

LIBRO DE HOMENAJE AL DR. ENRIQUE DE RÁVAGO BUSTAMANTE

Compilador: TEODORO HAMPE MARTÍNEZ



Ediciones Misky
Lima • 2003

EL ACTO ADMINISTRATIVO NO MOTIVADO: ANÁLISIS DE ESTA FACULTAD DISCRECIONAL A PROPÓSITO DE UN FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Jorge Zevallos-Quñones Pita

*La discrecionalidad es el caballo de Troya
dentro del Estado de Derecho
(Hans Huber)*

1. Presentación

Se puede decir que el moderno Derecho Administrativo nace con la Revolución Francesa. La odiosa teoría de la infalibilidad regia en materia administrativa (que por delegación le favorecía al funcionario), las corruptelas y granjerías con los cargos públicos, en fin, el caos gubernativo de Luis XVI acabaron con la paciencia del pueblo francés, el cual, en uno de los momentos más gloriosos de la historia universal, gestó una nueva lengua, la lengua de los derechos,¹ en esa gesta se positivizó entre otros, la interdicción de la arbitrariedad del poder y el sometimiento de la administración a la ley, por lo mismo, Francia es pues, la cuna del Derecho Administrativo, alcanzando su pico máximo con la decisión de Napoleón, en 1806, de crear la sección de lo contencioso-administrativo en el Consejo de Estado francés.²

¹ Véase el libro de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Lengua de los Derechos. La Formación del Derecho Público Europeo*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

² Una historia detallada de esta evolución puede verse en la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, 5ta ed., Madrid, Civitas, 2000, p. 33-53.

Desde esa fecha y hasta hoy, ha mediado toda una dramática y no menos interesante creación doctrinario-judicial en materia del control judicial de las facultades regladas y discrecionales de la administración, así, de la profunda deferencia que se le guardaba a aquella a comienzos del siglo XIX,³ la que se graficaba con las limitadas técnicas recursivas que las leyes daban para impugnar los actos administrativos (España recién tuvo una ley de lo Contencioso-Administrativo en 1888 y el Perú en 2001) se ha pasado hoy en el derecho comparado a toda una gama de técnica de control de las facultades discrecionales, llegando incluso a sustituirse en sede judicial la decisión administrativa incorrecta, estas técnicas conjugadas con el derecho fundamental a un *debido proceso* han permitido abandonar por inútil la antigua solución del reenvío a sede administrativa con la consiguiente *vía crucis* del ciudadano o empresa que hacía de cualquier sentencia favorable, una mera victoria pírrica, por otro lado, la recepción de las medidas cautelares contra la administración ha dado gran vigor a la *tutela judicial efectiva* en la lucha contra las inmunidades del poder administrativo, inmunidad que halló máximo privilegio a raíz del tan cuestionado *principio de autotutela* de la administración (paliado hoy con las medidas cautelares) que le permitía a ésta ejecutar su decisión, así haya sido cuestionada mediante algún recurso nulificadorio o impugnatorio.⁴

En nuestro país, la notable tradición de administrativistas ha puesto énfasis en la descripción de la organización del poder administrativo, son escasos los tratados que describan las facultades discrecionales de la administración, para el caso del tema que nos ocupa, nada se ha dicho

³ Para el caso peruano, baste leer algunos de las fundamentaciones expuestas en la *Compilación de vistas fiscales*, hecha por Alfredo GASTÓN para comprender esta deferencia sobre todo en materia de responsabilidad extracontractual (Lima, Imprenta del Estado, 2 vols., 1873-1875). Por su parte, Fernando de TRAZEGNIES, ha realizado un profundo estudio en materia de *torts*; ver “Daños causados por el Estado”, en *La Responsabilidad Extracontractual*, PUCP, Fondo Editorial, 1988, tomo II, p. 219-253.

