EXP. N.° 07473-2006-PA/TC
LIMA
EUSEBIO ARTURO ARENAS ÁLVAREZ

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de octubre de 2008, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli que se acompaña, y el voto dirimente del magistrado Eto Cruz, que también se anexa

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Eusebio Arturo Arenas Álvarez contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 101, su fecha 30 de marzo de 2006, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de mayo de 2005 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Defensa, solicitando que se declare inaplicables la Resolución Ministerial N.° 1645-2004-DP/SDAPE/ING, del 28 de diciembre de 2004, que lo pasó a la situación de retiro por la causal de renovación, y la Resolución N.° 1445-2004-DE/EP/DP-SDAPE, del 22 de diciembre de 2004, en el extremo que no lo asciende al grado de Coronel de Ingeniería; y que por consiguiente se ordene al emplazado que lo ascienda a dicho grado. Manifiesta que venía desempeñándose hasta el año 2004 como Teniente Coronel de Ingeniería del Ejército Peruano, encontrándose expedito como candidato al ascenso al grado de Coronel, por lo que debió ser ascendido en el año 2005; que, no obstante que en el cuadro de mérito se encontraba ubicado en el primer puesto, el Comité de Selección propuso el ascenso de oficiales que se encontraban en el segundo y tercer puesto; que se transgredió el procedimiento preestablecido de ascensos; y que fue pasado a la situación de retiro, por la causal de renovación, a consecuencia de no haber sido ascendido. Agrega que se han vulnerado sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

El Quincuagésimo Segundo Juzgado Especializado Civil del Lima, con fecha 26 de mayo de 2005, declara improcedente, liminarmente, la demanda, por considerar que se requiere de la actuación de medios probatorios para dilucidar la competencia, razón por la cual la vía idónea es la acción contencioso-administrativa.

La recurrida confirma la apelada, por estimar que existe otra vía igualmente satisfactoria para resolver el caso, por lo que debe aplicarse el inciso 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

Cuestión preliminar

1. No obstante que se ha producido quebrantamiento de forma, puesto que la demanda fue rechazada liminarmente, a pesar que no resulta manifiestamente improcedente, este Colegiado considera que, tomando en cuenta la naturaleza de los derechos constitucionales en juego y la urgencia de su tutela, es oportuno emitir pronunciamiento de fondo, pues además existen elementos de juicio suficientes para resolver la controversia.

Delimitación del petitorio

2. El objeto de la pretensión planteada es que se declare inaplicable la Resolución Ministerial N.º 1445-2004-DE/EP/DP-SDAPE, de fecha 22 de diciembre de 2004, que consigna la relación de oficiales ascendidos, entre los que no se considera al recurrente. Además, se solicita que se deje sin efecto legal la Resolución Ministerial N.º 1645-2004-DP/SDAPE/ING, de fecha 28 de diciembre de 2004, que dispone el pase del recurrente de la situación de actividad a la situación de retiro por causal de renovación, y que se ordene su reincorporación a la situación de actividad en el Ejército Peruano.

A. Análisis de la controversia a la luz del precedente vinculante STC N.º 0090-2004-AA/TC, en cuanto al pase a retiro por renovación

3. El Tribunal Constitucional ha establecido en lo resuelto en el Caso Callegari (Exp. 0090-2004-AA/TC) para el tema de pase a retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, en el fundamento 7, respecto a la potestad presidencial para la aplicación de la causal de renovación en el pase a retiro -y, en su caso, la del Ministro de Defensa- lo siguiente: "*(...), en concordancia con los artículos 167º y 168º de la Constitución (...)- no puede entenderse como una competencia cuyo ejercicio se sustraiga del control constitucional, ni tampoco como que tal evaluación únicamente deba realizarse en virtud de la ley y los reglamentos, pues (...) esa regulación legal sólo podrá ser considerada como válida si es que se encuentra conforme con la Constitución, y el* ejercicio de tal competencia será legítima, si es que, (...) se realiza respetando los derechos consagrados en la Carta Magna, entre ellos los derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley, al honor y buena reputación, al trabajo, etc.".

4. El caso de autos coincide parcialmente con el precedente antes expuesto, en la medida que el fundamento de uno de los petitorios del recurrente es precisamente que se declare inaplicable la Resolución Ministerial N.º 1645-2004-DP/SDAPE/ING, que ordena el pase del recurrente a la situación de retiro por causal de renovación. Se advierte que no ocurre lo mismo con el contenido del primer petitorio planteado en la demanda, referido a que se declare la

ineficacia de la Resolución Ministerial N.º 1445-2004-DE/EP/DP-SDAPE, y en el que se solicita que se proceda a reestructurar el Cuadro de Méritos y de Ascensos con la finalidad de conseguir el ascenso del recurrente al grado de Coronel, que -según reafirma el actor- le corresponde.

5. En concordancia con lo resuelto por este Tribunal en el precedente vinculante citado en el fundamento 3 de esta sentencia (Caso Callegari), hay una serie de criterios que se ha establecido en dicho precedente (Apartado 7) referidos a los derechos fundamentales de la persona y al pase a la situación de retiro por causal de renovación de cuadros en las Fuerzas Armadas, así como las pautas para la elaboración del análisis que corresponde en esta materia. Al respecto este Tribunal Constitucional estima que, en el caso de autos, no es preciso realizar el análisis de adecuación con relación a: (i) la discrecionalidad de la decisión, (ii) el concepto de interés público, y (iii) el concepto de arbitrariedad, pues todos estos conceptos son sin duda aplicables al caso de autos, análogamente a lo resuelto para el Caso Callegari ya referido.

