

SOBRE LAS REINCORPORACIONES POR MANDATO JUDICIAL DE LOS GENERALES PNP PASADOS A LA SITUACIÓN DE RETIRO POR CAUSAL DE RENOVACIÓN DE CUADROS.

Juan José Santiváñez Antúñez¹

No hay duda que uno de los temas mas candentes de estos últimos meses ha sido la reincorporación de señores Generales de la Policía Nacional que fueran cesados en su cargos por la aplicación de la causal de Renovación de Cuadros, a través de medidas cautelares obtenidas en procesos Contencioso Administrativos. Y es que, habría que aclarar que éstos no son resultado de procesos judiciales seguidos indebidamente ni mucho menos de la interpretación antojadiza de la ley por parte del poder jurisdiccional; muy por el contrario, son la cosecha de procedimientos administrativos faltos de principios básicos como el de Defensa, Debido Proceso, Razonabilidad, y Proporcionalidad; llevados a cabo por la institución policial, y que han afectado, sobremanera, los derechos del personal policial quienes han requerido la tutela jurisdiccional por la vulneración de su Proyecto de Vida.

I. EL PASE AL RETIRO POR CAUSAL DE RENOVACIÓN DE CUADROS Y LAS ACTAS DEL CONSEJO DE CALIFICACIÓN DE OFICIALES.-

La Constitución Política define los principios fundamentales así como las funciones primordiales de las personas e instituciones públicas trascendentales para la existencia del Estado. La Policía Nacional del Perú no fue la excepción y, conjuntamente con las Fuerzas Armadas, encuentra en la ley, la concesión de sus principales atribuciones, derechos, obligaciones y limitaciones. Dentro de estas – es decir, de las limitaciones – las que promueven el respeto por el debido procedimiento dentro de su organización y la sumisión a los derechos del personal policial que la conforma; en su calidad de persona humana.¹

¹Abogado, con estudios de Postgrado 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. Miembro de la Asociación de Derecho Militar Española y de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. Autor del Libro “La Causal de Renovación de Cuadros en la Policía Nacional del Perú, Análisis Jurídico de la situación de Personal”. Cualquier comentario con respecto a este artículo puede enviarlo a jjasantivanez@santivanezabogados.com

¹ Al respecto, léase la Sentencia del Tribunal Constitucional que obra sobre el **Expediente N° 2050-2002-AA/TC**, por la cual declara Fundada la demanda de un efectivo policial contra la Policía Nacional del Perú, por la vulneración del derecho al debido proceso y en Nen Bis In Idem.

Así, el artículo 168° de la Constitución Política del Estado expresa que *"Las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú"*.

A través de dicho apartado, la Constitución ha establecido una reserva de ley para la regulación de todo lo que concierne a la organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Se ha referido así que dichas organizaciones gozarán de ciertas prerrogativas para la regulación de aspectos considerados medulares para la consecución de sus fines, a partir de varios ámbitos fundamentales:

- **Ámbito organizativo;** estableciendo los parámetros de un proyecto estratégico con planes operativos a corto, mediano y largo plazo. Este ámbito de organización permite obtener mejores resultados de la gestión que desarrollaría la Policía Nacional, determinando las necesidades para el correcto desenvolvimiento y, a su vez, identificando incluso las áreas comprometidas, y también aquellas en donde será necesaria la variación de planes estratégicos de desarrollo. Es decir, a través del desarrollo del ámbito organizativo, podremos determinar, incluso, la producción en materia laboral, la falta de esta, la identificación de requerimientos y en donde se deben atender primeramente, permitiendo coadyuvar al cumplimiento del segundo ámbito fundamental que proponemos, la funcionalidad.

- **Ámbito Funcional. Programas de mejoramiento logístico;** resultando prioritaria la modernización de equipamiento y el aparato logístico para enfrentar la problemática de la seguridad ciudadana. Ahora bien, dentro del ámbito de la funcionalidad se encuentra la redefinición de lo que constituye la función policial. La función de policía del Estado es la de velar por el cumplimiento de las normas que este dicta en concordancia con el orden social, salvaguardando los intereses y los derechos de los ciudadanos que la conforman por lo que, es empleo policial, la que desempeñan los efectivos para el mejoramiento de la vida en común a través de mecanismos idóneos que promuevan la seguridad, que garantice a otros la ejecución de sus propias libertades y derechos. La falta de esta traería consigo el desorden y el caos en las relaciones humanas por lo que podríamos sostener que, a una organización policial con un claro ámbito funcional, mayor seguridad y desarrollo social.

