

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

El pase a retiro por causal de Renovación de Cuadros en la Policía Nacional del Perú en perspectiva comparada: ¿Discrecionalidad administrativa o arbitrariedad?

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

AUTORA

Lesly Stephany Castro Cubas

ASESORA

Janeyri Elizabeth Boyer Carrera

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20126857

2020

RESUMEN

El presente trabajo de investigación consiste en el análisis de la causal del pase a retiro por la causal de Renovación de Cuadros en la Policía Nacional del Perú, el cual es abordada desde una perspectiva comparada con el país de Colombia. Para ello, el problema de investigación se basa en analizar si ante estos casos de pase a retiro nos encontramos frente a una discrecionalidad administrativa o, por lo contrario, ante una arbitrariedad.

La investigación se realiza en base a la metodología de estudio comparado con la experiencia colombiana, con la finalidad de determinar la tendencia de los efectos de la facultad discrecional otorgada a la Administración, a través de su normativa del pase a retiro de los efectivos policiales y los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional. Asimismo, el presente trabajo contiene lo siguiente: i) marco teórico conformado por la definición de los conceptos como discrecionalidad, motivación, arbitrariedad y el posterior control judicial, ii) presentación de los problemas, y, iv) desarrollo de la hipótesis en tanto consideramos que estamos ante una arbitrariedad en los casos de pase a retiro por la denomina Renovación de cuadros (Perú) y el retiro por voluntad del gobierno o del Director General de la Policía Nacional (Colombia). Además, presentamos dos casos peruanos y dos casos colombianos con los que podemos apreciar la arbitrariedad, desde pronunciamientos por parte del órgano constitucional respectivo.

Lo mencionado anteriormente es importante para la formulación de las conclusiones y posibles recomendaciones, las cuales ayudarán a tener una visión de la aplicación del pase a retiro por la denomina Renovación de cuadros en Perú y del pase a retiro por voluntad del gobierno o del Director General de la Policía Nacional de Colombia.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. MARCO TEÓRICO	2
1.1. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA.....	2
1.1.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	5
1.1.2. DEBER DE MOTIVACIÓN.	6
1.2. LA ARBITRARIEDAD	8
1.2.1. EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN A LA ARBITRARIEDAD.	9
1.3. EL CONTROL JUDICIAL.	10
1.3.1. “CASO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE REINCORPORACIÓN, OTORGAMIENTO DE BENEFICIOS Y ASCENSOS A LOS MIEMBROS DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ” - EXPEDIENTE N° 00002-2018-PCC/TC.....	12
2. PROBLEMAS EN EL PASE A RETIRO EN LA POLICÍA NACIONAL.....	14
2.1. EL USO DE LAS FACULTADES DISCRECIONALES SIN QUE SE ENCUENTRE POR MEDIO UNA JUSTIFICACIÓN.	
2.2. ACTOS ADMINISTRATIVOS CONSIDERADOS COMO ARBITRARIOS AL NO SEGUIR LOS CRITERIOS YA ESTABLECIDOS POR LOS ORGANISMOS CONSTITUCIONALES.	
2.3. VULNERACIÓN DE DERECHOS U INTERESES EN LA VÍA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN LOS CASOS DE PASE A RETIRO.	
3. LA ARBITRARIEDAD EN EL PASE A RETIRO POR RENOVACIÓN DE CUADROS (PERÚ) Y RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL (COLOMBIA).....	15
3.1. PASE A RETIRO POR LA CAUSAL DE RENOVACIÓN DE CUADROS EN EL PERÚ. 16	
3.2. PASE A RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA.	17
3.3. ¿DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA O ARBITRARIEDAD?	19
CONCLUSIONES	29
RECOMENDACIONES	31
REFERENCIA NORMATIVA.....	33
BIBLIOGRAFÍA	34

INTRODUCCIÓN

Las decisiones emitidas por parte de la Administración Pública, en el ejercicio de su facultad discrecional, han sido proclives a carecer de motivación, conllevando a que los derechos fundamentales e intereses de los administrados se vean vulnerados.

De esta forma, en el caso de la Policía Nacional, la facultad discrecional aparece como un elemento valioso que ha intentado dar cumplimiento a lo establecido en la Constitución Política y sus fines esenciales, la cual ha permitido otorgar un marco normativo que ampara el ejercicio profesional, y entre ello, un aspecto relevante, es el poder pasar a un efectivo policial de la situación de actividad a la de retiro. Siendo así que dicho pase a retiro tendría como fundamento el separar del servicio activo al efectivo policial fundamentado en la facultad discrecional por parte de la Administración, el cual ha producido diversos pronunciamientos de parte del Tribunal Constitucional.

Al ser el pase a retiro una facultad discrecional otorgada a la Administración, los aspectos anteriormente mencionados nos llevarán a plantearnos la siguiente interrogante de investigación: *El pase a retiro por causal de Renovación de Cuadros en la Policía Nacional es una ¿Discrecionalidad administrativa o arbitrariedad?*, la cual procuraremos otorgar una respuesta a la interrogante planteada.

Para ello, como metodología, en la presente investigación, realizaremos un estudio comparado con la experiencia colombiana¹, con la finalidad de determinar la tendencia de los efectos de la facultad discrecional otorgada a la Administración, a través de su normativa del pase a retiro de los efectivos policiales y los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional.

Así, nuestro marco teórico está conformado por la definición de los conceptos como discrecionalidad y arbitrariedad, además de considerar el posterior control judicial. De esta forma, lo mencionado, en referencia al pase a retiro por la denomina Renovación de cuadros (Perú) y el retiro por voluntad del gobierno o del Director General de la Policía Nacional (Colombia), son considerados como un instrumento con el que contaría la Policía Nacional para garantizar la renovación de su personal en actividad conforme a las jerarquías de la Institución. Por ello, realizaremos un análisis de la reciente sentencia,

¹ La importancia del estudio comparado con Colombia radica en las similitudes en cuanto a la regulación normativa policial y su fundamentación por parte de la alta Corte Constitucional.

recaída en el Expediente N° 0002-2018-PCC/TC, emitida por el Tribunal Constitucional con relación al “caso de las Resoluciones Judiciales en materia de reincorporación, otorgamiento de beneficios y ascensos a los miembros de la Policía Nacional del Perú” y sus implicancias en el presente trabajo de investigación.

Teniendo como objetivos principales, lo mencionado anteriormente, y con la finalidad de realizar un análisis metódico, consideramos oportuno aclarar una serie de conceptos relevantes para entender presente tema de investigación.

1. MARCO TEÓRICO

1.1. LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA

En el ordenamiento estatal conforme al principio de legalidad se admite la existencia de actos reglados como de actos no reglados o discrecionales. En ese sentido, con relación a los actos no reglados o discrecionales se trata de cierta libertad que se les puede otorgar a los entes administrativos para que tomen sus decisiones conforme a lo que la ley les otorga; es decir, no se determina lo que se debe hacer o cómo es que deben hacerlo.

De este modo, existen dos visiones de potestad discrecional. Por un lado, conforme al derecho administrativo clásico, se sustenta en la separación de poderes por lo que los actos discrecionales por parte de la Administración no podrían ser susceptibles de control judicial, ya que ello implicaría intromisión en un poder que no correspondería; además, no se exige la motivación por lo que la arbitrariedad quedaría fuera de algún tipo de control. Por otro lado, conforme a la visión del Estado Constitucional, contemplan que el control judicial de los actos discrecionales tendría variación conforme a la protección de los derechos de los administrados, por lo que es necesario el control a la arbitrariedad; además de ser exigible a la Administración la justificación de la elección de sus decisiones (RIÑO 2015: 31-32).

En el caso de Perú y Colombia, en base a la doctrina y jurisprudencia, podemos considerar que se encuentran bajo la visión del Estado Constitucional, por lo que se admite el control judicial en los actos discrecionales con la exigencia de justificación de las decisiones adoptadas por parte de la Administración Pública. Ello en tanto que existe la primacía constitucional y el sometimiento de los poderes públicos conforme a la ley.

Al respecto, el autor peruano Marcial Rubio, señala que el ordenamiento admite la existencia de actos reglados como no reglados o discrecionales. Así, con relación a los actos no reglados o discrecionales,

“[...] los entes administrativos gozan de libertad limitada para decidir sobre un asunto concreto dado que la ley en sentido lato, no determina lo que deben hacer o, en su defensa, cómo deben hacerlo. En puridad, se trata de una herramienta jurídica destinada a que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento².” (RUBIO CORREA 2006: 144).

De esta forma, lo que diferenciaría a la discrecionalidad de la libertad, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, es que, en el caso de la primera, esta posee grados que se encuentran definidos en el Fundamento 9 del referido expediente, los cuales serían mayor, intermedia y menor.

“En el caso del *grado mayor*, el margen de arbitrariedad no se encuentra restringido, por lo que el ente administrativo, el cual no contempla reglas, se encuentra dotada de la “libertad de optar plenamente”. De esta forma, dicha discrecionalidad estaría sujeta a un control político y control residual jurisdiccional, con la finalidad de que se corrobore su existencia institucional, extensión espacial y material, el tiempo de ejercicio permitido, cumplimiento de formalidades procesales y forma de manifestación jurídica. En cuanto a la *discrecionalidad intermedia*, “es aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión”. Por último, la *discrecionalidad menor*, siendo aquella en la cual “el margen de arbitrio se encuentra constreñido a la elección de variables predeterminadas por la ley.” (RUBIO CORREA 2006: 146)

Conforme a lo señalado, se ha considerado que conforme a los mandatos Constitucionales o de ley, la discrecionalidad se encuentra sujeta a ciertos grados de arbitrio como los que pueden ser mayor, intermedio o menor. De esta forma, consideramos que se desprende de lo antes señalado por el TC que este adopta el grado de “*discrecionalidad intermedia*”, el cual se encuentra presente al señalar lo siguiente:

“[...] la discrecionalidad opera cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público [...] Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometida solo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso”.

