

APLICACIÓN DE LA DESBORDADA DISCRECIONALIDAD EN LA CAUSAL DE RENOVACIÓN DE CUADROS. ¿O es que acaso no merece Control Judicial?

Juan José Santiváñez Antúnez.¹

I. LA JURISPRUDENCIA.-

EXP. N.º 1411-2003-AA/TC
LIMA
JAIME RICARDO
BÉJAR DEGLANE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 11 días del mes de marzo de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, pronuncia la siguiente sentencia con los votos de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y García Toma y el voto discordante de los magistrados Aguirre Roca y Revoredo Marsano

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Jaime Ricardo Béjar Deglane contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 145, su fecha 9 de enero de 2003, que declara infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de mayo de 2002, el recurrente interpone acción de amparo contra el Ministerio del Interior, solicitando que se deje sin efecto la Resolución Suprema N.º 1399-2001-IN/PNP, del 14 de diciembre de 2001, mediante la cual se dispuso su pase a la situación de retiro, por renovación, y que, en consecuencia, se ordene su reincorporación al servicio activo, con el reconocimiento del periodo durante el cual separado del cargo y demás beneficios que le correspondan. Manifiesta que la cuestionada resolución adolece de falta de motivación; que nunca se le citó ante el Consejo de

¹ Abogado, con estudios de Postgrado en la UPC; Master en Acción Política y Participación Ciudadana de la Universidad Francisco de Vitoria. Miembro de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires.

Calificación, y que ha sido uno de los oficiales con mejor comportamiento y conducta.

El Procurador Público competente alega que, de conformidad con el artículo 168° de la Carta Magna, la Policía Nacional del Perú se rige por sus propias leyes y reglamentos, y que la renovación del servicio constituye una de las causales del pase a retiro de oficiales, generales y superiores de dicha institución; agregando que, a propuesta del Comando Policial, el Presidente de la República ha suscrito la resolución materia de litis, y que los méritos y su conducta no están en tela de juicio.

El Sexagésimo Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 4 de junio de 2002, declara infundada la demanda, por estimar que el pase a la situación de retiro por renovación ha sido dispuesto por el Presidente de la República en ejercicio de su facultad discrecional y dentro del marco legal y constitucional.

La recurrida confirma la apelada por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

- 1. El Presidente de la República está facultado por los artículos 167° y 168° de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo 53° del Decreto Legislativo N.° 745, para pasar a la situación de retiro, por la causal de renovación, a los oficiales policías de los grados de Mayor a Teniente General, de acuerdo con las necesidades que determine la institución.*
- 2. En consecuencia, el ejercicio de dicha atribución por el Presidente de la República no implica afectación de derechos constitucionales, pues el pase al retiro no tiene la calidad de sanción derivada de un proceso administrativo disciplinario, sino que su única finalidad es, como se ha dicho, la renovación de cuadros de personal, conforme al citado artículo 168° de la Carta Magna.*

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

HA RESUELTO

*Declarar **INFUNDADA** la demanda.*

Publíquese y notifíquese.
SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

ANÁLISIS Y CRÍTICA JURISPRUDENCIAL

I. INTRODUCCIÓN

El Decreto Legislativo 745 - Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú - pretendió redefinir los derechos y obligaciones de sus miembros, en función a su categoría jerarquía, grado y empleo.

La situación policial es la condición del personal de la Policía Nacional del Perú dentro del servicio, o fuera de él, constituyendo únicamente tres: la situación de actividad; la situación de disponibilidad; y 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.

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 "*renovación*" persigue la idoneidad de los efectivos policiales para el cumplimiento de sus funciones.

Así, el Capítulo V del Decreto Legislativo 745 establece 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 dijo. No señalaron 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.

Posteriormente, la Ley N° 27238, Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, señaló en su artículo 32º: *"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 ley ha establecido cuáles son los criterios objetivos que deben primar en dicho proceso de calificación dejando al libre albedrío del comando institucional, la manipulación indiscriminada de la renovación, que les ha valido para vulnerar, en indistintas oportunidades, los derechos constitucionales de Oficiales subalternos puesto que aquella ha sido, desde sus inicios, utilizada para emitir Resoluciones sin mayores fundamentos, aduciendo que por constituir una facultad discrecional se puede a través de ella pasar al retiro a Oficiales sin mayores explicaciones.