⁴ Véase nuestro artículo “Medidas cautelares contra la Administración Pública”, en *Apuntes de Derecho. Revista de Investigación Jurídica* (UNMSM), 1997, año II, N° 1, p. 147-159.

todavía sobre el control judicial de las facultades discrecionales,⁵ se practica, pues, una excesiva deferencia hacia este poder, ello ocasiona la falta de recepción de tópicos claves, hecho que ha llevado al análisis *de refilón* de sus categorías básicas, por parte de otras disciplinas, el caso del análisis de las facultades discrecionales, por ejemplo, ha sido acometido por los constitucionalistas –bajo la alternativa doctrinal del acto político–,⁶ o desconociendo su raíz administrativa, a propósito de la no ratificación de los magistrados por parte del Consejo Nacional de la Magistratura.⁷

La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) en el caso General Alatrasta c/ Ministerio de Defensa (21 de octubre del 2002) pone *la pica en Flandes* en el tópico bajo comentario pues justifica cierta facultad discrecional (innecesidad de motivar un acto administrativo amparándose en el concepto jurídico indeterminado: seguridad pública) por parte de un brazo de la administración pública (el Ministerio de Defensa) a efectos de pasar al retiro por *renovación* a un militar. Tamaña decisión merece ser analizada desde las arenas del Derecho Administrativo.

2. La motivación del acto en el Derecho Administrativo

El acto administrativo, o sea, la decisión que emite un funcionario público o ente colegiado y que va a resolver una situación jurídico-

⁵ Recientes publicaciones sobre Derecho Administrativo confirman nuestro aserto: JOSÉ BARTRA CAVERO, *Procedimiento Administrativo*, Huallaga Editorial, 2002; MARCO CABRERA VÁSQUEZ, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Gráfica Horizonte, 2001; PEDRO SAGASTEGUI URTEAGA et al., *La Justicia Administrativa en el Perú*, Editorial Exituno, 2002; GIOVANNI PRIORI POSADA, *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo*, Ara Editores, 2002.

⁶ CÉSAR LANDA, “Justicia Constitucional y Political Questions”, en *Pensamiento Constitucional* (PUCP), año VII, N° 7, 2000, p. 11-140.

⁷ Véase el *dossier* especial sobre la no ratificación de jueces en *Diálogo con la Jurisprudencia*, enero 2003, N° 52.

administrativa, necesita revestir de un mínimo de formalidades fijadas por la ley,⁸ siendo una de ellas la motivación.

Para la doctrina “la motivación es la exigencia de hacer pública las razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto; por la motivación se podrán conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justificaron el acto”.⁹ De otro lado, nuestra novísima Ley de Procedimientos Administrativos (en adelante LPAG) reclama que aquella deba ser “expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado”.¹⁰

De manera excepcional se considera innecesario motivar tanto los actos administrativos de mero trámite (“téngase presente”, “córrase traslado”, etc.) como ciertas contestaciones positivas a determinados pedidos de un administrado, en la medida que no perjudiquen derechos de terceros.

La falta de motivación de un acto administrativo se corrige con la revocación de aquel por la propia entidad emisora –a pedido de parte o de oficio– (recurso impugnativo/nulidad), si acaso esta anomalía se confirmara en la última instancia administrativa, hay que acudir al poder judicial a efectos de interponer un recurso contencioso-administrativo o una acción de amparo, más, optar por uno u otro dependerá de la vulneración o mala interpretación de la ley y/o de un contrato estatal o de la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental

⁸ Ley 27444 [Ley del Procedimiento Administrativo General] del 21.03.2001. En el capítulo I se fija el concepto de acto administrativo, modalidades, requisitos de validez, forma, objeto o contenido y motivación (artículos 1 al 6). Para un estudio más profundo véase Juan Carlos MORÓN URBINA, *Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, 2001, p. 61-84.

⁹ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Procedimiento Administrativo*, Madrid, Civitas, 2000, p. 216. En honor a este gran tratadista español, el Instituto Hispanoamericano de Derecho Administrativo lleva su nombre.

¹⁰ *Ley de Procedimiento Administrativo General*, Jurista Editores, 2001, p. 18.

consagrado en convenciones internacionales o en la constitución política de nuestro país.