Al igual que Perú, en el Derecho Administrativo de Colombia, se realiza una distinción entre las potestades regladas y las potestades discrecionales. En el caso de la primera, esta

² No se podrá entender la discrecionalidad sin el principio de legalidad, ya que “[...] cuando así se hace se convierte en un medio favorecedor de la corrupción y la injusticia, pues es en la potestad discrecional donde la ley se expresa como un límite relacionado con el fin, la competencia y el procedimiento”. (Rubio Correa, 2006, p. 144)

se encuentra presente cuando una autoridad se encuentra sometida a la ley; en el caso de la segunda, tiene su fundamento en el principio de legalidad, la cual consiste en que toda actividad por parte de la Administración deberá regirse conforme a la ley, y no por la voluntad o capricho de la persona que emite el acto administrativo.

Asimismo, para el Consejo de Estado de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Colombia, en la sentencia de 20 de marzo de 2013, Expediente N° 0357-12, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, en tanto discrecionalidad en el retiro del servicio, refiere lo siguiente,

“[...] cabe señalar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como el retiro del servicio por el llamado a calificar los servicios en la Policía Nacional es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir equivale a la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad” (CONSEJO DE ESTADO 2013).

Además, ha establecido la existencia de tres (3) tipos de discrecionalidad: discrecionalidad típica, discrecionalidad atípica y la discrecionalidad restringida. De esta forma, Hernández y Poveda señalan lo siguiente:

“Existen tres tipos de discrecionalidad, la primera se puede denominar discrecionalidad típica, consiste en la libertad de escoger una solución justa sin limitaciones jurídicas, la segunda se denomina discrecionalidad atípica, esta permite solamente una decisión justa entre varias, pero restrictiva a un concepto jurídico y por último encontramos la discrecionalidad restringida, que trata de la limitación de la facultad de elegir alguna solución prevista por la ley.

En la actualidad se han aparecido otras clases o tipos, como la discrecionalidad tácita, que se encarga de las decisiones de las tasas de interés en el banco central, discrecionalidad de dispensa que trata de permisos para realizar una actividad prohibida, y por último discrecionalidad “management”, esta es netamente del Derecho Público en referencia a las empresas comerciales o industriales del estado.” (HERNÁNDEZ Y POVEDA 2016: 19)

Por lo tanto, para definir el concepto de discrecionalidad es preciso citar a Víctor Baca, quien lo define como aquel “margen de libertad que se deriva para la administración pública cuando su actuación no está completamente predeterminada por una ley ni puede ser totalmente revisada por un tribunal” (BACA 2012: 184). Además, la facultad discrecional de la que goza la Administración no exonera a la autoridad de hacer uso de

los conceptos jurídicos indeterminados³, los cuales se encontrarían caracterizados por su indeterminación como el caso del interés público (representación de la realidad), debido a que el derecho le concede un margen de apreciación para determinar la extensión y contenido del concepto aplicable a situaciones en particular.

En la misma línea, el autor Colombiano Santofimio Gamboa señala que la atribución de discrecionalidad a la Administración será posible en tanto exista un previo mandato legal de rango superior que pueda habilitar a la Administración; es decir deberá existir el sometimiento al principio de legalidad (SANTOFIMIO 1996: 40). Además, “[...] en caso de actos discrecionales, la fundamentación debe extenderse a motivar suficientemente las decisiones administrativas que opten entre varias alternativas posibles, [...]” (MORÓN 2008: 146).

1.1.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

El principio de legalidad es considerado como sujeción a la ley, lo cual implica la vinculación “de la administración a las regulaciones previstas por el legislativo y de la misma forma, la somete al control por parte de la jurisdicción” (MAURER 2011: 149). Lo mencionado implica una dualidad en el desarrollo de ese principio, al garantizar el sometimiento al ordenamiento Jurídico y a la revisión de su legalidad por parte de la autoridad judicial (Contencioso Administrativo).

En Perú, el principio de legalidad es uno de los principios más importantes porque implica que las autoridades deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el Derecho. Ello conforme a las facultades que se les son atribuidas y conforme a los fines para los que fueron otorgadas dichas facultades⁴. De este modo, al emitir actos administrativos que generan efectos, la Administración Pública, su actuar y sujetarse a lo que establece la normativa.

Así, en el caso de Colombia, su Constitución ha establecido que las autoridades administrativas se encuentran sometidas a las actuaciones en sentido genérico; es decir, que estas se encuentran sometidas a la Constitución, a la ley y al reglamento. Además, el

³ El concepto jurídico indeterminado “[...] se configura como un supuesto de hecho que solamente admite una solución justa en la aplicación del Derecho” (TOLA RÚA 2004: 27). En ese sentido, se debe considerar los criterios que debe cumplir para tomar una decisión, por lo que solo se llegará a una correcta solución, dentro de varias posibilidades, luego de interpretarse cada caso.

⁴Artículo IV, inciso 1, literal 1.1 del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

principio de legalidad no solo se aplica en las actuaciones administrativas, sino también a las instancias jurisdiccionales, ya que las decisiones de los jueces se encuentran sometidos a la ley (GÜECHÁ 2017: 30).

En la misma línea, para el autor colombiano Santofimio Gamboa el principio de legalidad se encuentra sometido a un doble proceso. Por un lado, al acatamiento normativo y de los principios que conformarían el engranaje estatal; por otro lado, la sumisión a las normas y reglas que se han elaborado en ejercicio de sus competencias. (SANTOFIMIO 1996: 40-41)

Ante ello, el principio de legalidad es aquella teoría que domina a los actos administrativos, lo cual significa que se encuentra sometida al derecho.

“La ley, encarnación de la voluntad general, se impone a la Administración como ella se impone a los individuos: “nadie puede ignorar la ley”. La sumisión de la Administración al derecho es una garantía de los ciudadanos contra la arbitrariedad, la incoherencia o la ineficacia de la acción administrativa”. (MORAND 2010: 72)

De esta forma, el mencionado principio es considerado una garantía y produce estabilidad estatal, en la función administrativa, conforme el cual las actuaciones del Estado deberán estar sometidas a la ley y al Derecho, como uno de los pilares fundamentales del Estado Constitucional de Derecho.

1.1.2. DEBER DE MOTIVACIÓN.

La motivación es la manifestación de la objetividad a la que está condicionada la Administración, ya que toda manifestación de actuación por parte de la Administración deberá expresar el sentido racional al interés general⁵. (RODRÍGUEZ- ARANA 2011: 216)

En la misma línea, Juan Carlos Morón establece que la motivación es un mecanismo que permite limitar la arbitrariedad y apreciar la legitimidad, en la actuación pública, ya que esta obliga al funcionario a reflexionar, razonar, a patentizar el objetivo perseguido y justificar el acto. De esta forma, “[...]brinda mayores posibilidades para evaluar si ejerce su competencia, circunscribiéndose solo a dictados de interés público, exponiendo un elemento

⁵ “El interés general es la regla de conducta obligatoria para todo agente del Estado y bajo ese rumbo ha de juzgarse esa clase de actos. Sólo entonces si aparece plenamente probado en un caso concreto, de modo indubitable, que el móvil fue tomado por venganza, por favoritismo, por consideraciones meramente privadas o subjetivas, se estará en presencia de un tipo clásico de desviación de poder”. (Consejo de Estado de Colombia, Exp. 2521. CP. Álvaro Lecompte Luna)

valioso para una ulterior interpretación, calificación y control de su actuación, en términos de objetividad y finalidad públicas”. (MORÓN 2008: 144 - 145)

En opinión de Hernández y Poveda, la motivación es de propiedad del acto administrativo (finalidad de la administración), ya que, si este acto no es motivado, se presume que se está ocultando el por qué se está retirando a miembros de la institución policial. Ante ello, debería existir los principios constitucionales como la eficacia, transparencia y efectividad. (HERNÁNDEZ Y POVEDA 2016: 17)

En el caso de Perú, el Tribunal Constitucional, según el Expediente N° 04123-2011-PA/TC, señala que la motivación de la actuación administrativa

“[...] es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.

[...] Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa”.

De este modo, el derecho a la motivación de las resoluciones administrativas sería fundamental, ya que supondría la garantía de todo administrado a que las sentencias se encuentren motivadas, como existencia de un razonamiento jurídico entre los hechos y las normas que se aplican.

Desde la perspectiva colombiana, la motivación ha sido entendida como una justificación de las decisiones, el cual constituye una garantía de justicia de una decisión adoptada.

“Se introduce un matiz muy fuerte a la palabra justificación, entendida no sólo como las razones simples de la decisión sino como las razones mismas que encarnan la justicia. Estas exigencias superiores que se esperan de la garantía de justificación se hacen, probablemente, por que dar motivos tiene un sentido menos fuerte que justificar. En la expresión justificar están implícitas las razones de justicia que llevaron a tomar una decisión y no sólo las razones legales o de consecuencias de la decisión, que desde otra perspectiva serian como la explicación simple de la decisión.” (VILLAMIL 2004: 32-33)

Siendo así que, la motivación es necesaria para el debido conocimiento por parte de los interesados y de la misma forma, para la posible defensa de sus derechos. Solo expresando las razones que justifiquen la decisión adoptada, el interesado podrá alegar cuando considere oportuno su defensa. Además, la motivación garantiza que se está actuando de

forma racional y no arbitrariamente, lo cual facilita que se conozca los criterios fundamentados adoptados.

1.2. LA ARBITRARIEDAD

Si nos remitimos al diccionario de la Real Academia Española, la palabra “arbitrariedad” es definida como aquel “acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho.”

De este modo, en el caso de Perú, un acto administrativo ejercido bajo la potestad discrecional resultaría arbitrario cuando este está expresando una voluntad personal de quien emitió el acto, el cual no estaría motivado o expresando las razones por las cuales le condujeron a adoptar tal decisión.

Ante ello, el Tribunal Constitucional, conforme a lo señalado el Expediente N° 00090-2004-AA/TC⁶, en su fundamento 34, señala lo siguiente:

“[...] un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004), EXPEDIENTE N° 00090-2004-AA/TC)

• ⁶ STC N° 090-2004-AA/TC.