- **Ámbito de personal, preparación y empleo. Programas de Reasignación de Recursos;** es decir, la capacitación que debe primar en los efectivos policiales de tal manera que esta se desarrolle paralelamente con los principios que sustentan el Estado de Derecho y que coadyuven a la realización de su ámbito funcional. Por un lado, la preocupación por parte de los órganos de gestión del más alto nivel, con respecto al mejoramiento y adaptación del

personal en el medio en el cual desarrollan sus actividades, generaría una mayor sensibilización de estos con los problemas sociales. Respecto de ello queremos formular un breve comentario. No podemos pretender que el personal que durante la década de los noventa prestó servicios en las Zonas de Emergencia – como son denominadas las zonas de enfrentamiento con los miembros terroristas – sean destinados a prestar servicios en las dependencias policiales – en donde la relación interpersonal con la población es mas exclusiva - si es que antes no han sido asistidos a través de un proceso de readaptación social. La problemática vecinal no tiene la magnitud de aquella que se suscita en aquellas zonas en donde no existe mayor respeto por la ley. Por otro lado, es necesaria la implementación de un programa de asignación de recursos adecuado de manera tal, que la institución destine a los efectivos policiales debidamente especializados en áreas en donde puedan proporcionar mayores beneficios a la comunidad a la que sirven. Por referir un ejemplo, existen miembros policiales que cuentan con mas de una carrera profesional especializada que podría coadyuvar a la implementación de programas sociales destinados a combatir la delincuencia y/o contar con un aparato administrativo que sea el soporte del aparato funcional institucional. Así, si tengo un área especializada en el tratamiento del menor y la problemática juvenil, debo preferir la prestación de servicios de Oficiales y personal subalterno que cuenten con estudios universitarios y/o técnicos en psicología, psiquiatría, asistencia social y derecho. Igualmente, si requiero contar con efectivos capacitados para una labor operativa, debo destinar personal idóneo para la prestación de estos servicios. En la realidad, cuando visitamos determinadas **áreas eminentemente administrativas**, en las dependencias policiales podemos advertir que cerca del 30% al 50% de su personal no supera los 40 años de edad, cuando dichas labores podrían ser perfectamente ejecutadas por personal cuya efectividad persuasiva no signifique imprescindible, necesaria o que resulte insuficiente, ya sea por la edad o por adolecer de alguna discapacidad. Es necesario que el mejoramiento material vaya acompañado del perfeccionamiento personal pues nos permitirá hacer una correcta reasignación de recursos que contribuya, principalmente, con su objetivo institucional como la preservación del orden y la ley, y finalmente, con su desarrollo institucional.

- **Ámbito Disciplinario**; que no es otra cosa que contar con un marco jurídico que garantice el respeto de los procedimientos internos hacia la Constitución y las leyes vigentes. Si bien es cierto, la calidad de efectivo policial restringe a la persona en el goce de determinados derechos – principalmente sociales y políticos – ello no significa que no pueda exigirse el respeto de las prerrogativas que la Constitución otorga a cada ciudadano, en su calidad de persona humana. Existe la necesidad de que las leyes y reglamentos de la Policía Nacional del Perú y, en general, de las Fuerzas Armadas, no sean bloques aislados de la Constitución Política del Estado, tampoco quiere decir que el régimen disciplinario militar y policial esté exento de un tratamiento

singular, derivado no sólo de la referencia explícita a que las leyes y reglamentos respectivos normen la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, sino, fundamentalmente, de los principios especiales a los que están sujetos. Y es que el mantenimiento de la disciplina – pilar fundamental de organización interna - en las relaciones de subordinación y supraordenación de una institución jerárquicamente militarizada - impone que los derechos de sus miembros deban sujetarse a determinadas singularidades. Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España, en el ámbito policial y *"militar, en el que la subordinación jerárquica y la disciplina constituyen valores primordiales, el procedimiento de carácter disciplinario no puede, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales comunes, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar"* (STC 21/1981). No sólo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador y disciplinario; también lo son las garantías adjetivas que en aquél se deben de respetar. Así, el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, *"judicial"*, sino que se extiende también a sede *"administrativa"* y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a *"cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana."* (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71). Y es que, sostiene la Corte Interamericana, que *"si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos."*(párrafo 69). *"(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas."* (Párrafo 71). Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia tienen los derechos de defensa y de prohibición de ser sancionado dos veces por el mismo hecho. Por ello, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia expedida en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, consideró inconstitucional el que el pase a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria pueda aplicarse *"si el hecho o hechos que se (...) imputan legalmente están previstos como delito"*. En tal supuesto, el pase a la situación de disponibilidad como sanción disciplinaria no es consecuencia de que al sancionado se le haya impuesto una condena a través de una resolución judicial que haya quedado firme; sino del hecho que simplemente se le haya imputado (y no declarado judicialmente) la comisión de un delito, lo que

constituye una violación del principio de presunción de inocencia, en virtud que con la imputación de un delito, tal presunción no pierde sus efectos, sino hasta que exista una declaración judicial que acredite la responsabilidad penal imputada. Ello no quiere decir que se permita que el efectivo policial sujeto a un proceso penal continúe en situación de actividad, pues es perfectamente lícito, si es que se compromete a las tareas constitucionalmente reservadas a la Policía Nacional del Perú, que éste sea pasado a la situación de disponibilidad, durante todo el lapso que dure la realización de dicho proceso judicial como una medida cautelar que procure velar por el mantenimiento del orden institucional y disciplinario.