Es conveniente acotar que en sede nacional y hasta el año 2001, debido a una falta de recepción de la moderna doctrina del control judicial de la administración pública y a la inexistencia de una ley para lo Contencioso-Administrativo, se ha optado mayormente por demandar a la Administración Pública a través del recurso de amparo, si bien, con las enormes limitaciones metodológico-operativas que ello acarrea.¹¹

3. Facultad reglada, facultad discrecional y su control judicial

El poder administrativo tiene un sinnúmero de cometidos y cumplimientos de funciones inherentes a él y para exteriorizar su voluntad utiliza el acto administrativo, los ejemplos son variopintos: tomar la decisión final en un concurso público, responder los reclamos planteados por los administrados, nombrar funcionarios, conceder una concesión, cancelar un permiso, etc.; en virtud de ello se remite al ordenamiento jurídico-administrativo para dar solución a las desinteligencias y/o incertidumbres que sobrevengan.

Cuando la solución de un caso está en la mera aplicación de un dispositivo legal, el poder administrativo ejerce sus facultades regladas,

¹¹ “El fenómeno de la amparización de la justicia en el Perú y la falta de vulgarización de las técnicas técnicas de control que se usan en el recurso contencioso-administrativo han dado pábulo a que –agotada o no la vía administrativa– se prefiera optar por el remedio procesal extremo [el Recurso de Amparo], empero, no todo acto administrativo...importa un acto lesivo contra los derechos fundamentales del justiciable; la mayoría de las veces los actos administrativos irregulares obedecen a distorsiones en las facultades regladas y/o en las potestades discrecionales de los entes que los emitieron, siendo imposible conectar muchos conflictos contra la administración pública a la hipótesis de violación de derechos constitucionales. De esta manera, el 90 por ciento de los amparos contra la administración pública terminan declarándose improcedentes o infundados...”. Extracto de nuestro artículo “La lucha contra las inmunidades del Poder Administrativo”, en: *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1998, N° 29, p. 46.

es decir, “reduce a la administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado también agotadoramente”.¹²

Adelantándonos al caso bajo análisis, decimos que, a la fecha, ningún ordenamiento jurídico-administrativo avanzado¹³ recoge la tesis que para determinadas circunstancias, el poder administrativo pueda ampararse en las facultad reglada para no fundamentar un acto administrativo, por el contrario, en casi todas las constituciones del orbe se ha recogido el principio constitucional de legalidad que vincula a la administración, de manera tal que aquella debe ceñir sus actos a los valores constitucionales, para el caso peruano ello se halla recogido en el artículo 138 (inc. 5) de nuestra carta magna, si las resoluciones judiciales deben motivarse, ello mismo debe ocurrir con las resoluciones administrativas,¹⁴ va de suyo que la Ley de Procedimientos Administrativos prohíbe expresamente la no motivación de un acto administrativo sustantivo, con las salvedades expuestas líneas atrás.

Cuando la solución a tomar para resolver una situación jurídico-administrativa requiere del poder administrativo una estimación subjetiva, una apreciación de circunstancias singulares, “una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la administración”,¹⁵ a esto se le llama facultad discrecional.

¹² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 3ra ed., Madrid, Civitas, 1982, tomo I, p. 382.

¹³ Se considera así a aquel que ha recepcionado las últimas conquistas doctrinarias y jurisprudenciales en materia de técnicas de control judicial de la Administración, las que provienen de las arenas del Derecho Administrativo

¹⁴ Una copiosa jurisprudencia del TC ha venido reiterando que dentro del procedimiento administrativo también cabe reclamar el “debido proceso” que se traduce en: ser oído, permitir hacer descargo, esperar del ente administrativo la emisión de actos motivados, etc.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, *op. cit.*, tomo II, p. 386.