En la presente Sentencia, se interpone una acción de amparo por Juan Carlos Callegari Herazo, contra el Ministerio de Defensa, en el cual solicita que se declare inaplicables la Resolución Suprema N.º 073-DE/SG y la Resolución Ministerial N.º 658-DE/FAP-CP porque la última lo pasa a la situación de Retiro por la causal de Renovación, mientras que la primera desestima el recurso de apelación interpuesto contra aquella resolución. Sustenta su pretensión en la presunta afectación del derecho al debido proceso administrativo y al principio de legalidad, además de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

De esta forma, el Tribunal Constitucional afirma que existe cierta libertad e indeterminación normativa como elementos discrecionales que se ha otorgado a la Administración, haciendo alusión a los grados de discrecionalidad (mayor, intermedio y menos), además de mencionar los cuatro ámbitos en los cuales puede ejercerse la discrecionalidad (discrecionalidad normativa, la planificadora, la política y la discrecionalidad técnica. Por otro lado, existe otro sector de la doctrina que considera que el juez puede sustituir a la Administración en caso de ser necesario para proteger los derechos e intereses de las personas que puedan resultar lesionadas, así, no Oslo se deberá evaluar la legalidad de la actuación, sino también la razonabilidad. (CASSAGNE 2009: 188)

Ante ello, la discrecionalidad existe para que la Administración aprecie lo que le puede convenir o perjudicar, conforme a los hechos de cada caso. Por lo tanto, considera el Tribunal Constitucional que toda potestad discrecional debería ir acompañada de una motivación, la cual permita demostrar el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general al que se dirige. De esta el interés público deberá constituirse teniendo como base la motivación de las decisiones alejando así la arbitrariedad.

Así, en el presente caso, pese a que se le declara improcedente el recurso de amparo, el mencionado caso es importante porque se aplicó por primera vez el “*outruling*”⁶ prospectivo, en el cual se han establecido lineamientos que permitan la futura modificación del precedente que se venía aplicando a todos los casos de retiro por renovación de cuadros del personal militar y policial. Siendo de esta forma, el proceso judicial la vía idónea en la que el personal policial pueda ser reincorporado.

Además, hace mención que, en el caso del concepto arbitrario, se pueden aparejar 3 acepciones proscritas por el derecho, las cuales son las siguientes:

“a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”.

De esta forma, se entenderá que es el reverso del derecho y la justicia, “lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”.

En el caso de Colombia, conforme al pronunciamiento emitido por la Corte Constitucional, Sentencia SU - 250 del 26 de mayo de 1998, se hace referencia a que la arbitrariedad es lo contrario a la motivación, por ser la no exposición de la causa de la decisión, o una exposición irracional, ilógica, de forma que la resolución emitida será dictada en base a la voluntad o capricho del administrador, el cual es contemplado como puro voluntarismo (netamente subjetivo).

En este sentido, el Tribunal a través de la Sentencia T-265 de 2013 señaló lo siguiente:

“[...] Cuando un funcionario público con facultad para hacerlo expide un acto administrativo sin motivación, puede estar poniendo en riesgo los derechos fundamentales del afectado directo con el mismo, pero además podría generar las condiciones propicias para que el Estado sea demandado, ocasionándole serias erogaciones al tesoro público a causa de las indemnizaciones y reintegros, lo que en últimas se convierte en una mayor carga impositiva para cada uno de los ciudadanos”. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2013), SENTENCIA T – 265)

De ahí que se deberá entender a la arbitrariedad como una voluntad que es de elección propia, ya que esta no se encontraría en la ley, sino es simplemente potestad de quien emitió la decisión. No puede hacer referencia de una arbitrariedad si es que se encuentra regulado porque esta figura se encontraría en contra de la ley misma. De esta forma, “la arbitrariedad se trata de la conducta del Estado (en sentido lato) contraria a la esencia de la ley, ya sea por desviación o por exceso de poder” (ROMERO S/F: 74)

1.2.1. EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN A LA ARBITRARIEDAD

En el Perú, no se encuentra expresamente con un reconocimiento por parte de la Constitución Política; sin embargo, el Tribunal Constitucional hace alusión al mencionado principio al señalar que el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta tiene un doble significado. Por un lado, en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad como el reverso de la justicia y el derecho; por

otro lado, en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad como carente de fundamentación objetiva, incongruente y contradictoria con la realidad que ha de servir de base a toda decisión (aquello ajeno a toda razón de explicarlo)⁷.

Ello debido a que existe el reconocimiento al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la cual exige que el fondo de las decisiones también sea controlable por los jueces, ya que ningún acto administrativo otorgado bajo la potestad discrecional puede ser arbitrario. De esta forma, nos encontraríamos ante la aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, al cual hace mención el Tribunal Constitucional, pese a que este carece de un reconocimiento constitucional expreso.

En Colombia, la prohibición a la arbitrariedad encuentra sustento en normas de carácter constitucional, conforme a la Constitución Política de Colombia de 1991 y el Código Contencioso Administrativo de 1984. De este modo, el principio de interdicción de la arbitrariedad se encuentra ampliamente consignado en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1966.

De esta forma, el mencionado principio de prohibición de la arbitrariedad es aquel que exige la motivación de las actuaciones por parte de las autoridades, incluyendo a aquellos que se realizan conforme a una potestad discrecional. Por lo tanto, la Administración deberá proporcionar las razones por las que ha tomado determinada decisión entre una o más posibles decisiones a adoptar. (CASSAGNE, 2009: 151)

1.3. EL CONTROL JUDICIAL.

El control judicial de la discrecionalidad ha evolucionado ampliamente, especialmente en el centro del Consejo de Estado Francés, el cual desde inicios del siglo XX aceptó la posibilidad de control judicial a los actos discrecionales de la administración. (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNÁNDEZ 2008: 446)

El control judicial en el caso de la discrecionalidad se fundamenta en que el límite de esta es la arbitrariedad, es decir, los actos discrecionales no pueden ser arbitrarios. De este modo, el control involucrará el análisis de la razonabilidad y racionalidad de la decisión, y es en este aspecto cuando la motivación de la decisión tiene importancia.

⁷ *Ídem.*

De esta forma, existe debate en relación a si el juez tiene la capacidad de controlar dichos aspectos de una decisión administrativa. Por un lado, un sector de la doctrina considera que el control emitido por los jueces debe basarse meramente en el control jurídico de acto, y no interferir en valoraciones técnicas, políticas o de oportunidad, ya que “más allá de ese límite lo que se presenta como un control jurídico esconde una valoración subjetiva del acierto o error (no jurídico) de la decisión.” (SÁNCHEZ MORÓN 1995: 135)

En Perú, el proceso contencioso administrativo tiene una base constitucional en el artículo 148° de la Constitución del Estado. Del mismo modo, conforme al Artículo 226 de la TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General establece que una vez agotada la vía administrativa para su impugnación serán susceptibles de revisión en sede judicial, a través del Proceso Contencioso-Administrativo.

En Colombia, el control jurisdiccional a la actividad administrativa está reglado en el Código Contencioso Administrativo, en los artículos 82° al 88°. De esta forma, el artículo 82 de la mencionada norma establece que “La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados [...]”.

Así, considerando el estado actual tanto de Perú como de Colombia, consideramos que el control judicial de la potestad discrecional se encuentra limitada al simple examen de legalidad del acto, como límites a la actividad discrecional de las actuaciones de parte de la administración.

Además, ante los casos de pase a retiro por la causal de Renovación de Cuadros, los efectivos policiales han acudido a la vía judicial, a través del proceso constitucional de amparo, o, ante el proceso contencioso administrativo laboral, con la finalidad de que estos puedan obtener su reincorporación a la institución ante decisiones consideradas como arbitrarias por parte de la Administración. Ante lo mencionado, a continuación, se presentará el pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, en el cual se demanda la competencia del Poder Judicial en la materia de reincorporaciones, otorgamiento de beneficios y ascensos a los efectivos policiales.

1.3.1. “Caso de las Resoluciones Judiciales en materia de reincorporación, otorgamiento de beneficios y ascensos a los miembros de la Policía Nacional del Perú” - Expediente N° 00002-2018-PCC/TC.

Resumen: El 11 de abril de 2018, la Procuradora Pública del Sector Interior decide interponer una demanda competencial contra el Poder Judicial al considerar que sería atribución del Poder Ejecutivo el modificar los cuadros del personal de la Policía Nacional, siendo esta no atribución del Poder Judicial al ordenar las reincorporaciones a través de medidas cautelares o sentencia que declaran la nulidad de los actos administrativos. Es decir, la mencionada sentencia emitida por el Tribunal Constitucional abordaría casos en los que Resoluciones Judiciales correspondientes a reincorporaciones, otorgarían beneficios y ascensos a los efectivos de la Policía Nacional del Perú cuando esta es completamente atribución del Poder Ejecutivo.

Ante ello, se estableció que es atribución del Poder Ejecutivo el otorgamiento de ascensos y que, por lo tanto, un juez ordinario o constitucional no puede otorgarlos. De este modo, el Colegiado estableció que ante los cuestionamientos de las resoluciones de pase a retiro por la causal de Renovación de Cuadros de los efectivos policiales deberán ser tramitados en un proceso contencioso- administrativo. Asimismo, existirán casos excepcionales que pueden admitir a trámite un proceso de amparo, el cual deberá ser debidamente motivados y, en estos casos, los jueces deberán resolver las pretensiones accesorias conforme a la solicitud de reincorporación a la situación de actividad.

Adicional a lo mencionado, la sentencia dispuso que a través del Ministerio del Interior, el Poder Ejecutivo, conforme a los incisos 3 y 4 del artículo 213 del TUO vigente de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y modificatorias, se podrá iniciar la nulidad de oficio de los actos administrativos que hayan sido emitidos por el Poder Ejecutivo, o conforme sea el caso, demandar la nulidad, a través del proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial, aquellos casos que contengan vicios competenciales conforme se encuentra detallada en la mencionada sentencia.