Se sustenta jurídicamente en la discrecionalidad otorgada no solo a favor del Ejecutivo, sino además de la otorgada al Consejo de Calificación y al director general de la Policía Nacional. Empero, de ninguna manera puede 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.

El artículo 281º 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, una correcta asignación de recursos.

Siendo así, al amparo del artículo 32º de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú, el pase a la situación de retiro por renovación se efectúa sobre la base de una propuesta que elabora el Consejo de Calificación y que el director general de la Policía Nacional del Perú presenta al ministro del Interior para, posteriormente, ser 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.

Sin embargo, la problemática social se inicia cuando la ley deja plena libertad a un Consejo de Calificación y al director general de la Policía Nacional la decisión de sortear qué oficiales son útiles para los fines de la institución, valiéndose de "*criterios particulares*". Es decir, si bien del análisis de la norma podemos concluir que cada año el Ejecutivo establecerá la cifra de oficiales que deberán pasar al retiro por "renovación", ninguna otra norma funda las causas, méritos y/o deméritos que deberán considerarse para disponer quiénes deben ser invitados y quiénes no. Aquella subjetividad en la decisión es la que desecha a la causal de renovación de cuadros del campo de la constitucionalidad y la incluye dentro de la subjetividad plena.

Renovación es la acción y efecto de "renovar", que significa trocar una cosa vieja, o que ya ha servido, por una nueva. Así, 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 debería ser utilizada para sustraer de las filas de la institución policial a oficiales que mantienen expectativas de surgimiento, proyección institucional y que cuentan con los requisitos necesarios para continuar ascendiendo a los grados superiores. No obstante, ella ha sido aplicada en muchas oportunidades para eliminar a oficiales con excelentes fojas de servicio, amparados en la discrecionalidad otorgada.

La elaboración de una norma que conjugue un cuerpo común de las dispersas normativas sobre el personal, su ordenación de una forma coherente y coordinada con otras, terminaría con la inseguridad producida al personal con respecto de sus deberes y derechos, fortaleciendo su accionar en la lucha por la preservación del orden interno. Pues dentro de esta propuesta no se escurre la de reglamentación de la causal de renovación de cuadros, con la finalidad de que se establezcan criterios objetivos y que cada oficial conozca bajo qué supuesto sería invitado al retiro por "renovación".

Ley, por lo tanto, esencial y configuradora del estatuto jurídico del empleo del personal policial que utilice una óptica global que alcance

desde momentos previos a la adquisición de la condición de policía de carrera, hasta el momento en que se pierda tal condición, solo por causas justificables.

Ello incluso permitiría el planteamiento de ciertos objetivos como la racionalización de la estructura de cuerpos y escalas para adaptarlas a las propias necesidades de la institución pero de una manera eficaz; un diseño de sistemas de ascenso y promoción que incentiven la dedicación y los esfuerzos profesionales; definición de un modelo de enseñanza policial que responda a los requerimientos anteriormente planteados; y mejora en el régimen regulador de la carrera y el empleo del personal.

Cuestionable es entonces que el Tribunal Constitucional acoja el criterio de la Improcedencia de los procesos de Amparo interpuestos por Oficiales, a quienes se les ha vulnerado sus derechos, desconociendo la existencia de Informes Defensoriales propuestos al respecto, vasta jurisprudencia referida a la aplicación de facultades discrecionales y la propia doctrina administrativa que sanciona como arbitrarias aquellas decisiones sustentadas en un excesivo uso de poder.

Con el presente análisis demostraremos que la aplicación de la Causal de Renovación de Cuadros en la Policía Nacional del Perú, conforme se venía aplicando, si quiebra los derechos constitucionales de los miembros a los que le fue aplicada y, como las sentencias emanadas por el máximo tribunal son tristemente resultado de la inaplicación de los principios básicos del Derecho Administrativo.

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

En la sentencia que analizamos a continuación, el Tribunal Constitucional ha decretado que el Presidente de la República está facultado, por los artículos 167º y 168º de la Constitución Política; y 53º del Decreto Legislativo N° 745, para pasar "*discrecionalmente*" 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, como en el caso de la Renovación de Cuadros.