6. Es importante señalar que (según lo establecido en el fundamento 25 del precedente vinculante) el acto de la Administración, mediante el que se materializa el pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, debe observar indefectiblemente el cumplimiento de las garantías que comprenden el derecho complejo al debido proceso, constitucionalmente consagrado en el artículo 139º, numeral 3.

A continuación se procederá a desarrollar el análisis para el caso de autos respecto del cumplimiento de ciertas condiciones –específicamente en lo que al debido proceso se refiere- de acuerdo a los parámetros desarrollados y establecidos por este Tribunal en los fundamentos esgrimidos para el Caso Callegari ya citado, los cuales deben observarse siempre que se disponga el pase a retiro por causal de renovación:

El derecho de defensa

7. El derecho de defensa consagrado en el artículo 139º, numeral 14 de la Constitución Política, está previsto para proteger a la persona del estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionador. Ha quedado sentado que el pase a retiro por renovación no constituye una sanción por una conducta antijurídica, y por tanto en él no tiene lugar el ejercicio del derecho de defensa.

8. En la línea de lo afirmado por este Tribunal respecto a que el acto de la Administración, generador del pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no constituye una sanción, ni el proceso mismo tiene la naturaleza de un procedimiento administrativo sancionador, se concluye que la evaluación del ejercicio del derecho de defensa, por la propia naturaleza del acto, carece de relevancia en el presente análisis.

La motivación de las resoluciones

9. Esta garantía del debido proceso ha sido desarrollada en el precedente establecido para el Caso Callegari, específicamente en los fundamentos 30 a 34, en los que se afirma que la motivación de una decisión no se circunscribe a citar la norma legal que la ampara, sino sobre todo supone exponer las razones de hecho y el fundamento jurídico que justifican la decisión adoptada.

10. Al respecto debe indicarse que la Resolución Ministerial N.º 1645-2004-DP/SDAPE/ING, materia de cuestionamiento, que resuelve pasar a la situación de retiro por causal de renovación al recurrente, en la parte considerativa de su estructura no motiva adecuadamente las razones que sustentan la decisión del pase a retiro para el caso concreto del demandante; por lo demás, no se puede perder de vista que la emisión de tal resolución ministerial responde al ejercicio de una potestad discrecional, que por carecer de motivación adecuada y suficiente incurre en la arbitrariedad. Este Colegiado estima, pues, que la resolución ministerial referida no expone las razones de interés público que obligan a la institución a adoptar esta medida.

11. La resolución ministerial cuestionada indica que "La Junta Calificadora respectiva inició y concluyó una evaluación detallada de cada uno de los Legajos Personales de los Oficiales Superiores propuestos, (...) formulando la recomendación sobre los Oficiales Superiores que deben pasar a la situación de retiro por la causa de renovación, considerando los indicadores objetivos de las necesidades de personal de la Institución" (subrayado agregado). El tenor de la resolución ministerial cuestionada, en líneas generales, está constituido por la cita de normas aplicables y directivas en general; sin embargo, no es posible encontrar un nexo causal entre las necesidades o el interés público que justifican la decisión de pase a retiro por renovación y la medida adoptada, lo cual convierte este acto en nulo; más aún cuando no se detallan los criterios y el contenido del análisis realizado por la Junta Calificadora para elevar la recomendación respecto a los oficiales a los que se debe pasar a la situación de retiro por causal de renovación.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad

12. Asimismo no se advierte razonabilidad entre el hecho generador o propulsor de la decisión o medida adoptada y el efecto logrado; es decir, si lo que se pretende es la reducción del número de efectivos en forma equilibrada y gradual, tampoco queda claro cuál es el sustento que confirme que el pase a retiro del actor coadyuva a la consecución de tal fin, ni tampoco si tal pase, en efecto, es el único medio para lograrlo; ello en consonancia con la proporcionalidad, que como se indica en el fundamento 35 del precedente vinculante (que sirve de base al presente análisis), no es más que una modalidad de la razonabilidad, denominada razonabilidad instrumental. En la resolución ministerial se cita la intervención de una Junta Calificadora, sin embargo no se mencionan cuáles han sido los criterios objetivos ni los estándares de evaluación empleados que justifican los resultados de la evaluación realizada.

Derecho al trabajo

13. Como parte del contenido esencial del derecho al trabajo, constitucionalmente consagrado en el artículo 22º de la Carta Magna, no sólo se define el acceso a un puesto de trabajo sino el derecho a conservarlo. En el caso, tratándose de un acto de la Administración que carece de razonabilidad (de acuerdo al análisis realizado en el fundamento 11) y que por tanto es arbitrario en su contenido, se afecta el ejercicio del derecho al trabajo del demandante, tal como lo desarrollan los fundamentos 37 a 39 del precedente vinculante, reseñado en el fundamento 2 de esta sentencia.

Derecho a la igualdad ante la ley

14. El derecho a la igualdad está consagrado en el artículo 2º, numeral 2 de la Constitución Política, y, en el ámbito laboral, se desarrolla específicamente en el artículo 26º, numeral 1 de la Constitución Política, así se consagra como uno de los principios que regulan la relación laboral la *igualdad de oportunidades sin discriminación.* En esa misma línea el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derecho Humanos exige que los tratamientos diferenciados estén plenamente justificados de modo objetivo y razonable, más aún cuando los responsables de realizarlo lo efectúen en el ejercicio de funciones públicas.