Importancia: La importancia de mencionar la sentencia recaída en el Expediente N° 00002-2018-PCC/TC radica en que el Tribunal Constitucional ha reiterado la aplicación de lo establecido en la Sentencia 0090-2004-AA/TC, la cual ha sido expuesta a lo largo de nuestra presente investigación, en tanto se cuestione un acto administrativo por el

fondo del mismo. Lo mencionado se encuentra establecido conforme al fundamento 163 al señalar lo siguiente: “Cuando la causa antes mencionada amerite un pronunciamiento sobre el fondo, únicamente podrá estimarse la demanda sobre la base de la aplicación de las reglas establecidas en la Sentencia 0090-2004-AA/TC”. (Tribunal Constitucional (2020), Expediente N° 00002-2018-PCC/TC).

Asimismo, seguidamente señala que en los casos en los que se estime una demanda con pretensión principal de reincorporación a la situación de actividad, como consecuencia de un acto administrativo que resuelva el pase a retiro por la causal de Renovación de Cuadros de forma ilegítima o arbitraria, los jueces solo podrán reconocer los derechos y beneficios que corresponderían al grado que tenía en el momento de la configuración del vicio, de la misma forma reconocer el tiempo de retiro como servicios efectivos y reales pensionarios en caso el juez considere que le corresponde, conforme a lo configurado en el artículo 102 del Reglamento del Decreto Legislativo 1149.

De este modo, lo que se ha buscado es que en los casos en los que se estime una demanda de reincorporación a la situación de actividad en la Policía Nacional se deberá aplicar lo establecido en la Sentencia N° 0090-2004-AA/TC. Sin embargo, en los casos de las pretensiones accesorias que solicitan el reconocimiento del tiempo que ha transcurrido en situación de retiro como tiempo de servicios reales y efectivos para el grado inmediato superior, la reposición en el cargo ocupado antes del pase a la situación de retiro, el reconocimiento de estudios realizados en el periodo de retiro, y demás, deberán ser compatibles con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1149, su reglamento y las demás disposiciones normativas complementarias. A diferencia de ello, en los casos del otorgamiento de puntajes, la declaración de aptitud en procesos de ascensos, entre otras de la misma naturaleza, deberían ser declarados improcedentes, por la vía ordinaria como por la vía constitucional, especialmente en los procesos de amparo, ya que será el Poder Ejecutivo el encargado de ejercer dichas atribuciones de forma legítima.

De la misma forma, los casos de pedido de ascenso por vía judicial, inclusive si tuviese pretensión accesoria al pedido de reincorporación a la situación de actividad, deberá estimarse como improcedente. Lo mencionado ha sido señalado por el Tribunal Constitucional en tanto los puestos de ascensos en la Policía Nacional del Perú se encuentran regulados de conformidad con el artículo 171 de la Constitución Política del Perú y demás normas del bloque constitucional.

2. PROBLEMAS EN EL PASE A RETIRO EN LA POLICÍA NACIONAL

La Policía Nacional es considerada como parte de la Administración, el cual tiene como finalidad el garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República, así como mantener y restablecer el orden interno, entre otras funciones que la Constitución y la ley le consignan.

Asimismo, garantiza el cumplimiento óptimo de los fines institucionales en beneficio de cada uno de los ciudadanos, mediante la renovación constante, la cual deberá ser realizada de forma razonada, motivada y objetiva, excluyendo cualquier posibilidad de arbitrariedad.

El procedimiento administrativo de la invitación del pase a retiro del personal de la Policía Nacional, por la causal de renovación de cuadros, tiene como fundamento el que se pueda contar con efectivos policiales más idóneos y que se encuentren calificados profesional y éticamente.

De ese modo, el Tribunal Constitucional ha emitido un precedente vinculante recaído en el Expediente N° 090-2004-AA/TC, entendiéndose que la Policía Nacional deberá emitir sus decisiones conforme a la finalidad constitucional y el cumplimiento óptimo de sus funciones, cumpliéndose con mejorar la seguridad y el orden público, y excluyendo toda arbitrariedad.

En ese sentido, a continuación, mencionaremos los siguientes problemas que hemos podido encontrar tanto en los casos de Perú como Colombia, los cuales han sido constantes en los procesos administrativos de pase a retiro.

- 2.1.** El uso de las facultades discrecionales por parte de la Administración en los casos de pase a retiro para disponer de la permanencia en el servicio de los miembros de la Policía Nacional sin que se encuentre de por medio una justificación.

- 2.2.** Los problemas en el proceso de pase a retiro, sea por Renovación de Cuadros o por Voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional de Colombia, han persistido, ya que se han emitido actos administrativos considerados por el Tribunal o Cortes, respectivamente, arbitrarios al no seguir

los criterios⁸ ya establecidos por los organismos constitucionales mencionados.

- 2.3.** En su mayoría, aquellos efectivos policiales que han visto afectado sus derechos u intereses con el pase a retiro acuden a la vía contenciosa administrativa en búsqueda de tutela y logrando su reincorporación.

De esta forma, en el próximo punto procederemos a exponer nuestra hipótesis de la presente investigación, la cual será desarrollada con posterioridad.

3. LA ARBITRARIEDAD EN EL PASE A RETIRO POR RENOVACIÓN DE CUADROS (PERÚ) Y RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL (COLOMBIA)

El grado de discrecionalidad otorgada a la Administración en los casos de pase a retiro de la Policía Nacional ha originado en este Sector que se otorguen resoluciones sin una motivación que sustente la decisión adoptada. Es por ello que, hemos establecido como hipótesis que el pase a retiro por Renovación de Cuadros de Perú y el pase a retiro por Voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional de Colombia nos conducirían a la arbitrariedad al no existir fundamentos motivados para la toma de sus decisiones.

Ante ello, el efectivo policial el ver vulnerado sus derechos recurre a la vía jurisdiccional para que se declare la nulidad del acto administrativo y su correspondiente reincorporación a la institución policial. Frente aquello, las decisiones emitidas por parte de la Administración al no contemplar la motivación del acto administrativo han sido consideradas por parte de los órganos constitucionales como decisiones arbitrarias.

Así, a continuación, procederemos a establecer la regulación del proceso del pase a retiro por renovación de cuadros de Perú y el pase a retiro por voluntad del Gobierno o del Director General de la Policía Nacional de Colombia, con la finalidad de realizar un acercamiento a la normativa del pase a retiro de cada país en mención. Posteriormente

⁸ El titular encargado del Sector Interior en numerosos pronunciamientos ha manifestado que la Renovación de Cuadros de los efectivos policiales se debe a la modernización y el fortalecimiento de la institución policial, la cual se encontraría orientada a los progresos organizacionales, administrativos, técnicos y de calidad. Pese a ello, dichos criterios no se han aplicado en aquellos procedimientos administrativos del pase a retiro por la Renovación de Cuadros, lo cual originaría la vulneración de derechos fundamentales del personal policial afectados por dichas medidas.

desarrollaremos el análisis sobre si nos encontramos ante una facultad administrativa o por lo contrario, ante una posible arbitrariedad.

3.1. PASE A RETIRO POR LA CAUSAL DE RENOVACIÓN DE CUADROS EN EL PERÚ

Conforme lo estipulado en el artículo 82° del Decreto Legislativo N° 1149, Ley de la Carrera y situación del personal de la Policía Nacional del Perú, se deberá entender por “situación de retiro”, a aquella condición del personal policial que se encuentra apartado definitivamente del servicio policial, el cual es de carácter definitivo o irreversible. De esta forma, el personal policial pasará a la situación de retiro, conforme al artículo 83 del mencionado Decreto, si incurre en alguna de las causales siguientes:

“1) Límite de edad en el grado; 2) Tiempo de servicios reales y efectivos; 3) Renovación de cuadros; 4) Enfermedad o incapacidad psicosomática; 5) Límite de permanencia en la situación de disponibilidad; 6) Medida disciplinaria; 7) Insuficiencia profesional; 8) Sentencia judicial condenatoria, por delito doloso conforme al artículo 93°; 9) A su solicitud; o, 10) Encontrarse por segunda vez en situación de disponibilidad”.

Como se puede apreciar, el inciso 3) contempla la Renovación de Cuadros como aquella que “tiene la finalidad de mantener los cuadros de personal en función a las necesidades institucionales” De esta forma, el procedimiento del pase a retiro por la causal de Renovación de Cuadros, de conformidad con los artículos 86° y 87° del Decreto Legislativo N° 1149, está conformado por dos procesos.

Por un lado, el proceso regular, contemplado en el artículo 86°, se basa de un criterio técnico de requerimiento de efectivos policiales, de acuerdo con el número de efectivos fijados por el Poder Judicial y por el número de vacantes para cada proceso de ascenso.

Además, esta consta de dos (2) fases: en el caso de la primera, la fase de “selección”, en la cual el Consejo de Calificación⁹ será el encargado de seleccionar a los Generales y Oficiales superiores y Suboficiales que cuenten con un mínimo de veinte (20) años de

⁹ Conforme al Decreto Legislativo N° 1149, Ley de la Carrera y Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú y su Reglamento, establece que el mencionado proceso de Renovación de Cuadros es iniciado al nombrarse el Consejo de Calificación, quienes son los encargados, en conjunto con el Director General de la Policía Nacional, de presentar su propuesta a través de una lista de oficiales, mediante el Acta de Consejo de Calificación al Ministro del Interior, quien conforme a lo estipulado en la normativa se aplique la mencionada causa.

servicios reales y efectivos y que al 31 de diciembre del año del proceso cumplan con las siguientes condiciones: a) los Teniente Generales deberían contar con un mínimo de un (1) año de permanencia en el grado, b) los Generales deberían contar con un mínimo de dos (2) años de permanencia en el grado; c) los Oficiales Superiores deberían contar con un mínimo de cuatro (4) años de permanencia en el grado; y , d) los Suboficiales deberían contar con un mínimo de cuatro (4) años de permanencia en el grado.