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.

Como refiriéramos líneas atrás, el Capítulo V del Decreto Legislativo 745 establece 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..."*. ; constituyendo ésta una facultad discrecional mas aún cuando no se establecieron los criterios objetivos que deberían primar en dicho proceso de calificación dejando al libre albedrío del comando institucional, la manipulación indiscriminada de la renovación.

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 –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.

Queda claro que la finalidad en el caso de la Renovación de Cuadros no es otra que la de renovar constantemente los cuadros de personal. No de reestructurar la institución policial, por lo que deducimos, en principio, que las invitaciones efectuadas al amparo de aquella "reestructuración" carecen de legitimidad. Sin perjuicio de ello, también se encuentra sujeto a revisión judicial basar la decisión administrativa de invitar a un oficial al retiro en un presupuesto consagrado en la ley, puesto que puede existir el uso de una potestad discrecional en la forma, pero una arbitrariedad en el fondo.

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 valuarse 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 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 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 ninguna Resolución de Pase al Retiro se encuentra debidamente motivada 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 hacer entender el Tribunal Constitucional. 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 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, ninguna de las resoluciones de invitación al retiro por renovación cuenta con motivación que respalde bajo qué criterio el oficial ha sido invitado. Dicha acción es, en consecuencia, mera arbitrariedad, puesto que no existe nexo entre el proceder y la finalidad.

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 convierte 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 un análisis real del procedimiento en el uso de la facultad discrecional y no cerrarse – como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en el caso de la Renovación de Cuadros – en que ésta encierra una potestad del Poder Ejecutivo.

La discrecionalidad no está 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.

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, 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 (16); 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. 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.

III. ¿QUE HA SUCEDIDO EN EL CASO DE CONTROL JUDICIAL DE LA RENOVACIÓN DE CUADROS?.

Como hemos querido advertir, si bien la Causal de Renovación de Cuadros se encuentra configurada como una potestad discrecional, esta no puede ser ajena a la ley y, en consecuencia, si es arbitraria, carece de razonabilidad, no se encuentra debidamente justificada y/o motivada; no es resultado de un debido proceso.

Lo razonable será el resultado de la aplicación de la decisión tomada, acomodada a una realidad objetiva o cuando se presenta de tal manera que su claridad y distinción nos constriñen a someternos a la evidencia.

Cuando aparece debidamente justificada, cuando se sustenta en razones, en las razones del Derecho. Cuando esté precedida de la argumentación que la fundamente de forma que se puede comprobar que la solución dada es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no del fruto de la arbitrariedad, esto es, de la mera voluntad o el simple capricho de su autor, cuando "responde a una determinada interpretación del Derecho.

El ejercicio de la libertad decisoria que la norma concede concierne pues, exclusivamente, a la elección de una solución justa, entre varias posibles, que permita a la autoridad administrativa concretamente apoderada, dar satisfacción al fin impuesto por la norma a partir de los hechos previamente constatados.

Esta elección del medio para conseguir el fin, exige ciertamente una valoración de los hechos por parte de la autoridad administrativa que, de no realizarla, podrá solicitarse vía judicial. No obstante, esa valoración tampoco será libre pues tendrá que sujetarse –en principio– a los fines relevantes para la toma de tal decisión, al respeto de los principios fundamentales del derecho y a los factores que deben valuarse para consumir la alternativa más justa.

Todos esos factores deben ser tomados en consideración por la Administración a la hora de decidir, sin excepción alguna. Ninguno de ellos puede ser lícitamente excluido del proceso de valoración.

En aplicación del Test de Racionalidad, el Tribunal Constitucional debió comprobar:

- a) Si la realidad de los hechos había sido respetada o falseada;
- b) Si se había tomado, o no, en consideración por la Administración algún factor jurídicamente relevante o se ha introducido por ella en el procedimiento de elaboración de la decisión algún otro factor que no lo sea;
- c) Si se había tenido en cuenta o se ha observado el mayor peso o mayor valor que, eventualmente, otorgue el ordenamiento jurídico a alguno de esos factores; y
- d) Si, en el caso de tener todos los factores de obligada consideración el mismo valor jurídico, se había razonado o no la concreta

opción a favor de uno de ellos o el razonamiento aportado adolece de errores lógicos o, en fin, resulta inconsistente con la realidad de los hechos.