- **Planteamiento de Objetivos;** que se identifica con los proyectos institucionales para el fortalecimiento de las funciones que la ley establece para la institución policial, y para los que forman parte de ellas. El planteamiento de objetivos tiene que ir acompañado pues con planes programáticos, estratégicos, funcionales y económicos. Esto puesto que, ningún plan de objetivos funciona sin el establecimiento de una meta en un tiempo determinado. No teniendo estas consideraciones – tiempo, meta, función y economía – simplemente nos referiremos a ideas o sueños que se quieren alcanzar. Es necesario que el planteamiento de objetivos sea programáticos puesto que la meta será consecuencia de tracto sucesivo de acciones que sigan un programa, en un tiempo determinado, debiéndose establecer plazos; es estratégico, por que necesariamente el planteamiento de objetivos tiene que dirigirse a una meta ideal, con la ejecución de planes de desarrollo; es funcional, por que tiene que tener un fin en provecho de la sociedad, debe ser utilizable, además de ser práctico en su ejecución; y económico, por que todo objetivo requiere de una inversión necesaria. Así, si queremos pues una policía con mejores resultados en la lucha contra la delincuencia común, es necesario proporcionarles la logística necesaria para la persecución del delito. Si queremos una policía que haga respetar la ley, pues primero hagámosla respetar en ellos. Si queremos una policía comprometida con la educación, pues capacitémoslos. Si queremos una policía digna, pues démosle a la carrera policial la dignidad que merece. El contexto modernizador debe ir acompañado de la adopción del sistema de régimen de personal policial a la realidad y evolución de la sociedad peruana con la gestión coordinada de la correcta asignación de recursos que permita ofrecerles la calidad de vida que merecen.

Pero si bien, el artículo 168º de la Constitución hace referencia a los Reglamentos que rigen el desenvolvimiento del personal dentro de su organización, no significa que esté otorgándole una categoría superior a la de norma reguladora, ni mucho menos que tenga el mismo rango de una ley. Simplemente, esta concediendo la posibilidad de regular lo concerniente a su organización, funciones, especialidades, preparación, empleo y disciplina, de

los Oficiales y Personal Subalterno que se encuentra en situación de Actividad, tal y como la ley establezca.

El Decreto Legislativo N° 745 – anterior Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú y la que consagra por vez primera la causal de renovación de cuadros en la Policía Nacional - definía los derechos y obligaciones de sus miembros, en función a su categoría jerarquía, grado y empleo; conceptualización que también ha sido acogida en la Nueva Ley de Régimen de Personal de la Policía Nacional del Perú, Ley N° 28338.

La situación policial es la condición del personal de la Policía Nacional del Perú dentro del servicio, o fuera de él, constituyendo únicamente tres: **1)** la situación de actividad; **2)** la situación de disponibilidad; y **3)** la situación de retiro. La primera de ellas es aquella en la que el personal se encuentra en servicio activo y dentro del cuadro orgánico de la institución policial. La segunda es aquella situación transitoria en la que el personal se encuentra apartado de la situación de actividad por determinados motivos, pudiendo retornar a ella en las formas previstas en la ley. Y finalmente, la de retiro, que es la situación del personal que no se encuentra dentro de la situación de actividad ni disponibilidad por haber sido apartado del servicio.

Entonces, dentro de las causas por las que un oficial puede pasar de la situación de actividad a la situación de retiro se encuentra la denominada “*renovación*”, que procura la sustitución constante de los cuadros con la finalidad de cumplir con los fines para los que la institución ha sido concebida, la misma que se encuentra regulada por la Ley N° 27238, así como por la Ley de Régimen de Personal de la Policía Nacional del Perú.

La “*renovación*” es una causal que tiene como intención perseguir la idoneidad de los efectivos policiales para el cumplimiento de sus funciones. Así, conforme exponemos, hasta hace unos años, esta no se encontraba debidamente regulada, sustentando su acción en la facultad discrecional que las normas otorgaban al Presidente de la República, a propuesta de la propia institución policial; procedimiento que incluso fue sancionado por la Defensoría del Pueblo con la expedición del Informe Defensorial N° 56, proscribiendo que la causal de renovación de cuadros, tal como era aplicada, constituía un procedimiento que vulneraba los derechos constitucionales de los Oficiales de la Fuerza Armadas y de la Policía Nacional del Perú. Actualmente, el proceso de renovación de cuadros cuenta con una normatividad objetiva para que los Oficiales puedan conocer los criterios que la institución puede acoger para proponer a aquellos que no tendrían mayores expectativas dentro de la institución policial. El problema judicial se genera con aquellos casos en donde se acredita la aplicación de discrecionalidad en base a criterios subjetivos, o cuando del

análisis del pase al retiro por causal de renovación se puede advertir que ha existido arbitrariedad por no encontrarse debidamente sustentada, conforme lo regula la Ley del Procedimiento Administrativo General; para lo cual el juzgador deberá aplicar el Test de Racionalidad.

Como antecedente a ello, el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 745 (derogada con la Nueva Ley de Personal de la Policía Nacional del Perú) establecía que *“con el fin de procurar la renovación constante de los cuadros de Personal, podrán pasar a la situación de Retiro por la causal de renovación, Oficiales Policías y de Servicios de los grados de Causal de Renovación... de acuerdo a las necesidades que determine la Policía Nacional del Perú...”*.