La segunda fase, denominada de “aplicación”, consiste en que el Consejo de Calificación deberá determinar de forma objetiva el acta individual del efectivo policial propuesto para el pase a retiro; además, deberá tener como lineamiento que este proceso no sería considerado como una sanción administrativa y que esta renovación se puede ejecutar una vez al año, luego de que se haya producido el proceso de acenso correspondiente.

Por otro lado, se encuentra el proceso de Renovación de Cuadros de *manera excepcional*, de acuerdo con el artículo 87°, el cual establece que los Oficiales Generales de mayor antigüedad pasarán a retiro automáticamente por la designación de un nuevo Director General. Además, establecía que, el Comando Institucional de la Policía Nacional del Perú podría promover la renovación de cuadros de manera excepcional en cualquier momento, en consideración a las necesidades de la Institución y en base a criterios de oportunidad y utilidad pública, indistintamente, y una vez al año respecto de cada grado¹⁰.

3.2. PASE A RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL DE COLOMBIA.

En Colombia, el régimen de la carrera de la Policía Nacional se encuentra regulado, principalmente, mediante el Decreto N° 1791 de 2000 “Por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales, nivel ejecutivo, suboficiales y agentes de la Policía Nacional”, el cual a su vez fue modificado por las Leyes N° 857 de 2003, 987 de 2005, 1092 de 2006, 1168 de 2007, 1279 de 2009, 1405 de 2010, entre otras.

Sobre el retiro, conforme al artículo 1° de la Ley N° 857 es definido como aquella situación por la que el personal policial de Oficiales y Suboficiales, sin que pierdan el grado, cesan de su obligación de prestar servicio activo. De esta forma, conforme al retiro

¹⁰ En la actualidad, dicho inciso ha sido derogado por la Ley N° 30686 de 2017, la cual en su artículo 2 contempla la Restitución de la vigencia del artículo 87 del Decreto Legislativo 1149, Ley de la Carrera y situación del personal de la Policía Nacional del Perú.

de los oficiales, el decreto será expedido por parte del Gobierno Nacional, mientras que, en el caso de los suboficiales, la resolución correspondiente sería expedida por el Director General de la Policía Nacional.

Asimismo, las causales de pase a retiro fueron, inicialmente, contempladas en el artículo 54 del Decreto N° 1791; sin embargo, el mismo fue modificado posteriormente mediante la Sentencia C-53 de 2003, ya que consideraron que las causales establecidas excedían a las facultades extraordinarias otorgadas, siendo establecidas en la Ley N° 857.

De esta forma, el artículo 2 de la Ley N° 857 contemplaron las causales de retiro, siendo estas divididas en seis (6). Sin embargo, para la presente investigación de las causales contempladas en el mencionado artículo, será relevante remitirlos solo a la causal número 5 que establece el pase a retiro por voluntad del gobierno o del Director General. Siendo la menciona causal desarrollada en el artículo 4, el cual señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 4o. RETIRO POR VOLUNTAD DEL GOBIERNO O DEL DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL.

Por razones del servicio y en forma discrecional, el Gobierno Nacional para el caso de los Oficiales o el Director General de la Policía Nacional para el caso de los Suboficiales, podrán disponer el retiro de los mismos con cualquier tiempo de servicio, previa recomendación de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional para la Policía Nacional, cuando se trate de Oficiales, o de la Junta de Evaluación y Clasificación respectiva, para los Suboficiales [...]” *(el subrayado y la negrita son nuestras)*

Asimismo, para el pase a retiro de los oficiales, al igual que en Perú, es imprescindible que sea sometido al concepto previo de la Junta Asesora de Defensa Nacional para la Policía Nacional¹¹.

De esta forma, se puede apreciar que la norma faculta discrecionalidad a la Administración en los casos de retiro, señalando que el Gobierno Nacional y el Director General, podrán retirar del servicio activo a los efectivos policiales a través de su facultad discrecional y por razones de servicio, siendo este último delimitada por la Corte Constitucional, conforme a la sentencia C-525 de 1995¹². Siendo que la decisión que adopte la Administración se fundamente en la labor de la Policía Nacional, la discrecionalidad será considerada más que como requisito necesariamente formal, si como una exigencia de índole material, la cual deberá ser indispensable para el retiro, que

¹¹ Excepciones: Cuando se encuentre frente a oficiales generales, demás grados, eventos de destitución, incapacidad absoluta y permanente, gran invalidez, no supere la escala de medición del decreto de evaluación del desempeño y en los casos de muerte.

¹² “[...]serán las razones del servicio las que permiten corregir los medios para asegurar el fin, sin que ello implique arbitrariedad; la discrecionalidad de los altos mandos en lo que se refiere a la desvinculación de oficiales, suboficiales o agentes debe basarse entonces en las razones del servicio que tiene que preservar y aplicar. [...] (Corte Constitucional Sentencia C - 525, 1995).

exponga los fundamentos y motivos de la decisión adoptada. Así, esta se convertiría en una garantía para los miembros de la policía para que las decisiones que en este sentido adopten sus superiores jerárquicos no terminen convirtiéndose en decisiones arbitrarias.

En mérito de lo mencionado, a continuación nos cuestionaremos si se trata de una discrecionalidad administrativa o arbitraria, respuesta que buscamos sea dilucidada en las siguientes líneas.

3.3. ¿DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA O ARBITRARIEDAD?

La discrecionalidad para el Tribunal Constitucional peruano ha sido entendida cuando la norma no determina lo que se debe hacer o cómo es que debe hacerlo. De este modo, lo mencionado se deriva de una atribución que se encuentra de forma expresa en la norma, la cual otorga su competencia a la Administración. Así, en el caso del pase a retiro por renovación de cuadros, la potestad discrecional es entendida como:

“[...]sustento de 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”. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004), EXPEDIENTE N° 00090-2004-AA/TC)

Del mismo modo, la Corte Constitucional de Colombia, con relación al pase a retiro de los miembros de la Policía Nacional establece que,

“[...] los actos administrativos de retiro discrecional de la Policía Nacional no necesariamente deben motivarse en el sentido de relatar las razones en el cuerpo del acto como tal. Pero, en todo caso, sí es exigible que estén sustentados en razones objetivas y hechos ciertos. En este sentido, el estándar de motivación justificante es plenamente exigible; [...]”

Ante lo expuesto, se puede deducir de lo mencionado que la discrecionalidad que se aplica en los casos de pase a retiro de la Policía Nacional tanto en Perú como Colombia ha sido configurada como aquella atribución que ha sido otorgada a la Administración conveniente para el interés general.

Por ello, es importante remitirnos a la motivación, pues en ella es que podríamos encontrar, conforme ha sido reiteradamente mencionada tanto por el Tribunal como por

la Corte, los motivos de la decisión adoptada por la Administración, y determinar si estamos frente a un acto discrecional o arbitrario. Así, será importante mencionar si la ausencia de motivación sería un vicio de validez del pase a retiro, para ello nos remitiremos a lo establecido al TUO de Ley de Procedimiento Administrativo General, ya que ello sería importante desde el ámbito de una institución castrense como es la policía, donde existe una fuerte proyección del principio de jerarquía e incluso reminiscencias de un Estado monárquico.

De esta forma, es importante precisar que conforme el artículo 6 del TUO de la LPAG se encuentra regulado la motivación del acto administrativo, el cual nos permite apreciar que la motivación no solo se encuentra regulada como un elemento formal de validez del acto administrativo (artículo 3 del TUO de la LPAG¹³), sino que, incluso, se configura como un aspecto fundamental de la naturaleza del acto. Además, conforme a lo estipulado en el artículo 10 del TUO de la LPAG se regula las causales de nulidad, siendo el numeral 2) el que señala que, son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, “el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.”

De este modo, en el artículo 14 del TUO de la LPAG se señala la “conservación del acto”, el cual prevé aquellos casos en los que, al existir incumplimiento en los elementos de validez, no trascendentes, prevalecería la conservación del acto. En esa misma línea, el numeral 14.2 establece aquellos actos afectados por vicio no trascendentales los siguientes: i) “El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación”, y ii) “El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial”, iii) “El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado”, iv) Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio”, y, v) “Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial”.

¹³ De la mencionada norma se agrega que no se podrá admitir como motivación, fórmulas generales o que éstas se encuentren vacías de alguna fundamentación, o en otros casos, aquellas que por su vaguedad, contradicción o insuficiencia puedan resultar no esclarecedoras.

Sin embargo, conforme a lo señalado consideramos cuestionable que el legislador haya contemplado cuatro formas de motivación con vicios, como pasibles de ser conservadas como “intrascendentes”, pese a que el Tribunal Constitucional ha sostenido de forma reiterada que, “uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonada, congruente y motivada”, conforme a lo contemplado en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú¹⁴ y conforme ha sido sostenida de forma reiterativa por el máximo intérprete de la Constitución.

En este sentido, al darse una motivación; es decir, la razón de la decisión, esta debería ser congruente con los hechos que se sustentan la realidad, además de ser comprendida por los ciudadanos, pese a que no pueda ser compartida por ellos.

De este modo, no bastaría con que la Administración pueda otorgar cualquier explicación, sino que estas deberán ser debidamente motivadas. Ello ha sido recogido por el Tribunal Constitucional en la sentencia Callegari, recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC, al mencionar lo siguiente:

“[...] una razón de la elección, ésta debe ser plausible, congruente con los hechos, en los que necesariamente ha de sustentarse, sostenible en la realidad de las cosas y susceptible de ser comprendida por los ciudadanos, aunque no sea compartida por todos ellos. No basta, como es obvio, cualquier explicación que la Administración convenga en dar en el momento de la obligada rendición de cuentas; éstas han de ser, en todo caso, debidamente justificadas”. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004), EXPEDIENTE N° 00090-2004-AA/TC).