Si el resultado de este primer Test era desfavorable para la Administración – como demostraremos que lo era - el Tribunal debía de anular la decisión sometida a su control y, en consecuencia, declarar fundados los recursos que se hubieran presentado.

Aquel Test de Racionalidad que debe ser acogido por el poder jurisdiccional peruano, lo aplicaremos a continuación al Acta que sirvió de sostén jurídico para la expedición de la *Resolución Suprema N.º 1399-2001-IN/PNP, del 14 de diciembre de 2001* por la que don Jaime Ricardo Béjar Deglane fuera invitado al Retiro por la Causal de Renovación de Cuadros.

Bajo un estricto análisis lógico demostraremos que aquel documento elaborado por el Consejo, conformado por los generales Enrique Adolfo Yépez Dávalos, Sadí Chávez Sánchez, Martín Solari de la Fuente, Jorge Carrión Zavala y el entonces director general Armando Santisteban De la Flor, *"inició la tan marketeada reforma policial"* con un fracaso. Recordemos que *Abusus non et usus, sed corruptela*.

Aquellos que más que tener estrellas parecían *"estrellados"*, aventajaron a la teoría de la velocidad de la luz y, rebasando a la propia naturaleza *"evaluaron"* más de 12,000 expedientes en un lapso aproximado de seis horas.

Consideremos lo siguiente:

El Consejo de Calificación tiene la obligación de evaluar los legajos de todos los oficiales superiores (mayor, comandante y coronel) para elaborar su propuesta de quienes deben ser pasados al retiro por causal de renovación de cuadros, y quiénes no.

Es así que cada expediente tiene no menos de cincuenta (50) páginas en el mejor de los casos. Algunos llegan a cien (100) como el de los oficiales coroneles.

En la Policía Nacional existía un promedio de 12,000 (doce mil) oficiales superiores que debieron ser evaluados. En otras palabras, debieron justipreciar 12,000 (doce mil) legajos.

Se desprende del acta presentada que, con fecha 11 de diciembre del 2001 se designa a los oficiales miembros del Consejo de Calificación, quienes inician su *"abnegada"* labor a las 14:00 horas del día 13 de

diciembre, concluyendo la misma en apenas 06 horas. Es decir, que evaluaron doce mil legajos en 21,600 segundos sin reposar.

Si la comisión debe evaluar 12,000 expedientes, quiere decir que dedicaron apenas 1.8 segundos al examen del expediente de cada oficial, que contiene entre 100 y 120 hojas (dependiendo del grado que ostenten).

Es físicamente imposible que en dicho plazo tasaran aquella cantidad de legajos, concluyéndose que de ninguna manera puede considerarse el establecimiento de dicho Consejo de Calificación como garantía objetiva de un eficaz y justo proceso calificativo. Claro está, menos aún el acta.

Sería equivocado manifestar lo contrario. Por tanto, debe valuarse conjuntamente la posibilidad de –si era posible o no– evaluar objetivamente. La respuesta lógica es negativa.

Igualmente, la cuestionada comisión elaboró diez supuestos que jamás fueron informados a ningún oficial:

- a. Solicitud de pase al retiro presentada por superiores.
- b. Personal de oficiales que pasara al retiro por tiempo de servicios antes del 31 de diciembre del 2002.
- c. Personal de oficiales superiores que pasara a la situación de retiro por límite de edad.
- d. Personal de oficiales superiores con nueve o más años de antigüedad en el grado.
- e. Personal de oficiales superiores que registran sentencia condenatoria o sometido a juicios por TID, corrupción de funcionarios, malversación de fondos o enriquecimiento ilícito.
- f. Personal de oficiales superiores cuyo pase al retiro haya sido solicitado por los CIOS o por la Dirección de Investigaciones de la PNP.
- g. Personal de oficiales superiores que tienen tres o más procesos pendientes.
- h. Personal que registra más de 150 horas de arresto simple o más de 10 horas de arresto rigor.

- i. Personal de coroneles con 53 años de edad o más, que no hubieran seguido cursos de perfeccionamiento.
- j. Consolidar una adecuada reestructuración para contar con una policía eficaz que permita mantener el nivel de comando.