Es claro que en el caso de autos debido incluso a la carencia de motivación en la resolución que ordena el pase a retiro del recurrente, estamos ante una evidente ausencia de elementos objetivos que permitan evaluar la diferenciación y la necesidad de disponer el pase a retiro por causal de renovación del oficial demandante, y no de otros oficiales que, estando en igualdad de situación, aun mantienen su calidad de oficiales en actividad dentro de la institución; máxime si, como el demandante afirma, ocupó el primer puesto en el proceso extraordinario 2005, como se corroborar con el documento de fojas 6. De lo mencionado es previsible afirmar que el recurrente tenía proyección en la carrera, y este hecho objetivo descrito, que hace referencia a los resultados o calificaciones del recurrente, se presenta como un elemento objetivo que lo debiera beneficiar. No se debe perder de vista que, si bien el pase a retiro por causal de renovación no constituye, *per se,* una sanción, no es menos cierto que constituye un acto que pone fin a la carrera iniciada, y por ser un hecho de tal envergadura, su justificación y mandato deben ir acompañados de situaciones objetivas que no den lugar a diferenciaciones arbitrarias, en la medida que no sea posible que ante igualdad de condiciones se manifieste diferenciación dentro de una misma categoría de oficiales, dando paso a un tratamiento desigual entre pares.

Derecho al honor y a la buena reputación

15. Este derecho, constitucionalmente consagrado en el artículo 2º numeral 7, ha sido vulnerado con la emisión de una resolución inmotivada, tal como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional en los fundamentos 44 y 45 del Caso Callegari.

B. En cuanto a la nulidad de la Resolución Ministerial N.° 1445-2004-DE/EP/DP-SDAPE

16. El recurrente, como parte del petitorio de la demanda de amparo, solicita que se declare inaplicable la Resolución Ministerial N.° 1445-2004-DE/EP/DP-SDAPE, de fecha 22 de diciembre de 2004, mediante la que se detalla la relación de los oficiales ascendidos, entre los cuales no se le comprende. Al respecto el Tribunal Constitucional –de forma análoga que para el caso de los ascensos de oficiales de la Policía Nacional, cuyo argumento es de aplicación a las Fuerzas Armadas en este extremo- ha precisado que el "*(...) ascenso de los oficiales de la Policía Nacional no es automático, sino que requiere de un proceso de evaluación de carácter eliminatorio (...), el mismo que contempla diversos factores de evaluación y selección para determinar el orden de méritos (...) Sólo al final del proceso, el ascenso de los oficiales policías es otorgado por Resolución Suprema*" (subrayado agregado) (STC. N.° 1338-2004-AA/TC, fundamento 3).

17. En el caso de autos el demandante no ha acreditado haber cumplido con el proceso de evaluación para el ascenso a Coronel, por lo que no compete a este Colegiado pronunciarse con relación a este extremo del petitorio, que requiere de una actuación probatoria en extenso, con relación al proceso de evaluación para el ascenso, más aún cuando de lo obrante en el expediente no se logra generar convicción respecto de la viabilidad de restituir un derecho vulnerado en este aspecto.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo relativo a la inaplicación de la Resolución Ministerial N.° 1645-2004/DP/SDAPE/ING, por no cumplir con las condiciones previstas en el desarrollo de los fundamentos de la STC N.° 0090-2004-AA/TC, y que deben ser observadas por la Administración en las resoluciones de pase a retiro por renovación conforme al fundamento 47 del precedente vinculante expresado en tal sentencia.

2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en los demás extremos, por cuanto el amparo no es la vía idónea para esclarecer hechos controvertidos sometidos a probanza.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMIREZ
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico

FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 07473-2006-PA/TC
LIMA
EUSEBIO ARTURO ARENAS ÁLVAREZ

VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Me adhiero a lo resuelto por los Magistrados Mesía Ramírez y Álvarez Miranda, y con el respeto que se merece el Magistrado cuyo voto genera la discordia considero oportuno subrayar de manera particular los siguientes fundamentos:

1. Como es conocido en la teoría general del proceso el rechazo liminar constituye una facultad judicial implícita, que encuentra un entronque de justificación en los principios de la dirección judicial y la economía procesal, posibilitando de este modo que el juez del amparo pueda repeler *ab initio* un postulatorio de la demanda. Dicha facultad ha sido reconocida de forma expresa por nuestra legislación; y esto, se puede evidenciar en las causales establecidas en el artículo 5º en concordancia con el artículo 38º del Código Procesal Constitucional, lo cual genera que se active la cláusula 47º del mismo cuerpo normativo que regula el rechazo *in límine*.

2. No obstante ello, el instituto del rechazo liminar tiene dos caras como el *dios Jano,* porque a parte del extremo indicado en el considerando precedente, igualmente puede generar un *maniqueísmo judicial* sistemático del recurso fácil y expeditivo del rechazo *in límine*. Estamos convencidos que la figura del rechazo liminar no deberá aplicarse de manera automática por parte de los operadores jurídicos, sino por el contrario deberá ser interpretadas conforme al pórtico hermenéutico contenido en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el cual en su artículo III ha previsto entre otros el principio de *pro actione* que establece que ante la duda de proseguir o no con la tramitación de un proceso constitucional, el operador jurídico deberá optar por la continuación del mismo pues ello, resulta siendo una medida de carácter garantista para los derechos fundamentales.

