EXP. N° 08446-2006-PA/TC
MOQUEGUA
GERMÁN MARÍN CASTRO

RAZÓN DE RELATORÍA

Lima, 12 de noviembre de 2007

La resolución recaída en el Expediente N.° .08446-2006-PA es aquella conformada por los votos de los magistrados Gonzales Ojeda, Alva Orlandini y Mesía Ramírez., que declara **FUNDADA** la demanda en un extremo, e **IMPROCEDENTE** en los demás extremos. Los votos de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini aparecen firmados en hoja membretada aparte, y no junto con la firma del magistrados integrante de la Sala debido al cese en funciones de dichos magistrados.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 días del mes de noviembre de 2006, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Gonzales Ojeda, Alva Orlandini y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Germán Marín Castro contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fojas 258, su fecha 5 de setiembre de 2006, que declara improcedente la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de abril de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Comandante General del Ejército y otros, solicitando se declare la inaplicación de dos Resoluciones Ministeriales N° 919-2005-DE/EP, que omite ascenderlo del grado de Mayor de Artillería al grado de Teniente Coronel de Artillería y N° 1208-2005/DE/EP/A.1.a.2, que dispone el pase de la situación de actividad a la de retiro por causal de renovación; y, por consiguiente, se ordene a los emplazados que reestructuren el cuadro de méritos y ascensos, lo asciendan de grado y lo reincorporen a la situación de actividad. Manifiesta que no fue ascendido de grado, no obstante que reunía todos los requisitos de ley; que el proceso de ascensos fue irregular; que habría sido víctima de discriminación; que la resolución que lo pasa a la situación de retiro no está debidamente motivada; y que se han vulnerado sus derechos al libre desarrollo y bienestar, a la igualdad ante la ley, al debido proceso y al trabajo.

El Segundo Juzgado Mixto de Mariscal Nieto, con fecha 7 de abril de 2006, declara improcedente, liminarmente, la demanda, por considerar que existe otra vía, igualmente satisfactoria, para la protección de los derechos invocados.

La recurrida confirma la apelada, por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

Cuestión preliminar

1. No obstante haberse producido quebrantamiento de forma con la tramitación del caso, puesto que la demanda fue rechazada liminarmente sin que resulte 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, al considerar que existen elementos de juicio suficientes a efectos de resolver la controversia planteada.

Delimitación del petitorio

2. El objeto de la demanda es que se declare nula la Resolución Ministerial N° 919-2005-DE/EP/DP publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 22 de octubre de 2005, que consigna la relación de oficiales ascendidos, entre los que no se considera al recurrente, por lo que alega afectación de su derecho a la tutela procesal efectiva. Además, solicita, se deje sin efecto legal la Resolución Ministerial N° 1208-2005/DE/EP/DP/A.1.a.2 de fecha 12 de diciembre de 2005, que dispone su pase de la situación de actividad a la 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 establecido en la STC N° 0090-2004-AA/TC, en cuanto al pase a retiro por renovación

3. Este Colegiado 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 167° y 168° 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 la inaplicación de la Resolución Ministerial N° 1208-2005/DE/EP/DP/A.1.a.2, 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° 919-2005-DE/EP/DP y solicitando se proceda a reestructurar el Cuadro de Méritos y de Ascensos con la finalidad de conseguir el ascenso al grado de Teniente Coronel de Artillería, que -según afirma 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 el Tribunal Constitucional ha establecido en dicho precedente (Apartado 7) referidos a los derechos fundamentales de la persona y el 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 a la línea de lo resuelto para el Caso Callegari ya referido.

6. Considera este Colegiado 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, este Colegiado procede a desarrollar el análisis para el caso de autos respecto del cumplimiento de ciertas condiciones –específicamente en lo que incumbe al debido proceso–, de acuerdo a los parámetros desarrollados y establecidos por el Tribunal Constitucional en los fundamentos esgrimidos para el Caso Callegari ya citado, los mismos que 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, no tiene lugar el ejercicio del derecho de defensa.

8. En línea con lo que este Colegiado ya ha afirmado 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; 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, entre los que se afirma que motivar una decisión, no solamente implica citar la norma legal que la ampara; sino que lo relevante es exponer las razones de hecho y el fundamento jurídico que justifican la decisión adoptada.