Siguiendo la excelente clasificación del profesor Cassagne, tenemos que la discrecionalidad administrativa asume distintas modalidades: (a) supuestos donde la discrecionalidad se halla acotada por un concepto jurídico indeterminado de valor que si bien, en principio, admite una única solución justa puede en algunas circunstancias suponer un cierto margen de valoración entre varias posibilidades justas, (b) casos en que el margen de arbitrio o libertad no se encuentra limitado por conceptos jurídicos determinados o indeterminados y en los cuales el órgano administrativo está habilitado para escoger una solución entre otras posibilidades igualmente justas y (c) aquellos casos donde el espacio de libertad está constreñido a los supuestos predeterminados por la norma objetiva donde la discrecionalidad se limitó a la facultad de elegir alguna de las soluciones ya previstas en la ley.¹⁶

Como quíerese que esta discrecionalidad abre la puerta a escenarios de arbitrariedad, ha sido motivo de análisis por juristas y jueces de avanzada, creándose determinadas técnicas de control judicial contra la *incorrecta* discrecionalidad administrativa: sea al confrontar ésta con los hechos, o con los principios generales del derecho o con los conceptos jurídicos determinados e indeterminados, la vía procesal idónea es el recurso contencioso-administrativo.

El tema del control de las facultades discrecionales es fascinante y vital para nosotros, pese a que tiene antigua data en las diversas familias jurídicas, se introdujo académicamente en el Perú en 1998,¹⁷ su explicación excedería el sentido de este artículo, sin embargo para efectos de ilustrar el caso *sub examine* trabajaremos con una de ellas, la correspondiente al control de la discrecionalidad administrativa mediante los conceptos jurídicos indeterminados:

¹⁶ Juan Carlos CASSAGNE. *Derecho Administrativo*, 7ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, tomo I., p. 235.

¹⁷ Cf. nuestro artículo ya citado, "La lucha contra las inmunidades del Poder Administrativo" (1998).

“...Aquí la teoría general del derecho (a través de la doctrina alemana) le ha prestado un valioso concurso al control judicial de los actos administrativos con los llamados conceptos jurídicos indeterminados, conceptos de valor y experiencia (como la buena fe, el estándar del buen padre de familia, el interés público, la finalidad pública, el interés general, el justo precio, el orden público, la seguridad nacional, etc.) son indeterminados en el sentido de que la medida concreta para su aplicación en un caso particular no la resuelve o determina con exactitud la propia ley, sin embargo, lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su clasificación en una circunstancia concreta no puede ser mas que una: o se da o no se da el concepto; hay pues una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta...”¹⁸

4. El caso Alatrística: resumen de los hechos y de las decisiones judiciales

El General Luis Alatrística Torres, un oficial de foja envidiable, con fecha 27 de abril de 2001, interpuso un recurso de amparo contra el Ministerio de Defensa, para que se declare no aplicable a su persona los alcances de la Resolución Suprema N° 994-DE/EP/CP/-JAPE, de 20 de diciembre de 2000, mediante la cual se resuelve pasarlo *de la situación de actividad a la de retiro por causal de renovación*, la misma que le ha sido entregada en forma extraoficial el 6 de abril de 2001, así como no aplicables el Memorándum N° 119-CP-JAPE de 18 de diciembre de 2002, entregado el 20 de diciembre del mismo año y cualquier otra resolución posterior que pueda derivarse del mismo proceso administrativo.

El Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Ministerio de Defensa solicitó que se declare improcedente la demanda,

¹⁸ *Ibidem*, p. 47-48. Esta técnica será explicada y desmenuzada al momento de analizar jurídicamente el caso emanado del TC, motivo de este artículo.

ya que por lo menos los puntos 3, 4, 5 y 6 de su petitorio son asuntos controvertibles que no pueden ser dilucidados en la acción de amparo, por otro lado, sostuvo que el artículo 58° del Decreto Legislativo N° 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea, regula la renovación de cuadros en virtud del artículo 168° de la Constitución Política del Estado, que establece que la Fuerza Armada se rige por sus propias leyes y reglamentos. Argumentó, además, que la invitación al retiro por renovación no constituye un castigo, pues, de acuerdo con el Decreto Supremo N° 083-DE, que reglamenta el artículo 58° del Decreto Legislativo citado, no son “invitables” al retiro aquellos que están comprendidos en otras causales de pase al retiro previstas en el artículo 55° del Decreto Legislativo N° 752, y los que están sometidos al Concejo de Investigación y a la Justicia Militar.