3. Dentro de esta línea de ideas, se aprecia del caso concreto que un extremo del petitorio está conforme con lo resuelto en la STC 0090-2004-AA/TC. En tal sentido se justifica plenamente la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo de la materia. Sostenemos ello en virtud del mandato establecido en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, que señala que la finalidad de los procesos constitucionales es la de proteger los derechos constitucionales.

4. El presente caso es uno en el que se está cuestionando la constitucionalidad de dos Resoluciones Ministeriales (1645-2004-DP/SDAPE/ING y 1445-2004-DE/EP/DP-SDAPE) a través de las cuales se pasa al demandante a situación de retiro por causal de renovación y en la segunda de ellas no se lo consigna como uno de los Oficiales ascendidos al grado inmediato superior, pese a que en el

cuadro de méritos ocupaba el primer lugar. Por ello alega el demandante que dichas Resoluciones Ministeriales son arbitrarias.

5. Es necesario señalar que el Tribunal Constitucional ha tenido una línea jurisprudencial que ha ido evolucionando de cara a una efectiva afirmación de la dignidad de la persona, cumpliendo el mandato previsto en el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, pues este principio (entiéndase dignidad de la persona) es un canon de valoración vinculado directamente a los derechos fundamentales.

6. Para mejor entender al presente voto, habrá de tenerse en cuenta que únicamente podrá ser objeto de valoración jurídico constitucional la resolución por la cual se lo pasa a situación de retiro por renovación de cuadros, esto es la resolución 1645-2004-DP/SDAPE/ING.

7. Si bien es cierto que por mandato constitucional contenido en el artículo 167° de la Constitución Política del Perú el Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, por otro lado se ha previsto en el artículo 58 de la Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea que señala que "*...con el fin de procurar la renovación constante de los cuadros de Oficiales, podrán pasar a la situación de retiro por la causal de renovación, los Oficiales de Armas, Comando y Servicios de los Grados de Mayor y Capitán de Corbeta hasta General de División, Vicealmirante y Teniente General, de acuerdo a las necesidades que determine cada Instituto, y que los Comandantes Generales de cada Instituto deberán necesariamente elevar la respectiva propuesta, cuya aprobación es potestad del Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas, es decir, del Presidente de la República, en el caso de los Oficiales Generales y Almirantes, y del Ministro de Defensa, en el caso de los Oficiales Superiores...*".

8. Como se podrá apreciar del tenor literal de la ley antes referida, la situación de pase a retiro es un acto de mera discrecionalidad de los órganos titulares de las Fuerzas Armadas y Policiales. Sin embargo, por más de que ésta sea una tarea discrecional prevista en la ley, ello no significa que dicha actividad esté al margen de la protección constitucional, con lo que se estaría negando que los actos de la administración pública tengan el carácter de absolutos.

9. En el caso de autos debemos identificar qué derechos constitucionales se habrían vulnerado con la resolución que es objeto de análisis. Así, podemos identificar que el primero de ellos es el derecho al debido proceso, el que, según lo establecido por la doctrina, es "un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de estos. [Bustamante

Alarcón, Reynaldo, "El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo", Cit. por Javier Dolorier Torres en "Diálogo con la Jurisprudencia", Año 9, número 54, marzo 2003, *Gaceta Jurídica*, Lima, pág.133]. Con similar criterio, Luis Marcelo De Bernardis define al debido proceso como "el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la justicia en el caso concreto".

10. Al respecto, este Colegiado en reiteradas ejecutorias ha establecido que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139.° de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, "judicial", sino también una "administrativa" y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, se extiende a "cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana." (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

11. En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo –como en el caso de autos–, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

12. Como ya lo ha precisado el Tribunal Constitucional en nutrida jurisprudencia, el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo. Entre estos derechos de cotización constitucional y de relevancia para el presente caso se cuentan los principios de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y el derecho a la motivación de las resoluciones. Es por ello que considero que el acto de la Administración mediante el cual se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, debe observar las garantías que comprenden el derecho al debido proceso.

13. Corresponde dilucidar aquí si es que habría existido la violación del derecho a la motivación de las resoluciones previsto en el artículo 139º, inciso 5, de la Constitución Política del Perú. Siguiendo a lo previsto en el referido artículo constitucional el inciso 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N.º 27444, del Procedimiento Administrativo General, establece que forma parte del debido procedimiento administrativo el derecho del administrado a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Dicha motivación debe efectuarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

14. El tema que nos ocupa en el presente voto ha sido objeto de un pronunciamiento por parte de la Defensoría del Pueblo, en su Informe Defensorial N.º 56, cuando

señala "... *que con la práctica de pasar a retiro por renovación sin una adecuada motivación se estaría truncando la carrera militar o policial de numerosos oficiales, lo que podría ocasionar distorsiones en la adecuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a los valores que sustentan la democracia ...*".

15. En tal sentido la motivación es uno de los requisitos esenciales del acto administrativo. Por ello es que este Tribunal Constitucional reitera que 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.

16. Otro de los derechos que se evidencian como afectados es el derecho al trabajo, el cual está reconocido por el artículo 22º de la Constitución Política del Perú. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos: el primero, acceder a un puesto de trabajo, y el segundo, no ser despedido sino por causa justa. Respecto al primero, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; mientras que el segundo es el que resulta relevante para resolver la causa: se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido, salvo por causa justa.