10. Al respecto, debemos indicar que la Resolución Ministerial N°.1208-2005/DE/EP/A.1.a.2 materia de cuestionamiento, que resuelve pasar a la situación de retiro por causal de renovación al Mayor de Artillería Germán Marín Castro, en la parte considerativa de su estructura no motiva adecuadamente las razones que sustentan la adopción del pase a retiro para el caso concreto de este Oficial, no se puede perder de vista que la emisión de tal resolución ministerial responde al ejercicio de una potestad discrecional, que al carecer de motivación adecuada y suficiente incurre en la arbitrariedad. La resolución ministerial referida, entonces, 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 de a qué Oficiales se les debe pasar a la situación de retiro por causal renovación.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad

12. No encontramos tampoco 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, no queda claro cuáles son los sustentos que confirman 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. En la medida que como parte del contenido esencial del derecho al trabajo, derecho constitucionalmente consagrado en el artículo 22° de la Carta Magna, no sólo se comprende el acceso a un puesto de trabajo sino el derecho a la conservación del mismo, en la medida que estamos ante la emisión de un acto de la Administración que carece de razonabilidad (de acuerdo al análisis realizado en el Fundamento 11), y por tanto es arbitrario en su contenido, se estaría afectando el ejercicio del derecho al trabajo de los oficiales que son objeto de pase a retiro por renovación en esta vertiente, 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 en específico, se desarrolla 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, 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, aún mantienen su calidad de oficiales en actividad dentro de la institución. Más aún cuando el demandante afirma, a fojas 107, encontrarse entre los 20 primeros puestos por Alta Nota y entre los 3 primeros puestos por antigüedad calificada, según el cuadro de méritos 2006 establecido por la Comisión Permanente de Ascensos de los 115 candidatos. De lo mencionado en líneas previas es deducible que el recurrente tendría 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 al ser un hecho de tal envergadura, su justificación y mandato deben ir acompañados de situaciones objetivas que no den paso 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 afectado 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 Nº 919-2005-DE/EP/DP

16. El recurrente, como parte del petitorio de la demanda de amparo, solicita la Nulidad de la Resolución Ministerial Nº 919-2005-DE/EP/DP, que fuera publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de octubre de 2005, mediante la que se detalla la relación de los oficiales ascendidos, entre los que no se halla el recurrente. Al respecto, este Colegiado -análogamente 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 un orden de méritos (...)" Sólo al final del proceso, el ascenso de los oficiales policías es otorgado por Resolución Suprema" (subrayado agregado) (STC. Nº 1338-2004-AA/TC, fundamento3).

17. En el caso de autos, el demandante no ha acreditado haber cumplido con el proceso de evaluación para el ascenso del grado de Mayor de Artillería a

Teniente Coronel de Artillería, y 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, mas 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, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo relativo a la inaplicación de la Resolución Ministerial Nº 1208-2005/DE/EP/A.1.a.2, al no cumplir con las condiciones previstas en el desarrollo de los fundamentos de la STC Nº 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.

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

Publíquese y notifíquese

SS.

GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
MESÍA RAMÍREZ

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

EXP. N.º 08446-06-PA/TC
MOQUEGUA
GERMÁN MARÍN CASTRO

VOTO DE LOS MAGISTRADOS GONZALES OJEDA Y ALVA ORLANDINI

Visto el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Germán Marín Castro contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, de fojas 258, su fecha 5 de setiembre de 2006, que declara improcedente la demanda de autos, los magistrados firmantes emiten el siguiente voto:

ANTECEDENTES

Con fecha 6 de abril de 2006 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Comandante General del Ejército y otros, solicitando se declare la inaplicación de dos Resoluciones Ministeriales Nº 919-2005-DE/EP, que omite ascenderlo del grado de Mayor de Artillería al grado de Teniente Coronel de Artillería y Nº 1208-2005/DE/EP/A.1.a.2, que dispone el pase de la situación de actividad a la de retiro por causal de renovación; y, por consiguiente, se ordene a los emplazados que reestructuren el cuadro de méritos y ascensos, lo asciendan de grado y lo reincorporen a la situación de actividad. Manifiesta que no fue ascendido de grado, no obstante que reunía todos los requisitos de ley; que el proceso de ascensos fue irregular; que habría sido víctima de discriminación; que la resolución que lo pasa a la situación de retiro no está debidamente motivada; y que se han vulnerado sus derechos al libre desarrollo y bienestar, a la igualdad ante la ley, al debido proceso y al trabajo.