Asimismo, el autor Juan Carlos Morón señala que la argumentación del acto administrativo,

“[...] es reconocida como el mecanismo necesario para permitir apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad en la actuación pública, dado que obliga al funcionario a razonar, reflexionar, a patentizar tanto la justificación de su acto como el objetivo perseguido con su emisión, con lo cual, brinda mayores posibilidades para evaluar si ejerce su competencia, circunscribiéndose solo a dictados de interés público, exponiendo un elemento valioso para una ulterior interpretación, calificación y control de su actuación, en términos de objetividad y finalidad públicas” (Morón, 2008, p. 144 - 145).

¹⁴ Si bien en este sentido se hace alusión al fuero judicial, lo cierto es que dichas exigencias respecto a la obtención de pronunciamientos debidamente motivados se extienden al ámbito del Derecho Administrativo, conforme a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00744-2011-PA/TC, al señalar que “el tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional. Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa.” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2011), EXPEDIENTE N° 00744-2011-PA/TC).

Posición que ha sido compartida por el derecho colombiano, conforme la Sentencia T-437/16, al establecer que la motivación es una justificación de las decisiones, el cual constituye una garantía de justicia de la decisión adoptada.

“Es un elemento indispensable que el acto administrativo que se emita en uso de la facultad discrecional otorgada por [el artículo 4° de la Ley 857 de 2003] contenga, aunque sea, un mínimo de motivación producto de un debido proceso que implica el examen objetivo y razonable por parte de la respectiva junta del supuesto de hecho que permita concluir que la recomendación de retiro y el acto de retiro propiamente dicho contribuyen al cumplimiento de la finalidad de la Policía Nacional, requisito que no se satisface con la mención de la norma que le atribuyó la competencia discrecional, sino que debe obedecer a la adecuación de que trata el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, es decir, a un mínimo de motivación que permite la garantía del derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia, derechos constitucionales que el Estado tiene el deber de garantizar”. (CORTE CONSTITUCIONAL (2016), SENTENCIA T-437/16)

De la misma forma, la Sentencia C-371 de 1999, en la cual la Corte reconoció que todos los actos administrativos que no estén expresados de forma exclusiva por norma legal deberán ser motivados, por lo que no se entenderá que pueda haber actos como tales sin motivación alguna. Además, menciona que en caso lo hubiese, estos carecerían de validez, conforme a las declaraciones emitidas por la autoridad judicial competente, ello sin perjuicio a una sanción aplicable al funcionario.

Asimismo, de lo establecido se puede desprender la posición adscrita en ambos países, al considerar a la motivación como un elemento sustancial, ya que obliga a la Administración a que fundamente las razones de hecho y de derecho que determinaron su actuar en determinado sentido. Así, el conocimiento de los motivos adoptados permite que se pueda apreciar las razones que pueden afectar al administrado, y de esta forma, interponer los recursos administrativos pertinentes para garantizar el derecho de defensa.

De esta forma, una de las características que ha sido más debatida en el pase a retiro por la causal de renovación de cuadros y el retiro por voluntad del gobierno o del Director General de la Policía Nacional ha sido la motivación en la discrecionalidad, ya que los actos administrativos han sido calificados de falta de causa o fundamento. Ello debido a que debe estar fundada en buscar una finalidad pública, gozar de competencia administrativa, motivación y expresión pública. Asimismo, al no existir una motivación se presumiría que la Administración estaría encubriendo la decisión del por qué se está pasando a retiro a los efectivos policiales que se encontrarían en actividad. Conforme ha hecho referencia la Corte de Colombia en la sentencia C-525 de 1995, al sostener lo siguiente:

“[...] la discrecionalidad del gobierno y de la Dirección general de la Policía está justificada en las razones del servicio, y requiere en el caso del artículo 12 del Decreto 573 de 1995, del aval previo del Comité de Evaluación de Oficiales Superiores, y en el del artículo 11 del Decreto 574 de 1995, del aval previo del Comité de Evaluación de Oficiales Subalternos.” (CORTE CONSTITUCIONAL (1995), SENTENCIA C-525)

En la misma línea, la Sentencia C-179 de 2006, ha estudiado los casos de retiro discrecionales y por razones de servicio, la cual es determinada con anterioridad por el Comité de Evaluación o denominada también Junta de Evaluación, y señala que el pase a retiro debe someterse a criterios objetivos y de razonabilidad. Señala entonces que “[...] no son otras que las definidas por los artículos constitucionales, es decir, para el caso de la Policía Nacional, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia.”

En ese sentido, para que la discrecionalidad no sea considerada como arbitrariedad se deberá tener en cuenta lo siguiente: i) la potestad discrecional deberá ser otorgada en la ley, ii) se trataría de una decisión motivada, iii) la motivación deberá estar fundamentada en criterios de proporcionalidad y razonabilidad, y, iv) la proporcionalidad y razonabilidad deberán estar basadas en fines legítimos que se pretende alcanzar con la decisión.

En la misma línea, la Corte Constitucional de Colombia al hacer referencia a los requisitos que deberán satisfacer las decisiones discrecionales señaló lo siguiente:

“[...] en la discrecionalidad, existen dos elementos; uno, la adecuación de la decisión a los fines de la norma que autoriza la facultad discrecional, y otro, la proporcionalidad con los hechos que sirvieron de causa. La adecuación es la correspondencia, en este caso, del contenido jurídico discrecional con la finalidad de la norma originante, en otras palabras, la armonía del medio con el fin; el fin jurídico siempre exige medios idóneos y coherentes con él. Por su parte, la proporcionalidad es con los hechos que le sirven de causa a la decisión, y no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto [...]”

De esta forma, dicha facultad discrecional debe estar fundamentada en razonabilidad, sobre la cual ha habido jurisprudencia, la cual se expresa en hacer uso de la razón como una medida y reglas de los actos humanos, producto de la esencia del ser humano. Así, dicha facultad al estar plasmada en un acto administrativo es controlable por la

jurisdicción del contencioso administrativo, no obedecería a una actividad oculta por parte de las autoridades¹⁵.

Así, la discrecionalidad al estar sometida al control judicial se puede desprender que el límite de esta se encuentra en la arbitrariedad; por ende, los actos discrecionales no podrían ser arbitrarios.

Por lo tanto, en el caso del pase a retiro serán arbitrarios, conforme al Tribunal Constitucional de Perú,

“[...] los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios exige que éstos sean motivados; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte.

Dichas razones no deben ser contrarias a la realidad y, en consecuencia, no pueden contradecir los hechos relevantes de la decisión. Más aún, entre ellas y la decisión necesariamente debe existir consistencia lógica y coherencia”. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004), Exp. N° 00090-2004-AA/TC)

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional, según la Sentencia T- 437/16 señaló que los argumentos emitidos por la Administración,

“[...] no reposan en el acta que recomienda el retiro, ni en el acto administrativo que lo retiró del servicio activo, por lo cual estos actos carecen de motivación y no puede argumentarse, dentro de un proceso ordinario ni aun en uno de amparo, razones que no fueron expuestas en el procedimiento para retirar del servicio activo al accionante, dado que ello constituye un acto arbitrario por parte de la administración de conformidad con la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional”. (CORTE CONSTITUCIONAL (2016), SENTENCIA T-437/16)

De lo expuesto, en Colombia, al igual que como ocurre en Perú, la Corte ha considerado necesario que su jurisprudencia sea reiterada, ya que busca mantener la posibilidad del control judicial. Ello se ve reflejado en la figura del Retiro por voluntad del gobierno o del Director General de la Policía Nacional, con la finalidad de no solo verificar los requisitos de tiempo y recomendación de la junta expresos en la resolución, sino, además, evitar que esta sea utilizada de forma contraria a los mandatos constitucionales y derechos fundamentales de los efectivos.

Por lo tanto, de la jurisprudencia podemos encontrar sentencias en las que, bajo la facultad discrecional por parte de la Administración, se ha pasado a retiro a integrantes de la Policía Nacional, en las cuales se consideran decisiones arbitrarias, al ser consideradas como la voluntad de elección propia, sino como simplemente potestad de quien emitió la decisión. Siendo así que los efectivos policiales han ejercido su derecho a control judicial

¹⁵ Conforme se encuentra estipulado en el Art. 36 Contencioso Administrativo.

y formular su pretensión de nulidad, originando así el restablecimiento de su derecho afectado.

Además, conforme al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1043-99-AA/TC señala lo siguiente:

“[...] al truncarse su carrera como oficial de la Policía Nacional de manera abrupta, lesionando su derecho al trabajo, **se ha cometido arbitrariedad en el ejercicio de las facultades discrecionales reconocidas a la administración de la entidad demandada.**” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2000), EXPEDIENTE N° 1043-99-AA/TC) (la negrita y el subrayado en nuestro)

Lo mencionado es importante señalar porque expresa la exigencia de que las decisiones en las situaciones de pase a retiro sean adoptadas tomando en consideración los criterios de razonabilidad. Por lo tanto, las referencias de “necesidades de servicios” serían consideradas como aquellas que no satisfacen las exigencias de una Estado Constitucional de Derecho conforme nos encontramos analizando en la presente.

Adicional a ello, para dar una posible respuesta de la pregunta planteada es que a continuación presentaremos sentencias expedidas el Tribunal Constitucional en el caso de Perú y la Corte Constitucional de Colombia sobre el pase a retiro, por la causal de Renovación de Cuadros y por voluntad del gobierno o del Director General de la Policía Nacional respectivamente, en las que se puede desprender una presunta arbitrariedad en la toma de decisiones por parte de la Administración. De este modo, cabe indicar que existe reiterada jurisprudencia, las cuales han reconocido el deber de observancia de la facultad discrecional. De esta forma, en el caso de Perú nos remitiremos a las dos siguientes sentencias:

1. STC 1302-2013-PA/TC.

El demandado interpuso una demanda de amparo contra el Ministro del Interior y la Dirección General de la Policía Nacional del Perú, con la finalidad de que se le declare la nulidad de la Resolución Ministerial 1300-2008-IN/PNP y el Acta del Consejo de Calificación, mediante los cuales **se dispuso el pasarlo a la situación de retiro por la causal de Renovación de Cuadros;** asimismo, solicitó que se le disponga su reincorporación a la situación de actividad con el grado que ostentaba y el cargo que había estado desempeñando en la Policía Nacional del Perú. De esta forma, el demandante alegó la violación de sus derechos constitucionales como a la debida motivación, al honor y a la buena reputación, a la dignidad, al trabajo, a la igualdad ante la ley, al debido proceso y a la defensa.