17. Este precepto constitucional no se ha tomado en consideración el caso de los pases a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, ya que la ausencia de motivación en el acto administrativo no permite advertir una justificación objetiva y razonable para decidirlos, atentando contra el derecho al trabajo del oficial afectado.

En tal sentido queda expresada mi posición respecto al voto emitido en mayoría.

Sr.

ETO CRUZ

Lo que certifico

FRANCISCO MORALES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 07473-2006-PA/TC
LIMA
EUSEBIO ARTURO ARENAS ÁLVAREZ

VOTO DE LOS MAGISTRADOS MESÍA RAMÍREZ Y ÁLVAREZ MIRANDA

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Eusebio Arturo Arenas Álvarez contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 101, su fecha 30 de marzo de 2006, que declara improcedente la demanda de amparo autos, los magistrados firmantes emiten el siguiente voto:

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de mayo de 2005 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Defensa, solicitando que se declare inaplicable la Resolución Ministerial N.° 1645-2004-DP/SDAPE/ING, del 28 de diciembre de 2004, que lo pasó a la situación de retiro por la causal de renovación; asimismo, que se declare inaplicable la Resolución N.° 1445-2004-DE/EP/DP-SDAPE, del 22 de diciembre de 2004, en el extremo que no lo asciende al grado de Coronel de Ingeniería; y que por consiguiente se ordene al emplazado que lo ascienda a dicho grado. Manifiesta que venía desempeñándose hasta el año 2004 como Teniente Coronel de Ingeniería del Ejército Peruano, encontrándose expedito como candidato al ascenso al grado de Coronel, por lo que debió ser ascendido en el año 2005; que, no obstante que en el cuadro de mérito se encontraba ubicado en el primer puesto, el Comité de Selección propuso el ascenso de oficiales que se encontraban en el segundo y tercer puestos; que se transgredió el procedimiento preestablecido de ascensos; y que fue pasado a la situación de retiro, por la causal de renovación, a consecuencia de no haber sido ascendido. Agrega que se han vulnerado sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

El Quincuagésimo Segundo Juzgado Especializado Civil del Lima, con fecha 26 de mayo de 2005, declara improcedente, liminarmente, la demanda, por considerar que se requiere de la actuación de medios probatorios para dilucidar la competencia, razón por la cual la vía idónea es la acción contencioso-administrativa.

La recurrida confirma la apelada, por estimar que existe otra vía igualmente satisfactoria para resolver el caso, por lo que debe aplicarse el inciso 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

FUNDAMENTOS

Cuestión preliminar

1. No obstante que se ha producido quebrantamiento de forma, puesto que la demanda fue rechazada liminarmente, a pesar que no resulta manifiestamente improcedente, consideramos que, tomando en cuenta la naturaleza de los derechos constitucionales en juego y la urgencia de su tutela, es oportuno emitir pronunciamiento de fondo, pues además existen elementos de juicio suficientes para resolver la controversia.

Delimitación del petitorio

2. El objeto de la pretensión planteada es que se declare inaplicable la Resolución Ministerial N.º 1445-2004-DE/EP/DP-SDAPE, de fecha 22 de diciembre de 2004, que consigna la relación de oficiales ascendidos, entre los que no se considera al recurrente. Además, se solicita que se deje sin efecto legal la Resolución Ministerial N.º 1645-2004-DP/SDAPE/ING, de fecha 28 de diciembre de 2004, que dispone el pase del recurrente de la situación de actividad a la situación de retiro por causal de renovación, y que se ordene su reincorporación a la situación de actividad en el Ejército Peruano.

A. Análisis de la controversia a la luz del precedente vinculante STC N.º 0090-2004-AA/TC, en cuanto al pase a retiro por renovación

3. El Tribunal Constitucional ha establecido en lo resuelto en el Caso Callegari (Exp. 0090-2004-AA/TC) para el tema de pase a retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, en el fundamento 7, respecto a la potestad presidencial para la aplicación de la causal de renovación en el pase a retiro -y, en su caso, la del Ministro de Defensa- lo siguiente: "*(...), en concordancia con los artículos 167º y 168º de la Constitución (...)- no puede entenderse como una competencia cuyo ejercicio se sustraiga del control constitucional, ni tampoco como que tal evaluación únicamente deba realizarse en virtud de la ley y los reglamentos, pues (...) esa regulación legal sólo podrá ser considerada como válida si es que se encuentra conforme con la Constitución, y el* ejercicio de tal competencia será legítima, si es que, (...) se realiza respetando los derechos consagrados en la Carta Magna, entre ellos los derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley, al honor y buena reputación, al trabajo, etc.".

4. El caso de autos coincide parcialmente con el precedente antes expuesto, en la medida que el fundamento de uno de los petitorios del recurrente es precisamente que se declare inaplicable la Resolución Ministerial N.° 1645-2004-DP/SDAPE/ING, que ordena el pase del recurrente a la situación de retiro por causal de renovación. Se advierte que no ocurre lo mismo con el contenido del primer petitorio planteado en la demanda, referido a que se declare la ineficacia de la Resolución Ministerial N.° 1445-2004-DE/EP/DP-SDAPE, y en el que se solicita que se proceda a reestructurar el Cuadro de Méritos y de Ascensos con la finalidad de conseguir el ascenso del recurrente al grado de Coronel, que -según reafirma el actor- le corresponde.