El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en Derecho Público de Lima, con fecha 31 de julio de 2001, declaró infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa e infundada la demanda, al considerar que el pase a la situación de retiro por renovación ha sido dispuesto en aplicación del artículo 58° del Decreto Legislativo N° 752 y el Decreto Supremo N° 083-DE/SG, modificado por el Decreto Supremo N° 058-DE/SE, mediante los cuales se reglamentó dicho artículo y cuyo objeto es regular el debido proceso en los casos de renovación.

La recurrida Corte Superior confirmó la apelada por el mismo fundamento e indicando que el pase del demandante a la situación de retiro por renovación había sido dispuesto por las autoridades competentes de acuerdo con la facultad discrecional legalmente establecida.

El General Alatriza recurrió al Tribunal Constitucional, el cual, el 24 de octubre de 2002, declaró infundada la demanda básicamente por que *“El Presidente de la República está facultado discrecionalmente, por los artículos 167° y 168° de la Constitución y 58° del Decreto Legislativo N° 752 (Ley de Situación Militar), para invitar a pasar a la situación de retiro a los generales de brigada, entre otros, con la*

finalidad de renovar de manera constante los Cuadros de Personal". A favor de esta decisión estuvieron Rey Terry, Alva Orlandini, Bardelli, Gonzales Ojeda, García Toma, y en contra Aguirre Roca

Tanto la jueza Revoredo como el juez Aguirre Roca fundamentaron su voto, y estimamos que por su extraordinaria importancia estas decisiones merecen ser transcritas *in toto* (Anexo I y Anexo II).

Tanto el fallo desestimatorio como el *sui generis* fundamento de voto de la jueza Revoredo confieren gran importancia a las facultades discrecionales de la administración y va de suyo que le conceden demasiada deferencia a ella,¹⁹ al punto tal que le permiten exceptuarse de motivar un acto administrativo cuando de pasar al retiro a militares se trata. Revoredo inclusive se apoya en un concepto jurídico indeterminado, "la seguridad nacional", a efectos de consagrar tamaño privilegio funcional. El tópico es neurálgico y por lo mismo, merece ser analizado a continuación.

5. ¿Es una facultad discrecional correcta no motivar el pase al retiro?

El artículo 58 del Decreto Legislativo 752, Ley de Situación Militar de los Oficiales del Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea, regula el pase al retiro por "renovación", resulta que no existe un concepto definido de lo que es renovación –modalidad que permite que un oficial deje de pertenecer al servicio activo sin que medie motivo u argumentación alguna a menos que sea la misma renovación, la que no

¹⁹ "Nosotros creemos que esta deferencia judicial hacia la Administración Pública (con la consecuente entronización de una desigualdad en diversos niveles al momento de litigar contra ella) tiene por un lado, un hondo trasfondo sociológico que se traduce en el temor de malquistarse con ella y por ende, con el poder político [...] cuanto por otro, en la escasa reflexión de nuestros administrativistas sobre este tópico, uno de los más importantes del Derecho Administrativo...". Véase nuestro artículo "Defensa judicial del Estado y veracidad procesal : tres casos de resistencia a la jurisprudencia", en: *Revista Peruana de Derecho Procesal* (Estudio Belaunde & Monroy), N° 3, 1998, p. 294.

se fundamenta– ello la lleva a convertirse en un concepto jurídico indeterminado, vale decir, un concepto de valor y de experiencia, sometido a la estimativa del poder administrativo utilizador, habrá ya un sentido de oportunidad y de apreciación al momento de optar por la mejor solución que la misma discrecionalidad concede, empero, reiterando lo dicho anteriormente *“lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su clasificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto, hay pues una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta”* .