Es de conocimiento público que más de un 50% de oficiales invitados no se encontraba dentro de ninguna de estas causales, y un similar número de oficiales que permanecieron en la institución sí contaba con ellas. Bajo esta aseveración, debió consignarse en cada resolución de pase al retiro la causal en la que cada oficial se encontraba incluido.

Como prueba de ello, en la lista del Escalafón de Oficiales de la PNP del año 2001 puede apreciarse, en diverso orden, el nombre de oficiales que contaban con mayor antigüedad que los invitados, y en muchos de los casos con deméritos profesionales y sin reconocimientos por parte del Estado. Bajo esta premisa ***¿a qué facultad discrecional se refiere el Tribunal Constitucional?***

Pedir a la Administración que base su elección en razones objetivas es un derecho. Analizar luego las razones por ella dadas para contrastarlas con las circunstancias del caso, de forma contradictoria y ante una instancia neutral e independiente capaz de rechazar finalmente las que se revelen inconsistentes, la referencia inevitable no es –nos parece– mucho pedir en un Estado de derecho, que es, ante todo, un Estado de razón, ni altera en absoluto el equilibrio constitucional.

La ruptura de la igualdad puede ser un caso de arbitrariedad, pero no el único, porque arbitrario es sinónimo de injusticia ostensible y no se comprende por qué ha de limitarse la injusticia a la desigualdad. El derecho de igualdad veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una lógica, de una justificación objetiva y razonable, como lo explica la sentencia española de 16 de noviembre de 1993.

Recordemos que una distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad es que la primera cuenta con el respaldo de una fundamentación que la sostiene; y la arbitrariedad es vista como el mero capricho o voluntad de la Administración. En el presente caso no existe ninguna justificación, puesto que a ningún oficial se le notificó en qué causal estipulada por la supuesta “junta evaluadora o calificadora” se le colocaba.

Lo anterior se demuestra, puesto que del análisis lógico del acta adjuntada por el Estado peruano puede advertirse, bajo el uso razonado de criterios lógicos, que carece de todo fundamento y legitimidad y que fue concebida única y exclusivamente para cumplir con un requisito

formal. Su motivación por tanto no es respetable y, en consecuencia, la decisión tomada por el Presidente sobre la base de ella carece de legitimidad. Más aún cuando la resolución que pasa a los oficiales a la situación de retiro por renovación carece de todo fundamento de hecho y de derecho.

La motivación no solo constituye una elemental cortesía sino 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. Por otro lado, lo que la prohibición de arbitrariedad condena es, justamente, la falta de un fundamento objetivo; la Constitución no admite que el poder público, en cualquiera de sus expresiones, se ejerza por la sola voluntad del agente o por su capricho simplemente. Exige que en cualquier decisión del poder público se hagan presentes los valores superiores del ordenamiento jurídico que formula.

Finalmente, de lo deducido como discrecionalidad, así como del análisis efectuado se desprende que la causal de renovación de cuadros fue aplicada con la finalidad de "reestructurar" la institución policial. Además, que ello se consignó como argumento en el último párrafo del acta en cuestión.

Sin embargo, no hemos resuelto el mayor cuestionamiento doctrinario aún. La manifestación en cuanto a la finalidad de la renovación de cuadros. En otras palabras, cuál era el fin del proceso de Renovación/2001.

El fin no fue otro que el de **reestructurar** la Policía Nacional del Perú conforme se desprende de la lectura del último párrafo del acta asignada con el N° 02-CC/2001. Pues bien, esta finalidad la convierte "*de pleno derecho*" en ilegal conforme a los argumentos que anteriormente ya hemos expuesto.

Recordemos que la Administración hace uso de sus facultades discrecionales con una finalidad específica, de donde rescatamos la diferenciación entre lo discrecional y lo arbitrario. En otras palabras, lo discrecional se basa en el fin concedido por la ley, mientras que lo arbitrario en el mero capricho del legislador.

Así, la finalidad legal de la renovación de cuadros fue coronada –en estricto juicio de toda legislación pertinente– para "renovar los cuadros de la Policía, NO para reestructurarlos".