5. En concordancia con lo resuelto por el Tribunal en el precedente vinculante citado en el fundamento 3 de esta sentencia (Caso Callegari), hay una serie de criterios que se ha establecido en dicho precedente (Apartado 7) referido a los derechos fundamentales de la persona y al pase a la situación de retiro por causal de renovación de cuadros en las Fuerzas Armadas, así como las pautas para la elaboración del análisis que corresponde en esta materia. Consideramos que, en el caso de autos, no es preciso realizar el análisis de adecuación con relación a (i) la discrecionalidad de la decisión, (ii) el concepto de interés público, y (iii) el concepto de arbitrariedad, pues todos estos conceptos son sin duda aplicables al caso de autos, análogamente lo resuelto para el Caso Callegari ya referido.

6. Estimamos importante señalar que (según lo establecido en el fundamento 25 del precedente vinculante) el acto de la Administración, mediante el que se materializa el pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, debe observar indefectiblemente el cumplimiento de las garantías que comprenden el derecho complejo al debido proceso, constitucionalmente consagrado en el artículo 139°, numeral 3.

A continuación procederemos a desarrollar el análisis para el caso de autos respecto del cumplimiento de ciertas condiciones –específicamente en lo que al debido proceso se refiere- de acuerdo a los parámetros desarrollados y establecidos por este Tribunal en los fundamentos esgrimidos para el Caso Callegari ya citado, los cuales deben observarse siempre que se disponga el pase a retiro por causal de renovación:

El derecho de defensa

7. El derecho de defensa consagrado en el artículo 139°, numeral 14 de la Constitución Política, está previsto para proteger a la persona del estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionador. Ha quedado sentado que el pase a retiro por renovación no constituye una sanción

por una conducta antijurídica, y por tanto en él no tiene lugar el ejercicio del derecho de defensa.

8. En la línea de lo afirmado por el Tribunal Constitucional respecto a que el acto de la Administración, generador del pase a retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, no constituye una sanción, ni el proceso mismo tiene la naturaleza de un procedimiento administrativo sancionador, consideramos que la evaluación del ejercicio del derecho de defensa, por la propia naturaleza del acto, carece de relevancia en el presente análisis.

La motivación de las resoluciones

9. Esta garantía del debido proceso ha sido desarrollada en el precedente establecido para el Caso Callegari, específicamente en los fundamentos 30 a 34, en los que se afirma que la motivación de una decisión no se circunscribe a citar la norma legal que la ampara, sino sobre todo supone exponer las razones de hecho y el fundamento jurídico que justifican la decisión adoptada.

10. Al respecto debemos indicar que la Resolución Ministerial N.º 1645-2004-DP/SDAPE/ING, materia de cuestionamiento, que resuelve pasar a la situación de retiro por causal de renovación al recurrente, en la parte considerativa de su estructura no motiva adecuadamente las razones que sustentan la decisión del pase a retiro para el caso concreto del demandante; por lo demás, no se puede perder de vista que la emisión de tal resolución ministerial responde al ejercicio de una potestad discrecional, que por carecer de motivación adecuada y suficiente incurre en la arbitrariedad. Creemos, pues, la resolución ministerial referida no expone las razones de interés público que obligan a la institución a adoptar esta medida.

11. La resolución ministerial cuestionada indica que "La Junta Calificadora respectiva inició y concluyó una evaluación detallada de cada uno de los Legajos Personales de los Oficiales Superiores propuestos, (...) formulando la recomendación sobre los Oficiales Superiores que deben pasar a la situación de retiro por la causa de renovación, considerando los indicadores objetivos de las necesidades de personal de la Institución" (subrayado agregado). El tenor de la resolución ministerial cuestionada, en líneas generales, está constituida por la cita de normas aplicables y directivas en general; sin embargo, no es posible encontrar un nexo causal entre las necesidades o el interés público que justifican la decisión de pase a retiro por renovación y la medida adoptada, lo cual convierte este acto en nulo, más aún cuando no se detallan los criterios y el contenido del análisis realizado por la Junta Calificadora para elevar la recomendación respecto a los oficiales a los que se debe pasar a la situación de retiro por causal renovación.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad

12. Asimismo no encontramos que exista razonabilidad entre el hecho generador o propulsor de la decisión o medida adoptada y el efecto logrado, es decir, si lo que se pretende es la reducción del número de efectivos en forma equilibrada y gradual; tampoco queda claro cuál es el sustento que confirme que el pase a retiro de este Oficial Superior coadyuva a la consecución de tal fin, ni tampoco si éste, en efecto, es el único medio para lograrlo; ello en consonancia con la proporcionalidad, que como se indica en el fundamento 35 del precedente vinculante (que sirve de base al presente análisis), no es más que una modalidad de la razonabilidad, denominada razonabilidad instrumental. Se cita en la resolución ministerial la intervención de una Junta Calificadora, sin embargo no se mencionan cuáles han sido los criterios objetivos ni los estándares de evaluación empleados que justifican los resultados de la evaluación realizada.