Así, **el Tribunal Constitucional al resolver lo alegado y tomando como referencia el análisis que había desarrollado en la sentencia declarada como precedente (STC N° 090-2004-AA/TC),** la cual declara fundada la demanda porque se acreditó afectación a su derecho a la debida motivación de las resoluciones, y de forma subsidiaria los derechos como al honor y buena reputación y al trabajo. Por lo

tanto, **declaró nula la Resolución Ministerial 1300-2008-IN/PNP, en tanto el extremo que señalaba el pase a retiro del efectivo policial.** Además, se le ordena al Ministerio del Interior reponga a don Luis Alberto Zevallos Saavedra a la situación de actividad con el grado que ostentaba.

2. STC 02532 2013-PA/TC.

Los efectivos policiales Alcides Honorato López Pardave, Jorge Ernesto Raffo Lecca, José Hugo Clement García, Eduar Wilfredo Cáceres Castro y Carlos Alberto Conde Vela, interpusieron una demanda de amparo contra el Ministerio del Interior y el Director General de la Policía Nacional del Perú. Ello con la finalidad de que se declare inaplicables las constancias de notificación, radiogramas y/o comunicaciones telefónicas, medio por los cuales **se le comunicó su pase a la situación de retiro por la causal de Renovación.** Asimismo, solicitaron su inmediata reincorporación con su respectivo reconocimiento de antigüedad, honores y remuneraciones, conforme al grado que le correspondería a cada uno (reconocimiento de su tiempo de servicio y pensiones).

De este modo, el Tribunal Constitucional decidió declarar fundada en parte su demanda toda vez que se acreditó la vulneración de los derechos constitucionales, como a la debida motivación de las resoluciones, al trabajo, a la igualdad ante la ley, al honor y a la buena reputación. Por lo que **se estaría incumpliendo, en este caso, con los criterios y condiciones previstos en la sentencia recaída en el Expediente 0090-2004-PA/TC (precedente). En consecuencia, se declararon nulas las resoluciones y se dispuso la reincorporación de los efectivos policiales.**

Del mismo modo, en el caso de Colombia podemos apreciar en diversas sentencias que se ha podría concluir que la facultad discrecional otorgada a la Administración carece de motivación. Conforme a las siguientes que presentaremos a continuación:

1. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Bogotá, D.C., 9 de marzo de 2006. Radicación número: 25000-23-25-000-2000-04903-01(3834-03)

Un teniente de la Policía Nacional interpuso demanda por nulidad y restablecimiento de situación antes de emitido el acto administrativo, el cual **se dispuso su retiro del servicio.** El demandante manifestó que no fueron razones de buen servicio las que originaron su salida, sino un incidente sobre fuga de presos, proceso del cual no se le comprobó responsabilidad. Por ello, lo que pretendió demostrar es que le interpusieron una sanción, de forma discrecional, sin que ello haya sido parte de un proceso disciplinario, o de lo contrario, sin que haya concluido una sentencia condenatoria en el ámbito procesal civil.

En el presente caso, correspondía al demandante probar que se estaban infringiendo las normas o que dicho acto administrativo haya sido expedido de forma irregular, sea a través de una falsa motivación, desviación de las atribuciones o proceda un desconocimiento de su derecho a la defensa. Así, lo que el demandante logró probar es que se había vulnerado su derecho a la defensa, toda vez que, en el presente caso, **la Sala concluyó que la Junta de evaluación y clasificación no había considerado algún motivo que permita retirar al oficial, sino que se encontraba ante una sanción impuesta en virtud de una potestad discrecional, la cual no resultaba**

legal. Por lo tanto, **la Sala declaró la nulidad del acto administrativo y ordenó la reincorporación y el reintegro de todos los emolumentos que se dejó de percibir.**

2. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. Bogotá, D.C., 17 de abril de 2008.

Radicación número: 25000-23-25-000-2000-18416-01(8982-05)

Un miembro del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), interpuso una acción de nulidad de la Resolución No. 1183, de fecha 21 de julio de 2000, y el restablecimiento del derecho, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. De esta forma, el demandante sustentó que él ingresó el 20 de noviembre de 1990, como alumno de academia, y que como consecuencia de sus condiciones y esfuerzo fue que logró llegar al grado de detective. Así, durante dicho tiempo el demandante demostró buen desempeño, lo cual reflejaba que en su hoja de vida no contaba con una calificación deficiente, por lo que el acto de retiro fue considerado como violatorio de sus derechos al no exponerse las razones que llevaron a tomar tal decisión, por lo que resultaba una falsa motivación y desviación de poder del cual fue objeto por parte de la entidad a la que prestó servicio.

El Consejo de Estado determinó que en sede judicial se puede realizar el control de legalidad del acto administrativo, ya que las razones del servicio que motivaron el retiro deberán ser expuestas y probada por la entidad demandada. De esta forma, **se sustenta en que la facultad discrecional de retiro no es ilimitada por cuanto, en el caso, terminaría siendo una potestad arbitraria y caprichosa del respectivo nominador, de conformidad con el art. 177 del C. de P.C.** Ante ello, la Sala estableció que el demandante demostró a través de su hoja de vida, el cual es un elemento de valor para la institución, que se caracterizó por el mérito y el buen servicio prestado, siendo así que no se logró probar las razones por las cuales se expidió el acto de retiro. De esta forma, **se ordenó la reincorporación del demandante al cargo que venía desempeñando como al respectivo pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha de la que fue retirado del cargo.**

Conforme se puede apreciar en los casos, se desprende que los órganos constitucionales han considerado importante la motivación de las resoluciones de pase a retiro, la cual debe exponer, en cada caso en concreto, las disposiciones correspondientes de la normativa de la situación policial. Siendo de este modo que, si nos encontramos ante la ausencia de motivación, el caso acarrearía en la nulidad de la Resolución emitida por la Administración y podría dejar un campo a la arbitrariedad, la cual estaría vulnerando derechos constitucionales. Ello al no estar el ejercicio de una potestad discrecional acompañada de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta.

De este modo, la medida de pasar al retiro a los miembros de la Policía Nacional sería arbitraria si nos encontramos ante tres razones. Primero, cuando no se ha cumplido con

los estándares establecidos por el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante STC N° 090-2004-AA/TC, el cual ha sido de cumplimiento obligatorio, en el caso de Perú. Segundo, no se encuentra la debida motivación de la decisión, razonabilidad y proporcionalidad conforme al interés general¹⁶; y, por último, no se ha cumplido con la Directiva N° 01-01-2014-DIRGEN/DIREJEPER-PNP que establece los procedimientos administrativos para evaluar y proponer, el pase de la situación de actividad a la situación de retiro.

Al igual que en el caso peruano, en Colombia, la Corte Constitucional desde la primera jurisprudencia que emitió en 1992, Sentencia T-602, estableció que toda decisión que pueda afectar los intereses de una persona deberá ser motivada, con la finalidad de que esta pueda ser susceptible de control posterior y se evite la arbitrariedad. Por lo tanto, lo señalado ha establecido que las facultades discrecionales no pueden limitarse a cumplir con los establecido en la Constitución y los principios, siendo el ejercicio de la Administración la de eficiencia y calidad de la función pública (Corte Constitucional, Sentencia C-929 de 2001).

Por lo tanto, conforme a lo mencionado para establecer que existe ausencia de arbitrariedad en la decisión de los casos de pase a retiro es exigible las razones expuestas, las cuales deben estar acorde a la realidad (verificable con los hechos)¹⁷. Además, de lo expuesto se podría alegar que los órganos constitucionales han establecido de forma reiterativa que existe el deber de motivación cuando la Administración hace uso de su facultad discrecional en los casos de pase a retiro de los integrantes de la Policía Nacional. Siendo así que dicha facultad no puede ser ejercida de forma arbitraria, por lo que si no se cumple con lo mencionado anteriormente nos encontraríamos ante una presunta arbitrariedad.

¹⁶ Conforme al artículo 1° de la Constitución de Perú, las actuaciones del Estado deben ser conformes al principio de interdicción de la arbitrariedad, lo que se consiste en que las decisiones emitidas por la administración deberán estar debidamente motivadas, en función de los intereses generales de la Administración.

¹⁷ En el caso de Perú, conforme al Exp. N° 01302-2013-PA/TC, se declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por un efectivo policial. De esta forma el Tribunal Constitucional advirtió que la resolución ministerial, que dispuso el pase al retiro del demandante por la causal de renovación de cuadros, solo se remitía al texto de las normas que establecen la potestad presidencial de realizar tal determinación. Por lo que la mencionada resolución carecía de **motivación adecuada y suficiente**, por lo que el Tribunal la consideró arbitraria, al no expresar las razones que determinaron el pase a situación de retiro.