Nada más se agregó, hasta la expedición del Decreto Supremo N° 009-2005-IN/PNP - Reglamento de Renovación de Cuadros en la Policía Nacional del Perú. Anteriormente no se señaló jamás bajo qué criterio se establecerían las necesidades del servicio, ni tampoco cuáles deberían ser las ponderaciones utilizadas para examinar cada expediente y adoptar la decisión de quiénes, y quiénes no, deberían pasar a la situación de retiro por dicha causal.

Sólo la Ley N° 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, hasta antes de la expedición del Reglamento de Renovación, señaló en su artículo 32°: *“El pase a la situación de retiro por renovación se efectúa en base a una propuesta que elabora el Consejo de Calificación y que el Director General de la Policía Nacional del Perú presenta al Ministro del Interior”*.

Ninguna otra norma – hasta antes de la expedición del Decreto Supremo N° 009-2005-IN/PNP Reglamento de Renovación de Cuadros en la Policía Nacional del Perú - estableció cuáles eran los criterios objetivos que debían primar en dicho proceso de calificación dejando al libre albedrío del comando institucional, la manipulación indiscriminada de la renovación, que les valió para vulnerar, en indistintas oportunidades, los derechos constitucionales de Oficiales subalternos puesto que aquella fue, desde sus inicios, utilizada para emitir Resoluciones sin mayores fundamentos, aduciendo que por constituir una facultad discrecional se podía, a través de ella, pasar al retiro a Oficiales sin mayores explicaciones.

Sustentaba su accionar en la discrecionalidad otorgada no solo a favor del Ejecutivo, sino además de la concedida al Consejo de Calificación, quienes junto con el Director General de la Policía Nacional, proponían a los Oficiales que, a criterio del comando, no tenían mayores proyecciones institucionales. Sin embargo, ello de ninguna manera podía significar una potestad plenipotenciaria ajena a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales de la persona. En ese sentido, la diferenciación entre discrecionalidad y arbitrariedad constituirá el limbo entre la legalidad e ilegalidad de una decisión administrativa y, por ende, la nulidad de un acto

contrario a los legítimos intereses del Estado, como es el caso de la renovación de cuadros en la Policía Nacional del Perú.

El artículo 281° de la Constitución de 1979 consagraba –al igual que el artículo 172° de la Constitución vigente– que tanto los efectivos de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales (hoy Policía Nacional) son fijados, en número, anualmente por el Poder Ejecutivo. En ese sentido, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están equiparadas y colocadas en un plano de igualdad constitucional desde la Carta de 1979, la que por primera vez hacía referencia a la función policial.

En ambos artículos se refiere a un asunto no de carácter técnico sino a una política de Estado, puesto que se procura fortalecer la capacidad de operación y, otorgándole una dimensión financiera, y una correcta asignación de recursos.

Siendo así, en aplicación del Decreto Legislativo N° 745 (hoy derogado) y del artículo 32° de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú – hasta antes de la expedición del Decreto Supremo N° 009-2005-IN/PNP Reglamento de Renovación de Cuadros en la Policía Nacional del Perú - el pase a la situación de retiro por renovación se efectuaba sobre la base de una propuesta que elaboraba el Consejo de Calificación y que el Director General de la Policía Nacional del Perú presentaba al Ministro del Interior para que, posteriormente, fuera elevada al Ejecutivo para su rúbrica.

Es ideal que el Estado aplique una política de administración de personal y establezca, según sus propias necesidades y criterios, el número de oficiales que son necesarios para perseguir los fines de la institución policial. Con ello también asegura una estructura piramidal. Lo que es no permisible es que, sustentándose en que una política institucional es necesaria, se apliquen criterios diferenciados a personas que gozan de la misma calidad, con la única finalidad de cortar su proyección institucional y vulnerar sus derechos fundamentales. Esto pues, conforme es hartamente conocido, la causal de renovación de cuadros jamás fue aplicada en virtud de objeciones concretas, de manera que pueda advertirse quien se encuentra sujeto a ella, sino, muy por el contrario, se aplicaba indistintamente a cualquier efectivo, se encuentre o no al alcance de ella.

La problemática social se inició pues, conforme lo venimos desarrollando, cuando el Decreto Legislativo N° 745 (hoy derogado) dejó plena libertad a un Consejo de Calificación y al Director General de la Policía Nacional, la decisión de sortear qué oficiales eran útiles para los fines de la institución, valiéndose de “*criterios particulares*”. Es decir, que si bien durante los años anteriores la aplicación de dicha facultad no se encontraba regulada, del análisis del Decreto Legislativo N° 745 se concluía que cada año el Ejecutivo establecería la cifra

de oficiales que deberían pasar al retiro por “*renovación*”. Ninguna otra norma fundó las causas, méritos y/o deméritos que deberían considerarse para disponer quiénes debían ser invitados y quiénes no. Aquella subjetividad en la decisión era la que desechaba a la causal de renovación de cuadros del campo de la constitucionalidad y la incluía dentro de la subjetividad plena. Y es que, el Consejo de Calificación de Oficiales Generales era la agrupación que establecía que Oficiales – y quienes no – debían ser pasados de la situación de Actividad a la de retiro por Causal de Renovación, constituyendo esta actuación el primer acto administrativo lesivo de los derechos de los Oficiales puesto que, por mas que se pretenda asumir lo contrario, la institución policial siempre dio la categoría de “*secretos*” a estos actos que constituían acciones que motivaban la desprotección e inacción por parte del personal policial.