Renovar significa refrescar su estructura con oficiales mejor capacitados, útiles a los fines que la institución policial persigue. Estructurar –que significa ordenar, organizar– no constituye la finalidad por la que esta

facultad fue conferida, por tanto, ex proprio jure, su aplicación bajo esta singular interpretación errada la transforma en ilegítima.

En consecuencia, como la legitimidad viene de la ley, si no hay ley a la que referirla, tampoco hay legitimidad.

Es así. El artículo 53º del Decreto Legislativo Nº 745 –Ley de Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú– estipula de manera clara que el fin de la causal de renovación de cuadros es, justamente, la renovación constante de sus cuadros, mas no hace referencia alguna a la reestructuración de los mismos. Por ello, si el fin de la norma es uno, la Administración no puede variarla amparándose en la discrecionalidad que le ha sido otorgada, ya que se transformaría en arbitrariedad, susceptible de nulidad, como es el caso.

Evidentemente, resulta innegable que debe primar la mayor exigencia de aptitudes psicofísicas en la función policial –es decir, para el personal asignado a labores de prevención y represión del delito– debido a los especiales cometidos que se trazan.

En los casos de oficiales pasados al retiro por renovación de cuadros, la carrera profesional les resulta excesivamente corta, no cumpliéndose con uno de los objetivos de la ley –no explícitamente enunciando pero sí implícitamente deducible– como es el de incentivar una carrera policial sin irracionales barreras temporales o permanentes.

IV. DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LOS MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ.

Si bien los miembros de la Policía Nacional del Perú se rigen por sus propios estatutos y reglamentos, ello no significa que estén desprotegidos por la Constitución del Estado. Mas aún cuando su propia Ley Orgánica establece en el apartado 9) del artículo 36º: "*Son derechos del personal policial... 9. Los demás reconocidos por la Constitución y las leyes.*"

El Estado ha reconocido, una vez más, la protección que otorga la Carta Magna a los miembros de la Policía Nacional del Perú, al señalar en la Resolución Ministerial Nº 186-2002-IN/0102 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...*".

Lamentablemente, los encargados de la defensa del Estado han pretendido eludir la responsabilidad de las decisiones arbitrarias emanadas del gobierno bajo la incorrecta interpretación del artículo 168º

de la Constitución que alude: *"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 la Policía Nacional"*.

Todos esos fundamentos han sido tratados en las leyes que norman el ejercicio policial, mereciendo especial consideración el Capítulo IV del Decreto Legislativo 745 que trata sobre el desempeño de una función efectiva que se encomienda al personal según su grado y de acuerdo a los respectivos grados de organización. Es decir, es el nombramiento de personal efectuado para cada puesto específico y sus rotaciones según las necesidades del servicio.

Avalando nuestra posición, conviene recordar la sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de mayo del 2000 sobre el expediente 748-99-AA/TC, que prescribe: *"Si bien las leyes y reglamentos respectivos determinan, entre otros aspectos, la organización, funciones y disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional conforme lo establece el artículo 168 de la Constitución Política del Estado, no es menos cierto que dichas instituciones ni por supuesto, sus miembros, puedan quedar al margen de los derechos fundamentales reconocidos por la misma Carta Política"*.

Pues bien, la causal de Renovación de Cuadros es aplicada cada año al amparo de las facultades discrecionales otorgadas a favor del Estado. Sin embargo, debemos precisar una vez más que dichas facultades tienen su límite en la Constitución Política, en donde se encuentran plasmados los demás derechos.

Con respecto a la vulneración del debido proceso resultan relevantes exigencias tales como las de la ley previa en sentido formal, la notificación previa de la medida por parte de la administración, el derecho a ser oído aun en sede administrativa, a que toda resolución contenga fundamentos de hecho y derecho, y a que no se vulneren los derechos reconocidos ni los alcances que estos proponen.

En consecuencia, se vulnera el debido proceso en la renovación de cuadros al no encontrarse ninguna Resolución Suprema debidamente motivada. Igualmente, al no haber sido sujeto a ningún tipo de evaluación y/o procedimiento establecido por la ley. Es erróneo mencionar que por no tratarse de un proceso de evaluación dicha resolución no merecería estar motivada. Nos preguntamos entonces: ¿qué sentido tienen los criterios que se proponen en los consejos de calificación si no buscan evaluar a los oficiales?

Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional (Exp. N° 091-98-AA/TC) con fecha 08 de julio de 1999 sostuvo: *"Que, en consecuencia, este Tribunal*

estima que al no haberse respetado el derecho constitucional al debido proceso administrativo, y por el hecho de que el cuestionado cese por causal de excedencia fue el resultado de no haberse evaluado al demandante conforme a criterios objetivos, procede declarar fundada la demanda”.

La afectación al debido proceso en los casos de oficiales invitados al retiro en aplicación de la causal de renovación de cuadros se deriva de la falta de motivación, siendo de vital importancia, de tal modo, que los afectados puedan saber el por qué se les afectan y se les vulneran sus derechos fundamentales. Igualmente, cada una de las resoluciones debe contener tanto los fundamentos de hecho como los de derecho que permitan dilucidar criterios objetivos que hagan posible prever qué oficiales, y quiénes no, pueden ser invitados al retiro al amparo de dicha causal (Exp. N° 091-98-AA/TC).

Asimismo, el Tribunal Constitucional se había pronunciado sobre la inexistencia del procedimiento de renovación de cuadros estableciendo la necesidad de su normatividad bajo criterios objetivos que garanticen el respeto a los derechos fundamentales de los miembros de la Policía Nacional, asegurando su justificación real y legal, por lo que la denegatoria actual de todos los recursos presentados causa indignación (Expediente N° 258-93 AA/TC).

La Resolución de invitación de cada oficial debe contener la causal por la cual cada uno es invitado, y no simplemente de una manera enunciativa, puesto que ello no es garantía de un debido proceso ni que dicho acto se encuentre legal y "*justamente*" formalizado.

Un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que llevan a adoptar tal decisión. Motivar una decisión en ese sentido, no es expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente expresar las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

Al mismo tiempo, debe respetarse el conjunto de derechos mínimos que forman parte integrante del derecho al debido proceso, como condición sine qua non de validez de la decisión administrativa que se acoja; la facultad discrecional del Estado por tanto no significa el aval del actuar arbitrario que pudiera generarse.

Por lo demás, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución, el actuar del Estado debe ser conforme al principio de interdicción de la arbitrariedad vastamente tratado en páginas anteriores. Ello significa que las resoluciones emanadas del *jus imperium* del Estado deben estar

debidamente motivadas en función a sus intereses, respetando los procedimientos que por ley se instauran y los derechos fundamentales protegidos.

Como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada doctrina, con respecto al Expediente N° 091-98-AA/TC: "Que, en consecuencia, este Tribunal estima que al no haberse respetado el derecho constitucional al debido proceso administrativo, y por el hecho de que el cuestionado cese por causal de excedencia fue el resultado de no haberse evaluado al demandante conforme a criterios objetivos, procede declarar fundada la demanda".

Por todo lo expuesto, las decisiones que sean tomadas al amparo de las facultades discrecionales otorgadas a organismos del Estado deben ser acogidas de acuerdo con criterios razonables, justos, objetivos y debidamente motivados.

Un claro ejemplo es la sentencia de la Corte Suprema de Colombia con referencia al Expediente N° C-175/93 que declara inconstitucional la causal de renovación de cuadros en la Policía Nacional, manifestando que: *"La facultad que se atribuye al Inspector General de la Policía Nacional para determinar las 'razones del servicio', no puede considerarse omnímoda, pues aunque contiene cierto margen de discrecionalidad, este no es absoluto ni puede llegar a convertirse en arbitrariedad, porque como toda atribución discrecional requiere de un ejercicio proporcionado y racional que se ajuste a los fines que persigue y que en este caso se concretan en la eficacia de la Policía Nacional. La estabilidad en los empleos se predica de los funcionarios de carrera, mas no de los empleados de libre nombramiento y remoción, cuya permanencia en el servicio está supeditada a la discrecionalidad del nominador siempre y cuando el uso de ella no configure una desviación de poder"*.

La causal de Renovación de Cuadros, hasta el momento, ha constituido una vulneración al debido proceso administrativo, por lo que acarrearía la nulidad de todas las resoluciones emitidas bajo esta consideración.