CONCLUSIONES

- La facultad discrecional es aquella que le es otorgada a una autoridad estatal, quien tomará una u otra decisión, dentro de los límites que le otorgaría la ley.
- La discrecionalidad en el pase a retiro ha sido constituida como un elemento de la Policía Nacional, que busca dar cumplimiento de la Constitución y sus fines esenciales. Así, para la mencionada facultad, la existencia de la motivación, la cual se basa en la fundamentación fáctica y jurídica de la discrecionalidad, será determinante para señalar si nos encontramos ante la facultad discrecional o una posible arbitrariedad.
- La discrecionalidad que se aplica en los casos de pase a retiro de la Policía Nacional tanto en Perú como Colombia ha sido configurada como aquella atribución que se ha sido otorgada a la Administración conveniente para el interés general.
- El principio de legalidad es considerado como un principio importante porque implica que las autoridades deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el derecho, conforme a las facultades que se les son atribuidas y conforme a los fines para los que fueron otorgadas dichas facultades.
- Tanto en Perú como en Colombia, la motivación se podría considerar como un elemento sustancial, ya que obliga a la Administración a que fundamente las razones de hecho y de derecho que determinaron su actuar en determinado sentido.
- La arbitrariedad es considerada como una voluntad de elección propia, ya que esta no se encontraría en la ley, sino es simplemente potestad de quien emitió la decisión.
- Las decisiones de pase a retiro por la causal de Renovación de Cuadros deberían obedecer a criterios discrecionales por parte del Ministerio del Interior y el Comando Policial; sin embargo, al no motivarse y expresar las razones por las que

se ha adoptado la decisión, se colige que se estaría ante actos arbitrarios producto de decisiones adoptadas en base a atribuciones discrecionales.

- En los casos de pase a retiro tanto de Perú como de Colombia, se han emitido resoluciones (actos administrativos) que no han expresado de forma clara, concreta y objetiva las razones por las cuales se ha llegado a adoptar tales decisiones. En dicho sentido, tales decisiones son consideradas arbitrarias al resolver el pase a retiro sin expresión de causa justa, con sentido racional y proporcional, ello en tanto ha sido reiteradamente pronunciado por parte de los altos tribunales. Asimismo, existe la vulneración de los derechos fundamentales del personal policial.
- El control judicial de la potestad discrecional se encuentra limitada al examen de legalidad del acto administrativo, como límites a la actividad discrecional de las actuaciones de parte de la administración.

RECOMENDACIONES

De lo mencionado en la sección tercera podemos inferir que hay problemas en el ámbito del pase a retiro por la causal de Renovación de Cuadros. Por lo tanto, a continuación, plantearemos recomendaciones para tratar de mitigar la problemática.

1. Por parte del Ministerio del Interior y la Comandancia General apliquen de forma adecuada los criterios técnicos, con la finalidad de que se garantice los derechos fundamentales del personal policial afectado, ya que estaríamos frente a un ejercicio de potestad discrecional y no ante potestad sancionadora o disciplinaria. Ante ello, los criterios técnicos que se deberían aplicar serían los de especificar el número de vacantes que se han asignado en cada proceso de ascenso, el número de efectivos policiales que han sido establecidos anualmente por parte del Poder Ejecutivo, así como el fijar la evaluación de la carrera y prospectiva de desarrollo de cada efectivo policial.
2. Las decisiones adoptadas respecto al pase a retiro deberían estar debidamente motivadas, lo cual implicaría aplicar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Dicha motivación debería consistir en la fundamentación por parte del Consejo de Calificación sobre la evaluación y propuesta del personal policial, conforme a su legajo personal. De esta forma, consideramos que una debida motivación sería aquella que detalle las causales de pase a retiro, conforme a su evaluación personal y si esta puede contar con perspectivas a futuro en la Institución Policial. Además, de fundamentar en qué consistiría “por necesidades de la institución”, ya que se buscaría determinar el interés general, no solo basándonos en la normativa establecida, sino determinarlas y sustentarla en base a hechos, en base a una evaluación individual, contemplados en su legajo o Riper policial (Reporte de Información Personal).
3. El Consejo de Calificación, al ser el órgano encargado de evaluar y proponer al personal policial, en primera instancia, debería estar integrado por profesionales altamente calificados de forma profesional y éticamente, sean integrantes de la policía nacional o personal civil, con la finalidad de que se garantice las decisiones adoptadas en base a criterios óptimos conforme a los fines de interés general

establecido en la Constitución Política del Perú. Así, el perfil que deberían tener los profesionales altamente calificados sería el de contar con capacitaciones especializadas en materia administrativa y policial, además de contar con imparcialidad y experiencia en la dirección de programas de áreas como de organización y cuadro del personal policial, en el ámbito de sus competencias y funciones. Lo mencionado es de suma importancia ya que garantizar que con ello se podría garantizar que las decisiones adoptadas se encuentren dentro basadas en criterios técnicos mencionados anteriormente, así como el de respetar con el cumplimiento de la finalidad establecido en la Constitución Política del Perú.



REFERENCIA NORMATIVA

PERÚ

- Tribunal Constitucional (2004), Expediente N° STC 00090-2004-AA/TC.
- Tribunal Constitucional (2011), Expediente N° STC 04123-2011-PA/TC.
- Tribunal Constitucional (2011), Expediente N° 00744-2011-PA/TC.
- Tribunal Constitucional (2013), Expediente N° STC 1302-2013-PA/TC.
- Tribunal Constitucional (2013), Expediente N° STC 02532 2013-PA/TC.
- Tribunal Constitucional (2000), Expediente N° 1043-99-AA/TC.
- Tribunal Constitucional (2020), Expediente N° 00002-2018-PCC/TC.

COLOMBIA

- Corte Constitucional (1992), Sentencia T-602.
- Corte Constitucional (1998), Sentencia SU – 250.
- Corte Constitucional (1999), Sentencia C-371.
- Corte Constitucional (1995), Sentencia C-525.
- Corte Constitucional (2001) Sentencia C-929.
- Corte Constitucional (2006), Sentencia C-179.
- Corte Constitucional (2016), Sentencia T-437/16
- Tribunal Constitucional (2013), Sentencia T – 265.
- Consejo de Estado (2013), Expediente N° 0357-12, M.P.
- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección N° 04903-01 (3834-03).
- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección N° 18416-01 (8982-05).

BIBLIOGRAFÍA

BACA, Victor

- 2012 *La discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Circulo de Derecho Administrativo. Número 11, 2012. Pp. 181-202. Consultado el 05 de mayo del 2020.
En <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13553>>

BARNÉS, Javier

- 1996 *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Primera edición, Editorial Civitas, Madrid, p. 37.

CASSAGNE, Juan Carlos

- 2009 *El Principio de Legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons. p. 196.

CALONGOS, Roger

- 2018 *El derecho fundamental al trabajo y pase al retiro del personal de la Policía Nacional del Perú, por la Causal de Renovación*. En : <http://repositorio.unfv.edu.pe/bitstream/handle/UNFV/2709/CALONGOS%20AGUILAR%20ROGER%20MARINO%20%20MAESTRIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

CONSTANZA, Mónica

- 2012 El Retiro Discrecional en las Fuerzas Militares. UNIVERSIDAD Militar Nueva Granada Facultad de Postgrados en Derecho Especialización en Derecho Administrativo Bogotá D.C.
<https://core.ac.uk/download/pdf/143447389.pdf>

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

- 1979 *Discrecionalidad Militar y Jurisdicción Contenciosa*. Revista española de Derecho Administrativo, disco compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista N° 020, enero - marzo.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

- 2016 *Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa*, Revista española de Derecho Administrativo, disco

compacto, Madrid, Civitas Ediciones, Revista 092, octubre – diciembre de 1996.

GÜECHÁ MEDINA

- 2017 *La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad en la actuación de la Administración.* Opinión Jurídica, Vol 16, Iss 31, Pp 25-48 (2017). En:
<<https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2168/1865>>

HERNÁNDEZ, Héctor

- 2016 *Retiro Discrecional de los Miembros de la Policía Nacional, análisis de la tendencia jurisprudencial durante los años 2014-2015.* Universidad la gran Colombia, facultad postgrados programa especialización en Derecho Administrativo Bogotá D.C.
<https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/3840/Retiro_discrecional_Polic%C3%ADaNacional_an%C3%A1lisis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

MAURER, H.

- 2011 *Derecho Administrativo Parte General.* Ed. Marcial Pons.

MILKES, Irit.

- 2019 *Buena administración y la motivación de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades discrecionales.* Revista Digital de Derecho Administrativo 21: 153-178. En
<<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5703>>.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline

- 2010 *Curso de Derecho Administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

MONROY, Laura

- 2018 *La condena al pago de sumas dejadas de percibir durante el retiro de los miembros de la Fuerza Pública, carácter indemnizatorio o de restablecimiento del derecho.* Universidad Libre Instituto de posgrados Maestría en Derecho Administrativo Bogotá, D.C. En
<<https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/15492/La%20condena%20al%20pago%20de%20sumas%20dejadas%20de%20percibir%20durante%20el%20retiro%20de%20los%20miembros%20de%20la%20Fuerza%20P%C3%BAblica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

MURILLO, Jessica

2014 *Las Facultades Discrecionales en el Estado Social de Derecho Colombiano: una aproximación a la discrecionalidad técnica desde la Doctrina y la Jurisprudencia*. Bogotá D.C, p.1-119.

SÁNCHEZ MORÓN, Juan Carlos

1995 Discrecionalidad administrativa y control. p. 135.

VILLAMIL, Edgardo.

2004 *Estructura de la Sentencia Judicial*. Bogotá D.C, editorial: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2004, p.32 – 34.

RIAÑO, José Armando

2015 *La desviación de poder en el ejercicio de la facultad discrecional para el retiro de integrantes de las Fuerzas Militares de Colombia*. Maestría Derecho Público Militar. Bogotá. En <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/7556>

RODRÍGUEZ - ARANA, Jaime

2011 *Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo*. Derecho PUCP, pp. 207-229. En <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2991/3516>

RUBIO CORREA, Marcial

2006 El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

ROMERO, Jorge Enrique.

S/F Derecho Administrativo General. 1º Edición, Editorial EUNED, Costa Rica, S.F., p. 72.

SANTOFIMIO, Jaime

2007 Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SÁNCHEZ, Miguel

2010 *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Derecho Administrativo. Parte general, 6º ed., Tecnos, Madrid.

SÁNCHEZ, Miguel

2011 *Capítulo XX: El control judicial: El contencioso-administrativo.* En: Derecho Administrativo. Parte General. Séptima Edición. Madrid: Tecnos.