Así, se deja constancia que “*el procedimiento de renovación de Cuadros se inicia con el nombramiento del Consejo de Calificación*”; tal como se encuentra reconocido en el Decreto Supremo N° 009-2005-IN – Reglamento de Pase al Retiro por Renovación. Bajo esa consideración, el Acta de Consejo de Calificación elaborada por los Generales que la conforman, constituye el primer acto administrativo dentro del procedimiento de renovación que debe ser necesariamente notificado al administrado, a fin de garantizar un debido proceso. Y es que, el Acta de Consejo de Calificación constituye la declaración que dentro del marco de las normas de derecho público, esta destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses de los administrados, dentro de un situación concreta.

Esta declaración, conforme lo expresa **DROMI**² constituye pues un acto administrativo **DECISORIO** ya que dicho acto – Acta de Consejo de Calificación – que emana de un órgano colegiado, y que se encuentra previsto en la ley, tiene la finalidad de elegir a los Oficiales que son pasados al retiro por causal de renovación de Cuadros, sin que éstos participen del proceso, ni mucho menos se les de el derecho de conocer su contenido.

Igualmente, **JUAN CARLOS MORON URBINA**³ incluso señala que una de las clases de acto administrativo lo constituye **los actos administrativos de trámite** en el sentido que estos son los que, afectando los derechos de los administrados, actúan como acto de carácter preparatorio para uno definitivo; como sucede en el caso del Acta de Consejo de Calificación que, de conformidad con lo establecido en la Ley, constituye el sustento objetivo y jurídico para pasar a un Oficial de la situación de Actividad a la situación de retiro por causal de renovación de Cuadros.

² **DROMI, Roberto**; “*Sistemas y Valores Administrativos*”, Ciudad Argentina Editorial, 2003.

³ **MORON URBINA, Juan Carlos**; “*Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*”, Ed. Gaceta Jurídica, 2001, pag. 62

En ese sentido, la Ley N° 27238 establece en su artículo 32° que: *“El pase a la situación de retiro por renovación **se efectúa en base a una propuesta que elabora el Consejo de Calificación** y que el Director General de la Policía Nacional del Perú presenta al Ministro del Interior”*.. Es decir es la propia ley la que **le otorga el efecto al acto administrativo** que es la de efectuar la propuesta – es decir, entregar las listas – de los Oficiales para que éstos, en virtud de la aplicación de la causal de Renovación de Cuadros, puedan ser pasados al retiro, sin mayores criterios objetivos.

Así, el procedimiento administrativo para establecer que Oficiales deben pasar al retiro por la causal de Renovación de Cuadros **se inicia con el nombramiento de los Generales miembros del Consejo de Calificación**; quienes elaboran un Acta de Consejo de Calificación en donde deben establecer: **1.** Los criterios a utilizarse para la evaluación de los legajos de cada oficial; **2.** El estudio y análisis de cada legajo; **3.** El método utilizado; **4.** El proceso de votación para determinar que Oficiales deben pasar a la situación de retiro y quienes no; **5.** En qué causal se encuentra cada Oficial invitado; entre otros.

En ese sentido, el Acta de Consejo de Calificación no sólo constituye un acto administrativo **decisorio** sino además constituye un acto administrativo **de trámite**; ya que si bien la propia ley expresa que a través de dicho Acto se propone a los Oficiales que deberán pasar al retiro – lo que inicia el proceso – el pase al retiro por renovación tiene sus sustento jurídico en dicha Acta. Iniciándose el procedimiento administrativo de renovación de cuadros con el establecimiento del Consejo de Calificación, los actos desarrollados en el tienen que ser necesariamente notificados a los Oficiales que podrían ser afectados con dicha medida. Esto puesto que, al sustentarse tal decisión en la discrecionalidad de sus miembros podría acogerse la arbitrariedad.

Esa notificación no se restringe a la notificación de la Resolución Suprema sino que debe ser aplicada con mayor razón al Acta de Consejo de Calificación que proponen los Generales PNP pues dicho instrumento no sólo **inicia** el procedimiento de evaluación para determinar que Oficiales son propuestos para pasar a la situación de retiro por la causal de renovación sino además, a través de éste, el acto administrativo final – que no es otro que la Resolución Suprema – adquiere la formalidad debida ya que, es el Acta de Consejo de Calificación el sustento jurídico de la Resolución Suprema de conformidad con la ley.

Si el proceso administrativo se inicia con el nombramiento del Consejo de Calificación, éste no puede ser secreto, ni mucho menos puede ser **secreta** el Acta de Consejo de Calificación acogida por dicho Colegiado, puesto que en ella están contenidas las causales consideradas para el pase al retiro y, en cual

de ellas, se encuentra el Oficial que es pasado al retiro por Renovación de Cuadros.