No obstante, aquellos oficiales invitados al retiro en aplicación de esta causal pueden perseguir el reconocimiento de los derechos que les fueron vulnerados por el propio Estado a través de un recurso de amparo, en concordancia con el derecho a la tutela judicial efectiva, que en el caso que tratamos ha sido negado en instancia nacional – como todos los demás - por lo que, según las normas vigentes, la denuncia de la vulneración en ámbito internacional ante la CIDH procede.

En ese sentido, a través de la tutela judicial efectiva, el "renovado" puede ejercitar todos los medios legales concedidos con la finalidad de ser

reincorporado o –en su defecto– obtener una indemnización por el daño sufrido.

Lamentablemente, los obstáculos y limitaciones que pueden oponerse a dicha efectividad se presentan comúnmente en nuestro sistema nacional (como se demuestra con la expedición de esta sentencia). Estos, entre los que encontramos la lentitud en los procesos y el costo que generan, pueden llegar incluso a la imposibilidad material de gestionar las medidas de protección pertinentes, conllevando a la pérdida del derecho.

En cuanto al derecho al trabajo, el Preámbulo de la Constitución señala que: “El trabajo es deber y derecho de todos los hombres y representa la base y el bienestar nacional”.

De allí que también es necesario y relevante indicar que en la sentencia publicada del Tribunal Constitucional del 27 de octubre del 2000, en el Expediente Nº 1043-99-AA/TC, luego de revisar el caso de un oficial de la Policía Nacional, quien pese a tener una “hoja de servicios” brillante fuera pasado a la situación de retiro por renovación de cuadros, se concluyó que : “... Al truncarse su carrera como Oficial de la Policía Nacional del Perú de manera abrupta, lesionando su derecho al trabajo, se ha cometido arbitrariedad en el ejercicio de las funciones discrecionales reconocida a la administración...”.

Igualmente la ruptura de la igualdad puede ser un caso de arbitrariedad, pero nunca el único, porque arbitrario es sinónimo, tanto en el lenguaje vulgar como en el jurídico, de injusticia ostensible, y no se comprende por qué ha de limitarse la injusticia a la desigualdad.

El derecho de igualdad veda la utilización de elementos de diferenciación que quepan calificar de arbitrarios o carentes de una lógica, de una justificación objetiva y razonable.

Se viola este derecho al no existir un proceso de calificación justo atribuido a criterios objetivos y legales mas no a criterios subjetivos, los que no demuestran la capacidad intelectual y física de ningún oficial. Este derecho también se ampara en los artículos 1, 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

La Carta Fundamental y la legislación internacional, al declarar el principio de igualdad y proclamar que todos los seres humanos deben ser tratados igualmente, exige que no existan tratamientos diferenciados y que ellos se encuentren justificados de modo objetivo y razonable, más

aún cuando los responsables de realizarlos lo hacen en el ejercicio de funciones públicas.

Finalmente queremos referir al daño al Proyecto de Vida – expuesto brillantemente por el maestro Fernandez Sessarego en varios artículos - causado en los renovados injustamente puesto que a través de un acto administrativo discrecional se han quebrado las expectativas – no sólo laborales sino también personales – que legítimamente tenían y por las que había cosechado una carrera policial. Y aquella realización truncada significa el pleno desarrollo profesional por el que el demandante había asegurado la efectiva satisfacción a través del desarrollo de una carrera profesional intachable siempre y cuando no se prestaran, la arbitrariedad y la irracionalidad, como sucedió en el caso de autos.

En ese sentido, la protección al Proyecto de Vida ha sido creada 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 así 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.²

En ese sentido, consideramos particularmente que la vulneración al Proyecto de Vida constituye un acto permanente y continuado en virtud que, en la medida que ésta persecución del destino sea legítima y pueda ejercitarse conforme a derecho, será válidamente exigible.

Por otro lado, si el Proyecto de Vida es permanente – y su vulneración por deducción es constante – la interposición de una nueva demanda – a nuestro entender - es perfectamente válida en concordancia con el numeral 3) del artículo 44º de la Ley Procesal Constitucional. Mas aún, si cada año, el demandante ve truncado su proyecto de vida al no ser considerado como un elemento APTO para ascender al grado inmediato superior por encontrarse en la situación de retiro, injustificadamente acogida.

² 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.