propia, podrían alcanzar legítimamente una vacante en el proceso de ascenso ya que esto no constituye otra cosa que la vulneración del derecho constitucional al proyecto de vida, y el otorgamiento de una facultad discrecional al Ejecutivo que la ley no le otorga.

### **CONCLUSIONES.-**

No existe por tanto, tal y como se advierte, discrecionalidad o potestad absoluta otorgada al Ejecutivo en la decisión de ascenso al grado de General de la Policía Nacional sino que esta **se debe a un procedimiento administrativo previo** que, debiendo seleccionar a los Oficiales que cumplan con los requisitos establecidos en las directivas pertinentes, y cuenten con los méritos suficientes, deben ser reconocidos por la autoridad gubernamental para otorgárseles el grado de General PNP; pero – como reiteramos – como resultado de los propios méritos alcanzados en el proceso de méritos de carácter eliminatorio.

Referirse a "**proceso de ascenso**" significa participar en un procedimiento de selección – con carácter eliminatorio – de méritos, que tiene por finalidad permitirle al Oficial de la PNP –como consecuencia del derecho que ejerce – acceder a la jerarquía superior, siempre que satisfaga los requerimientos exigidos por la propia institución. Referir que existe "*discrecionalidad del Ejecutivo*" en la selección para el ascenso sería negar que la categoría y grado de General PNP forma parte de la estructura jerárquica de la institución policial, y sería dejar al libre albedrío del gobernante de turno la selección –obviando el proceso previo – lo que colocaría en desventaja a los Oficiales participantes, perturbando el derecho fundamental a la igualdad, a la dignidad y al proyectote vida.

Y es que, al manifestarse que el señor Presidente de la República otorga los ascensos, debe considerarse que dicho otorgamiento es necesariamente consecuencia de un procedimiento administrativo previo tal como lo consagra la Ley N° 28857, Ley de Régimen de Personal de la Policía Nacional del Perú. Así, el otorgamiento del grado de General esta referido a que como resultado de un procedimiento administrativo justo se debe expedir la Resolución Suprema que lo reconozca puesto que, de lo contrario, estaríamos valorando que para acceder al grado de General de la Policía Nacional es necesario tener simpatía con el gobierno de turno, lo que se contradice con el marco constitucional que refiere que los miembros de la Fuerza Armadas y la Policía Nacional no son deliberantes.

Esto se acredita cuando el artículo 7º de la Ley N° 28857 – Ley de Régimen de Personal de la Policía Nacional del Perú – establece que dentro de la jerarquía policial existen categorías y grados, siendo el penúltimo de estos el de General de la PNP, al que se

accede a través de un proceso de ascenso regulado que finaliza con el otorgamiento del Despacho de Oficial General concedido por el Presidente de la República mediante **RESOLUCIÓN SUPREMA**, de conformidad con lo previsto en el artículo 172º de la Constitución Política que, de ninguna manera, puede trastocar o limitar los derechos fundamentales de las personas previstos igualmente en la carta magna.