El comité *ad hoc* encargado de optar por pasar al retiro a un militar, sea cual fuere la modalidad, tiene que tener en cuenta: su foja de servicios, disciplina, estudios realizados, trabajos intelectuales, participación en hechos bélicos, etc., a efectos de decidir su permanencia o no; es lógico hipotetizar que a más pergaminos, mayor será la posibilidad de continuidad en el oficial, de donde resulta que sería arbitrario, por ejemplo y si de excedencia de cuadros se trata, pasar al retiro al general espada de honor y no al general con el último puesto de la promoción de aquel espada de honor o preferir –siempre en el mismo caso de la excedencia de cuadros– en la actividad al oficial administrativo que aquel otro con gran experiencia en trabajo fronterizo, para el caso del concepto jurídico indeterminado, si se opta por permitirle la continuidad al mejor oficial (notas, méritos, estudios, etc.) se entenderá entonces que ha mediado una solución justa en la aplicación de este concepto jurídico indeterminado (renovación) a una circunstancia concreta (elegir entre varios oficiales sin que medie arbitrariedad, discriminación ni favoritismo), de ser a la inversa, se configuraría una manifestación de voluntad contraria a los valores, puesto que si se opta por el peor (amparándose en compadrazgos o conveniencias políticas) mediaría, amén de una pésima manera de calificar, la violación de un derecho fundamental cual es la no discriminación, violación que además, provendría de un ente servicial creado para contribuir con el bienestar general de los administrados, lo que la llevaría a convertirse en un “fin en sí misma”.

En el caso Alatrística, se pasó al retiro a este General por renovación, sin que medie una explicación, fundamentación o motivación que permitiese saber cual había sido el *animus* de la administración castrense para ello, la emplazada refiere haber arribado a esta determinación luego de revisar los artículos 55 y 58 de la Ley de Situación Militar ya referida (escuetos y que no dicen como realizar la elección) y los Decretos Supremos no publicados (DS 083-DE/SG y DS 058-DE/SE), dispositivos secretos que al faltarle una característica constitucional esencial, *la publicidad* (art. 51 de la constitución: “la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del estado”) son inexistentes para nuestro ordenamiento jurídico, la decisión fue pues patentemente arbitraria, una lisura jurídica si se tiene en cuenta que dicho acto administrativo nunca fue motivado, es decir, se emitió simple y llanamente, tal como lo advierte el juez Aguirre Roca en su voto singular.

Entrando ya en la parte neurálgica del fallo del TC, vemos que éste justifica al mandatario –codemandado y quien firma el acto administrativo de cese– diciendo que “*el Presidente de la República está facultado discrecionalmente, por los artículos 167° y 168° de la Constitución y 58° del Decreto Legislativo N° 752 (Ley de Situación Militar), para invitar a pasar a la situación de retiro a los generales de brigada, entre otros, con la finalidad de renovar de manera constante los Cuadros de Personal*”. Mas resulta que ambos preceptos constitucionales nos dicen que aquel es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas (167) y que las leyes sectoriales castrenses determinan todo lo concerniente a las fuerzas armadas (168), o sea, nada que pueda ayudar a justificar tamaña facultad discrecional cual es emitir un acto administrativo sin que medie motivación; lo que en sí es una patente violación tanto la Ley de Procedimientos Administrativos de aquella época como a la hoy vigente.

¿Cómo se renuevan, entonces, los cuadros de personal? ¿Qué tipo de consideraciones priman? ¿Ellas se ajustan a la ley? Nada dice la emplazada.

Sin embargo, el *fundamento de voto* de la jueza Revoredo va mucho más allá de todo lo conocido al reconocer que la ausencia de motivación que encierra el acto administrativo que pasó al retiro al General Alatrística fue hecho en claro uso de correctas facultades discrecionales y por razones de *seguridad nacional*, vale decir, de un ‘concepto jurídico indeterminado’. En autos no consta la modalidad de selección que hizo la administración para pasar al retiro a Alatrística, y la citada la jueza da una estocada probatoria al justiciable cuando dice que “*no ha considerado un aspecto importante: ni él mismo, ni sus abogados, ni los magistrados de este Tribunal Constitucional, cuentan con la misma amplitud de información sobre los hechos, que la autoridad que decidió el pase al retiro...*”.