Derecho al trabajo

13. Como parte del contenido esencial del derecho al trabajo, constitucionalmente consagrado en el artículo 22° de la Carta Magna, no sólo se define el acceso a un puesto de trabajo sino el derecho a conservarlo. En el caso, tratándose de un acto de la Administración que carece de razonabilidad (de acuerdo al análisis realizado en el fundamento 11) y que por tanto es arbitrario en su contenido, se afecta el ejercicio del derecho al trabajo del demandante, tal como lo desarrollan los fundamentos 37 a 39 del precedente vinculante, reseñado en el fundamento 2 de esta sentencia.

Derecho a la igualdad ante la ley

14. El derecho a la igualdad está consagrado en el artículo 2°, numeral 2 de la Constitución Política, y en el ámbito laboral, se desarrolla específicamente en el artículo 26°, numeral 1 de la Constitución Política, así se consagra como uno de los principios que regulan la relación laboral la *igualdad de oportunidades sin discriminación.* En esa misma línea el artículo 1° de la Declaración Universal de los Derecho Humanos exige que los tratamientos diferenciados estén plenamente justificados de modo objetivo y razonable, más aún cuando los responsables de realizarlo lo efectúen en el ejercicio de funciones públicas.

Es claro que en el caso de autos debido incluso a la carencia de motivación en la resolución que ordena el pase a retiro del recurrente, estamos ante una evidente ausencia de elementos objetivos que permitan evaluar la diferenciación y la necesidad de disponer el pase a retiro por causal de renovación del oficial demandante, y no de otros oficiales que, estando en igualdad de situación, aun mantienen su calidad de oficiales en actividad dentro de la institución; máxime si,

como el demandante afirma, ocupó el primer puesto en el proceso extraordinario 2005, como se corroborar con el documento de fojas 6. De lo mencionado es previsible afirmar que el recurrente tenía proyección en la carrera, y este hecho objetivo descrito, que hace referencia a los resultados o calificaciones del recurrente, se presenta como un elemento objetivo que lo debiera beneficiar. No se debe perder de vista que, si bien el pase a retiro por causal de renovación no constituye, *per se,* una sanción, no es menos cierto que constituye un acto que pone fin a la carrera iniciada, y por ser un hecho de tal envergadura, su justificación y mandato deben ir acompañados de situaciones objetivas que no den lugar a diferenciaciones arbitrarias, en la medida que no sea posible que ante igualdad de condiciones se manifieste diferenciación dentro de una misma categoría de oficiales, dando paso a un tratamiento desigual entre pares.

Derecho al honor y a la buena reputación

15. Este derecho, constitucionalmente consagrado en el artículo 2° numeral 7, ha sido vulnerado con la emisión de una resolución inmotivada, tal como ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional en los fundamentos 44 y 45 del Caso Callegari.

B. En cuanto a la nulidad de la Resolución Ministerial N.° 1445-2004-DE/EP/DP-SDAPE

16. El recurrente, como parte del petitorio de la demanda de amparo, solicita que se declare inaplicable la Resolución Ministerial N.° 1445-2004-DE/EP/DP-SDAPE, de fecha 22 de diciembre de 2004, mediante la que se detalla la relación de los oficiales ascendidos, entre los cuales no se le comprende. Al respecto el Tribunal Constitucional –de forma análoga que para el caso de los ascensos de oficiales de la Policía Nacional, cuyo argumento es de aplicación a las Fuerzas Armadas en este extremo- ha precisado que el "*(...) ascenso de los oficiales de la Policía Nacional no es automático, sino que requiere de un proceso de evaluación de carácter eliminatorio (...), el mismo que contempla diversos factores de evaluación y selección para determinar el orden de méritos (...) Sólo al final del proceso, el ascenso de los oficiales policías es otorgado por Resolución Suprema*" (subrayado agregado) (STC. N.° 1338-2004-AA/TC, fundamento 3).

17. En el caso de autos el demandante no ha acreditado haber cumplido con el proceso de evaluación para el ascenso a Coronel, por lo que consideramos que no compete pronunciarse con relación a este extremo del petitorio, que requiere de una actuación probatoria en extenso, con relación al proceso de evaluación para el ascenso, más aún cuando de lo obrante en el expediente no se logra generar convicción respecto de la viabilidad de restituir un derecho vulnerado en este

aspecto.

Por estas razones nuestro voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda en el extremo relativo a la inaplicación de la Resolución Ministerial N.° 1645-2004/DP/SDAPE/ING, por no cumplir con las condiciones previstas en el desarrollo de los fundamentos de la STC N.° 0090-2004-AA/TC, y que deben ser observadas por la Administración en las resoluciones de pase a retiro por renovación conforme al fundamento 47 del precedente vinculante expresado en tal sentencia; y porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda en los demás extremos, por cuanto el amparo no es la vía idónea para esclarecer hechos controvertidos sometidos a probanza.

Sres.