En otras palabras, es necesario e imprescindible que los Oficiales puedan conocer el contenido expreso del Acta de Consejo de Calificación que los propone para ser pasados a la situación de retiro por causal de Renovación de Cuadros – que constituye un **ACTO ADMINISTRATIVO** que puede ser objeto de impugnación - ya que sólo de ella se puede advertir: **1.** ¿Quiénes conformaban el Consejo y si sus miembros tenían alguna incompatibilidad para pertenecer a él?; **2.** ¿Cuántos Oficiales fueron evaluados por el Consejo de Calificación?; **3.** ¿Cuáles fueron las causales establecidas de manera discrecional por dicho Consejo para ser consideradas en el Proceso de Pase al Retiro por Renovación?; **4.** ¿En que causal se encontraba cada Oficial que es pasado al retiro por Renovación de Cuadros?; **5.** ¿Cuál fue el resultado de la votación efectuada por los miembros para la propuesta del pase al retiro por renovación de cada Oficial?; **6.** ¿Si una causal es aplicada indebidamente qué derechos constitucionales se vulneran?

No otorgar la categoría de acto administrativo al Acta de Consejo de Calificación, cuando esta si lo es, significaría privarles del derecho de contradicción a todos los Oficiales a quienes, vulnerándoseles del derecho al debido proceso, se les pasó al retiro por renovación de cuadros.

Renovación es la acción y efecto de “**renovar**”, que significa trocar una cosa vieja, o que ya ha servido, por una nueva. Se puede llegar a la conclusión inmediata de que se pretendió normar el retiro del servicio efectivo de aquellos oficiales que no contaban con mayores expectativas dentro de la estructuración policial, por encontrarse constantemente inaptos para los procesos de ascensos, por haber alcanzado el límite de edad en el rango según el escalafón interno, por exceso en el lapso de tiempo en la situación de disponibilidad, por falta de perfeccionamiento y méritos profesionales, y a su propio derecho.

Consecuentemente, esta causal no debía ser utilizada para sustraer de las filas de la institución policial a oficiales que mantenían expectativas de surgimiento, proyección institucional y que contaban con los requisitos necesarios para continuar ascendiendo a los grados superiores. No obstante, ella fue aplicada en muchas oportunidades para eliminar a oficiales con excelentes fojas de servicio, amparados en la discrecionalidad otorgada y vulnerando su derecho constitucional al Proyecto de Vida.

Dicha situación ha sido actualmente paleada con la expedición del Decreto Supremo N° 009-2005-IN que aprueba el Reglamento de Pase a la situación de retiro por la causal de Renovación, estableciendo determinados criterios objetivos para su acogimiento. Sin embargo, ello no garantizó – ni garantiza- que la causal de renovación de cuadros sea aplicada de manera indistinta a

aquellos Oficiales que, para el Estado Mayor de la institución policial, ya cumplieron expectativas dentro de su organización. Cabría preguntar al respecto: **¿Puede acaso la administración limitar las expectativas de la persona? ¿Quién decide hasta donde debe proyectar su personalidad; el propio hombre o el Estado? ¿Hasta donde puede ser exigible el derecho al proyecto de vida?**

II. DE LA FACULTAD DISCRECIONAL, LA ARBITRARIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL CONTROL JUDICIAL.

El Presidente de la República está facultado, por los artículos 167° y 168° de la Constitución Política para pasar a la situación de retiro, a los oficiales policías y de servicios de los grados de Mayor a Teniente General, con la finalidad de procurar la renovación constante de los cuadros de personal.

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 hace nos 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. 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 convierta 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 –en este caso la de “*renovar cuadros*”– 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, Parejo señala que 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. Por ende, cuando la Administración aplica la Causal de Renovación de Cuadros para efectuar las invitaciones al retiro se encuentra en la obligación de respetar los fundamentos que propugnan un Estado de derecho.

El respeto a la igualdad de trato en el proceso de valoración de las pruebas cuando se efectúa el análisis de los legajos oficiales; el debido proceso, que configura que toda resolución no solo se encuentre debidamente fundamentada y motivada sino que toda persona sometida a cualquier tipo de procedimiento sea oída en virtud del derecho de defensa; el de administración de justicia, por

el que cualquier oficial pueda acceder al poder jurisdiccional para solicitar la tutela efectiva de sus derechos; constituyen principios inalienables que, ninguna facultad, por más discrecional que esta sea, puede vulnerar puesto que esta no es sinónimo de arbitrariedad.

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 más 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 el 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: en el caso de la Renovación de Cuadros la facultad fue la de *renovar*.

Por ende, la motivación en el caso de la Renovación de Cuadros constituye un requisito que justificaría y fundamentaría la emisión del acto; es decir, el uso de la facultad discrecional. Pero lo que en sí sucede es que el procedimiento de pase al retiro por causal de renovación no se encuentra debidamente motivado. Tampoco lo está ninguna Resolución de Pase al Retiro por lo que no puede ni siquiera efectuarse una ponderación adecuada para evaluar si los fines por los que esta es ejercida devienen del interés público o del interés particular de quien la aplica.