Saber que esto es así y no reclamar esta información o no presumir *in dubio pro* demandante tal falencia informativa, nos remite a esa tesis de la excesiva deferencia hacia la administración que ha permitido entronizar la desigualdad procesal y un conjunto de privilegios procesales a favor de la administración, aparentemente ya proscritos por el Código Procesal Civil. Finalmente, Revoredo invoca la *seguridad nacional* (un concepto jurídico indeterminado) como un factor exentorio a efectos de no motivar dicho cese.

Así resulta que el General Alatrística no es un tercero, es un administrado afectado por una decisión administrativa, la cual lo saca de la vida castrense activa por “la puerta de atrás”, de otra parte cuanto podría tambalearse o peligrar *la seguridad nacional* al saberse las razones de cese, la hipótesis casi novelesca que se trate de alguien que haya divulgado secretos militares a una potencia extranjera, sería lo único que calce con un daño a la *seguridad nacional*, lo que sabemos que no ha ocurrido porque no existe juicio alguno en sede castrense por este motivo, se puede concluir, entonces, que los argumentos vertidos por la jueza Revoredo son insuficientes.

6. Reflexiones finales

Cuando se está en una hipótesis de conflicto con el poder administrativo, a propósito de uno o varios actos administrativos emitidos bajo cierta facultad discrecional incorrecta, no debe usarse como única vía el recurso de amparo pues no todo acto o comportamiento material de la administración importa una violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, la otra opción es el recurso contencioso-administrativo, que nos permite, para el caso que nos ocupa, a hurgar en el seno mismo del ente emisor y verificar si en su estimación, elección, opción, existe un correcto criterio técnico, una buena selección hecha con un sentido de oportunidad, siempre en consonancia con los valores constitucionales y el ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto, permitir al Ministerio de Defensa que guarde secreto sin que medie un presupuesto fáctico muy grave, no motive una decisión administrativa, lo que la hace inexistente para el ordenamiento jurídico-administrativo y encima, que se invoque la seguridad nacional, que no se advierte como podría ser gravemente expuesta, denota una profunda deferencia hacia la administración, la exime de someterse plenamente al ordenamiento jurídico y motiva que se considere al acto administrativo bajo análisis como arbitrario, y *“la arbitrariedad de un ente que es una mera organización servicial a favor del ciudadano, es algo que no se puede resistir por mucho tiempo...”*²⁰

²⁰ “La lucha contra las inmunidades del Poder Administrativo” (1998), p. 51.

ANEXO I

FUNDAMENTO DE VOTO DE LA DRA. DELIA REVOREDO MARSANO

1.- Considero que el caso de autos estriba, principalmente, en la pugna entre dos valores constitucionales. Por un lado, el derecho de todo ser humano a ver plasmado su proyecto personal de vida, si actúa siempre conforme a tal aspiración; por el otro, el cumplimiento óptimo de los fines institucionales de la Fuerza Armada en beneficio de todos y cada uno de los ciudadanos.

2.- En autos no está en discusión la necesidad de renovación del personal de la Fuerza Armada –pues ambas partes litigantes la admiten– sino más bien, cómo debe ser hecha tal renovación; concretamente, en base a qué criterios debe seleccionarse a quienes pasan al retiro.

El demandante afirma que la discrecionalidad concedida por ley a la autoridad para renovar los cuadros no es absoluta, sino que debe cumplir con los criterios de objetividad, al seleccionar, entre muchos, a los individuos que pasarán al retiro; que, en el caso de autos, los hechos señalan que no existió tal objetividad, en vista de la brillante hoja de servicios del demandante, la misma que incluye honores, homenajes y condecoraciones por su desarrollo funcional, lo que no se ve igualado ni superado por otros individuos que, sin embargo, en la misma oportunidad, no fueron invitados al retiro. Se pregunta la defensa del demandante ¿Porqué pues, invitan al retiro a este brillante general y no a los otros, con méritos menores?