MESÍA RAMIREZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR

EXP N.° 07473-2006-PA/TC
LIMA
EUSEBIO ARTURO ARENAS ÁLVAREZ

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

1. El recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Defensa, solicitando que se declare inaplicable la Resolución Ministerial N.° 1645-2004-DP/SDAPE/ING, del 28 de diciembre de 2004, que lo pasó a la situación de retiro por la causal de renovación, asimismo que se declare inaplicable la Resolución N.° 1445-2004-DE/EP/DP-SDAPE, de 22 de diciembre de 2004, en el extremo que no se le asciende al grado de Coronel de Ingeniería, y que por consiguiente se ordene al emplazado que lo ascienda a dicho grado. Manifiesta que venía desempeñándose hasta el año 2004 como Teniente Coronel de Ingeniería del Ejército Peruano, encontrándose expedito como candidato al ascenso al grado de Coronel, por lo que debió ser ascendido en el año 2005. También señala que no obstante estar en el cuadro de mérito en el primer puesto, el Comité de Selección propuso el ascenso de oficiales que se encontraban en el segundo y tercer puesto, habiéndose transgredido el procedimiento preestablecido de ascensos, siendo posteriormente pasado a la situación de retiro por la causal de renovación a consecuencia de no haber sido ascendido. Agrega que se han vulnerado sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

2. Las instancias precedentes han declarado improcedente *in límine* la demanda por considerar que se requiere de la actuación de medios para dilucidar la competencia, razón por la cual la vía idónea es la acción contencioso-administración, por lo que conforme señala el inciso 2) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, debe acudir a ella.

3. Entonces tenemos que el tema de la alzada trata de un rechazo liminar de la demanda (ab initio), en las dos instancias (grados) precedentes, lo que significa que no hay proceso y por lo tanto no existe demandado (emplazado). Por ello cabe mencionar que si el superior revoca el auto venido en grado para vincular a quien todavía no es demandado porque no ha sido emplazado por notificación expresa y formal, corresponde entonces revocarlo y ordenar al inferior a admitir la demanda a trámite y correr traslado de ella al demandado. Lo que se pone en conocimiento es "el recurso interpuesto" y no la demanda, obviamente, mandato que tiene el propósito de vincular al pretenso demandado con lo que resulte de la intervención de este Tribunal en relación especifica al auto cuestionado. Cabe mencionar que el artículo 47° del Código Procesal Constitucional es copia del artículo 427° del Código Procesal Civil en su parte final que

dice: "*Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes*", numeral que precisamente corresponde al rechazo ín limine de la demanda y las posibilidades que señala para el superior (confirmar o revocar el auto apelado).

4. Por tanto al concedérsele al actor el recurso extraordinario de agravio constitucional, el **principio de limitación** aplicable a toda la actividad recursiva le impone al Tribunal Constitucional (tribunal de alzada) la limitación de sólo referirse al tema del cuestionamiento a través del recurso de agravio constitucional, y nada más. Por ello es que el recurso de apelación concedido y notificado al que debería ser considerado demandado si la sala superior revoca el auto cuestionado, produce efectos para ambas partes.

5. El fundamento 1 del proyecto de resolución puesto a mi vista señala que "No obstante que se ha producido quebrantamiento de forma, puesto que la demanda fue rechazada liminarmente, a pesar que no resulta manifiestamente improcedente; este Colegiado, tomando en cuenta la naturaleza de los derechos constitucionales en juego y la urgencia de su tutela, opta por emitir pronunciamiento de fondo, por considerar que existen elementos de juicio suficientes a efectos de resolver la controversia planteada", pero no explica cuál es el derecho que requiere de tutela urgente, ingresándose al fondo sin mayor argumento que el expresado líneas arriba.

6. En el presente caso no se presenta un caso de tutela urgente que amerite pronunciamiento de fondo sin haber proceso ni demandado, por lo que sólo se tiene que analizar si se debe revocar o confirmar el auto venido en grado.

7. El demandante solicita se inaplique resoluciones que lo pasaron al retiro por causal de renovación, puesto que encontrándose en el primer puesto del cuadro de mérito no lo ascendieron, proponiéndose el ascenso de los que se encontraban posteriores a él en el referido cuadro, por lo que considera que se le ha vulnerado sus derechos al debido proceso, a la igualdad y al trabajo.

8. La STC N.º 0090-2004-AA/TC, precedente vinculante, se refiere al pase a retiro por renovación, señalando en su fundamento 7 con respecto a la potestad presidencial para la aplicación de la causal de renovación en el pase a retiro –y, en su caso, al del Ministro de Defensa- los siguiente: "*...en concordancia con los artículos 167.º y 168.º de la Constitución y aplicable también al caso de la Policía Nacional del Perú– , no puede entenderse como una competencia cuyo ejercicio se sustraiga del control constitucional, ni tampoco como que tal evaluación únicamente deba realizarse en virtud de la ley y los reglamentos, pues es absolutamente obvio que esa regulación legal sólo podrá ser considerada como válida si es que se encuentra conforme con la*

Constitución, y el ejercicio de tal competencia será legítima, si es que, al mismo tiempo, se realiza respetando los derechos consagrados en la Carta Magna, entre ellos los derechos al debido proceso, a la igualdad ante la ley, al honor y buena reputación, al trabajo, etc.". La pretensión del actor coincide parcialmente con la citada sentencia, puesto que el demandante solicita la inaplicabilidad de la Resolución Ministerial Nº 1645-2004-DP/SDAPE/ING, emitida por el Ministerio de Defensa, siendo evidente entonces que la solicitud del actor está dentro del contenido constitucionalmente protegido por el derecho invocado, conforme el precedente vinculante señalado.

9. En atención a lo señalado se concluye en que el juez de primera instancia ha incurrido en un error al juzgar, por lo que se debe revocar la resolución de rechazo liminar y admitirse a trámite la demanda de amparo.

Por las consideraciones expuestas mi voto es porque se **REVOQUE** el auto de rechazo liminar, debiéndose disponer al a quo admitir a trámite la demanda de amparo.

Sr.
VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

Dr. ERNESTO FIGUEROA BERNARDINI
SECRETARIO RELATOR