Esta ponderación, en todo caso, será ejercida por control judicial puesto que sólo a través de él podrá valorarse si existe o no exceso en su uso por el abuso o la desviación del fin, por la violación de los derechos fundamentales, o de los principios generales. Por ello, exigir a la Administración que explique las razones de hecho y de derecho en los que se basa la elección de los oficiales de la Policía que son invitados al retiro por la aplicación de la causal de renovación, y analizar luego las razones dadas para verificarlas con las circunstancias de cada caso en concreto con la finalidad de descubrir las inconsistencias que pudieran haberse presentado, reafirman el Estado de Derecho en el que todo sistema democrático se sustenta, y que es, ante todo, un Estado de razón.

Ello no altera en lo absoluto el orden constitucional, como erróneamente pretendería interpretar el Tribunal Constitucional.⁴ En cambio, reafirma la legitimidad de todo proceder basado en una apreciación objetiva de los hechos.

Para no incurrir en arbitrariedad, la decisión discrecional 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, por esta

⁴ Al respecto léase la Sentencia que obra sobre el Expediente N° 0090-2004-AA/TC.

regla tendrá escasa importancia el proceso de formación de la voluntad administrativa. 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.

Así, a mayor libertad, más precisa y metódica debe ser la fundamentación de la decisión, puesto que la falta de la absoluta motivación constituye la inexistencia de todo vínculo con la realidad, la insatisfacción de una necesidad social de obtener pleno conocimiento del proceder administrativo. Así, el concepto de arbitrariedad se vincula en su esencia al concepto de motivación justificada de la que nadie puede prescindir.

Como ha sucedido a lo largo de tantos años, el procedimiento de pase al retiro por renovación de Cuadros ha estado plagado de una serie de vicios que motivan a que los administrados interpongan medidas judiciales que tengan como sano fin la reincorporación a la situación de Actividad. Entre éstos no sólo se encuentra en el hecho de que el administrado no tenga derecho a conocer la sustentación objetiva de las Actas elaboradas por el Consejo de Calificación que proponen su pase al retiro por la Causal de Renovación de Cuadros – que constituye un acto administrativo y no de administración – sino también como que las resoluciones de invitación al retiro por renovación – sustentadas jurídicamente en dichas Actas – carezcan de motivación que respalde bajo qué criterio el oficial ha sido invitado. Dicha acciones son consecuencia de la mera arbitrariedad puesto que no se promueve el respeto a los principios generales que regulan el procedimiento administrativo general.

De la necesidad de que la discrecionalidad, promovida en las invitaciones al retiro venga respaldada y justificada por los datos objetivos sobre los cuales opera, para no sufrir de la dolencia de la arbitrariedad, se desprende de un modo natural que cuando conste de manera cierta el absurdo o discordancia de la solución elegida con la realidad a que se aplica, la jurisdicción ha de sustituir la solución por la que resulte más adecuada a esa realidad o hechos determinantes.

Bajo ese análisis, la revisión judicial de la actuación administrativa se extenderá, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos y, en segundo, a la valoración de si la decisión discrecional 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, ya que se procura instituir los límites razonados de la discrecionalidad y se convierta en una causa de decretos dotados de justificación.

Podemos deducir que el resultado lógico derivado de los hechos supondrá la coherencia de enlace entre lo razonable y lo lícito, argumentos que sostendrán la hipótesis de discrecionalidad o arbitrariedad según sea el caso. 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 de la Administración se encuentre debidamente estipulado en la norma, salvo aquellos que vulneren derechos fundamentales– pero esas tareas complejas estarán siempre condicionadas al respeto de las leyes y el Derecho, así como a un examen de la lógica y la racionalidad por parte del Poder Judicial, quien deberá ejercer un Control eficiente.

Por ende, el control judicial debe fiscalizar el actuar administrativo, no sólo con los criterios generales por todos conocidos sino también a la luz de una concreta reflexión que le permita determinar si la decisión adoptada resulta o no arbitraria; pero aquel debe ser una análisis real del procedimiento en el uso de la facultad discrecional y no obstruirse – como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en la sentencia citada – en que ésta encierra una potestad del Poder Ejecutivo.

La discrecionalidad no esta nunca desvinculada del derecho, puesto que deberá ser considerada para cada caso en particular según los fines por los que fue conferida, ponderando los intereses públicos y privados.

Queda claro que el uso de facultades discrecionales no puede significar, de ninguna manera, la sumisión a decisiones arbitrarias, ni mucho menos avalarlas puesto que de esta manera se afecta, de igual forma, el interés público.

El interés se expresa como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta apreciable y útil. De allí que Fernando Sainz Moreno⁵ refiera que la noción interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión de aquello que únicamente interesa al público. Aquel interés es acogido por el Estado como aquello que tiene que perseguir permanentemente. Emilio Fernández Vásquez⁶ refiere que *“El Estado no puede tener más que intereses públicos”*.

La discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar lo que sea de interés público. Como lo manifiesta el mismo Sainz Moreno, *“en el interés público se encuentra el*

⁵ **FERNANDO SAINZ MORENO**; *“Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”*, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 008, enero - marzo de 1976.