Respecto, a la Resolución que se impugna, opino que debe distinguirse en lo que es la arbitrariedad y lo que es una ausencia de motivación. No puede alegarse arbitrariedad sino se conocen los motivos por los que el General Alatrística fue pasado al retiro porque el motivo no declarado podría ser el justificante del pase al retiro.

El asunto medular consiste entonces en determinar si las resoluciones de pase al retiro de los generales de la Fuerza Armada y Policía

Nacional deben necesariamente ser motivadas, a fin de poder dilucidar si se actúa con objetividad.

Opino que los hechos “parecen señalar” un criterio arbitrario o subjetivo de esa invitación pero que como no conocemos todos los hechos, no podemos descartar una selección objetiva. El demandante no ha considerado un aspecto importante. Ni él mismo, ni sus abogados, ni los magistrados de este Tribunal Constitucional, cuentan con la misma amplitud de información sobre los hechos, que la autoridad que decidió el pase al retiro. Creo que la ley otorga la facultad discrecional a las máximas autoridades del Estado para decidir el retiro de generales de la Fuerza Armada precisamente para permitir que decidan en base a la más amplia información, la cual contiene, en muchos casos, hechos que no deben ser o no pueden ser conocidos por terceros, por razones de seguridad nacional o de defensa nacional o alguna otra razón de similar naturaleza.

No es, pues, que se decida necesariamente de modo arbitrario. Más bien, se decide con mejor conocimiento e información. Ocurre que, por las razones expuestas, no es dable siempre motivar públicamente las causas, sin dañar al Estado, a la Nación, a la Institución o a la Democracia. Esta excepción de transmitir o publicar la información que sirve de base a la invitación al retiro, se explica razonablemente cuando se trata de generales de la Fuerza Armada, por las funciones asignadas a su alta jerarquía y por el grado de confianza que debe tener en ellos el Jefe de Estado.

No quiere esto decir que se permiten decisiones arbitrarias por parte de la autoridad, sino más bien que ésta puede guardar reserva sobre los criterios objetivos que dieron lugar a la invitación al retiro, cuando se trata de altos funcionarios (generales) de la Fuerza Armada, en cuyas manos el Jefe del Estado deposita la seguridad política, territorial y social de la Nación.

La excepción está, entonces, justificada.

ANEXO II

VOTO SINGULAR DEL DR. MANUEL AGUIRRE ROCA

[...] Emito el voto singular respectivo, el cual se basa, principalmente, en que la Resolución Suprema N° 994-DR/EP/CP/-JAPE, del 20 de diciembre de 2000, impugnada en la demanda de autos -y razón de ser de la misma, pues en virtud de ella se pasa al accionante de la situación de actividad a la de retiro- no se compadece con varios requisitos constitucionales que, a mi criterio, son de obbligo cumplimiento, esto es, con las reglas pertinentes de los artículos 139°, inciso 5° y 51°, y demás concordantes de la Carta Magna.

En efecto, la mencionada Resolución Suprema carece de motivación suficiente, pues no sólo no explica por qué razones en ella se aprueba la propuesta formulada por el Comandante General del Ejército Carlos Tafur Ganoza, ni tampoco en que razones tal propuesta se apoya, sino que además, invoca, a modo de complemento, decretos supremos no publicados, esto es, normas que, según el citado artículo 51° de la Constitución, carecen de vigencia y, por consiguiente, mal pueden fungir de fuentes de derecho.

Lo expuesto, me revela de analizar el fondo de la controversia, en la que, por lo demás, resulta aventurado ingresar, toda vez que, precisamente por lo indicado líneas arriba, no se conocen, en el caso, ni las razones ni las normas que pudieran haber integrado la decisión que origina estos autos.

Estimo, por tanto, que la Resolución Suprema impugnada, N° 994-DR/EP/CP/JAPE, es nula de toda nulidad y que, en consecuencia, debe revocarse la recurrida y declararse, como aquí lo hago, fundada la demanda.