⁶ **EMILIO FERNÁNDEZ VÁSQUEZ**; *“Diccionario de derecho público”*. Buenos Aires: Astrea, 1981.

núcleo de la discrecionalidad administrativa (...) y la esencia, pues, de toda actividad discrecional la constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación”. Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público.

Al respecto, Juan Igartua Salaverría⁷, expresa que “la Administración, está obligada a justificar las razones que imponen la decisión en el sentido del interés público de una manera concreta y específica y no con una mera afirmación o invocación abstracta”. Las decisiones de la Administración no gozan de presunción alguna, y no basta que se expresen en formas típicas e iterativas. Al contrario, el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta.

Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito *sine qua non* de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad. “En ese sentido, la potestad discrecional de la Administración, en el caso del pase a retiro por renovación de cuadros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, debe tener como sustento la debida motivación de las decisiones, las cuales, asimismo, tienen que estar ligadas a la consecución de un interés público que, en el caso de autos, está directamente vinculado a la finalidad fundamental de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional: garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, y garantizar, mantener y restablecer el orden interno, respectivamente, entre otras funciones que la Constitución y la ley le asignen, y al cumplimiento óptimo de sus fines institucionales en beneficio de todos y cada uno de los ciudadanos, mediante la renovación constante de los cuadros de oficiales, **realizada en forma objetiva, técnica, razonada y motivada, excluyendo toda posibilidad de arbitrariedad.**”⁸

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

⁷ IGARTUA SALAVERRÍA; “Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa”, Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N.º 092, octubre - diciembre de 1996.

⁸ Último Considerando del apartado **El concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión: el interés público**; de la Sentencia N.º 0090-2004-AA/TC, que varía la tendencia del Tribunal Constitucional, sobre los pases al retiro por la causal de renovación de cuadros.

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, como en el presente caso en donde se ha ejercido la potestad administrativa de invitar a un Oficial al Retiro por Renovación de Cuadros para un fin distinto que el señalado en el ordenamiento jurídico: el de reestructurar la Policía Nacional del Perú.

Toda decisión de la Administración, por lo discrecional que esta pueda ser, 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 sobre los actos discrecionales de la Administración tan lejos como el Derecho le permita. Es más, se encuentra en la obligación de verificar que las consecuencias de aquella facultad 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.

Así, el control de la actividad discrecional puede y debe ser operado por el Poder Judicial. Siendo así, deberán examinarse los elementos que, por doctrina, deberían estar sujetos a la reglamentación como el fin a perseguir con la actuación administrativa. De ello desprendemos que si la Administración ejercita su poder para finalidad distinta estará desviándose de aquella que le fue concedida, configurándose el vicio de la desviación del poder.

Pero además, deben examinarse adicionalmente los demás elementos que según la doctrina deben estar reglados.

La competencia y el procedimiento administrativo que han de sugerir el respeto a las normas preestablecidas con respecto al ente autorizado legítimamente para ejercer dicho poder. Asimismo, con la finalidad de observar estrictamente el principio de interdicción de la arbitrariedad ya tratado en páginas anteriores, la Administración debe motivar los acuerdos que se dictan en el ejercicio de las potestades discrecionales otorgadas. Los principios generales del Derecho, principalmente cuando el ente administrativo practica la libertad de elección; y finalmente, las reglas de racionalidad y buen sentido en las que debe sustentarse toda decisión administrativa.

Es necesario retomar la posición compartida por los grandes juristas administrativos de que un acto no puede calificarse como discrecional cuando se sustenta en la técnica de conceptos jurídicos indeterminados, salvo que este pueda salvaguardar la integridad del acto para que no sobrepase el limbo de la discrecionalidad para convertirse en arbitrario.. Es imprescindible para el marco jurídico en el que la sociedad se desenvuelve establecer no solo el momento en que la Administración debe pronunciarse, sino además en el sentido que tendrá que hacerlo. No basta el subjetivismo de la decisión en razón de que toda decisión administrativa debe ser objetiva, legal y justa. Remarcamos, el fin por el cual la facultad discrecional fue otorgada es elemento ineludible.

Las autoridades públicas se encuentran siempre obligadas de forma inexcusable a exponer las razones de hecho y de derecho que avalan su decisión para que el público pueda dilucidar, en cualquier caso, el por qué esa decisión ha sido tomada. Dichas razones contendrán exposiciones más celosas cuanto mayor sea la libertad de acción concedida por las normas aplicables.

Bajo lo expuesto, los pases al retiro de Oficiales Superiores de la Policía Nacional del Perú, bajo la aplicación de la llamada causal de renovación, tal y como se encuentra configurada, no presta ninguna garantía de debido proceso, pese a que pueda contener algún tipo de motivación. Y esto es puesto que, conforme ya lo hemos referido en trabajos anteriores, en la medida que esta sea aplicada por Oficiales de la propia institución, sin contar con la supervisión de organismos que promuevan una valoración adecuada de los legajos de los Oficiales sujetos a ella, confirmará su presencia ese germen de arbitrariedad que concede la posibilidad de recurrir a un nulidad por la vía jurisdiccional.