El Segundo Juzgado Mixto de Mariscal Nieto, con fecha 7 de abril de 2006, declara improcedente, liminarmente, la demanda, por considerar que existe otra vía, igualmente satisfactoria, para la protección de los derechos invocados.

La recurrida confirma la apelada, por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

Cuestión preliminar

1. Creemos conveniente establecer que, no obstante haberse producido quebrantamiento de forma con la tramitación del caso, puesto que la demanda fue rechazada liminarmente sin que resulte 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, pues consideramos que existen elementos de juicio suficientes a efectos de resolver la controversia planteada.

Delimitación del petitorio

2. El objeto de la demanda es que se declare nula la Resolución Ministerial N° 919-2005-DE/EP/DP publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 22 de octubre de 2005, que consigna la relación de oficiales ascendidos, entre los que no se considera al recurrente, por lo que alega afectación de su derecho a la tutela procesal efectiva. Además, solicita, se deje sin efecto legal la Resolución Ministerial N° 1208-2005/DE/EP/DP/A.1.a.2 de fecha 12 de diciembre de 2005, que dispone su pase de la situación de actividad a la 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 establecido en la STC N° 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 167° y 168° 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 coincidimos parcialmente con el precedente antes expuesto, en la medida que el fundamento de uno de los petitorios del recurrente es precisamente la inaplicación de la Resolución Ministerial N° 1208-2005/DE/EP/DP/A.1.a.2, que ordena el pase del recurrente a la situación de retiro por causal de renovación. Ello porque advertimos 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° 919-2005-DE/EP/DP y solicitando se proceda a reestructurar el

Cuadro de Méritos y de Ascensos con la finalidad de conseguir el ascenso al grado de Teniente Coronel de Artillería, que -según afirma el actor- le corresponde.

5. En concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante citado en el fundamento 3 de esta sentencia (Caso Callegari), hay una serie de criterios establecidos en dicho precedente (Apartado 7) referidos a los derechos fundamentales de la persona y el 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 a la línea de 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 incumbe al debido proceso–, de acuerdo a los parámetros desarrollados y establecidos por el Tribunal Constitucional en los fundamentos esgrimidos para el Caso Callegari ya citado, los mismos que 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, no tiene lugar el ejercicio del derecho de defensa.

8. En línea con lo que el Tribunal Constitucional ya ha afirmado 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; 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, entre los que se afirma que motivar una decisión, no solamente implica citar la norma legal que la ampara; sino que lo relevante es exponer las razones de hecho y el fundamento jurídico que justifican la decisión adoptada.

10. Al respecto, debemos indicar que la Resolución Ministerial N°.1208-2005/DE/EP/A.1.a.2 materia de cuestionamiento, que resuelve pasar a la situación de retiro por causal de renovación al Mayor de Artillería Germán Marín Castro, en la parte considerativa de su estructura no motiva adecuadamente las razones que sustentan la adopción del pase a retiro para el caso concreto de este Oficial. Asimismo, creemos que no se puede perder de vista que la emisión de tal resolución ministerial responde al ejercicio de una potestad discrecional, que al carecer de motivación adecuada y suficiente incurre en la arbitrariedad. La resolución ministerial referida, entonces, 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 de a qué Oficiales se les debe pasar a la situación de retiro por causal renovación.

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad

12. No encontramos tampoco 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, no nos queda claro cuáles son los sustentos que confirman 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. En la medida que como parte del contenido esencial del derecho al trabajo, derecho constitucionalmente consagrado en el artículo 22° de la Carta Magna, no sólo se comprende el acceso a un puesto de trabajo sino el derecho a la conservación del mismo, en la medida que estamos ante la emisión de un acto de la Administración que carece de razonabilidad (de acuerdo al análisis realizado en el Fundamento 11), y por tanto es arbitrario en su contenido, se estaría afectando el ejercicio del derecho al trabajo de los oficiales que son objeto de pase a retiro por renovación en esta vertiente, 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 en específico, se desarrolla 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, 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, aún mantienen su calidad de oficiales en actividad dentro de la institución. Más aún cuando el demandante

afirma, a fojas 107, encontrarse entre los 20 primeros puestos por Alta Nota y entre los 3 primeros puestos por antigüedad calificada, según el cuadro de méritos 2006 establecido por la Comisión Permanente de Ascensos de los 115 candidatos. De lo mencionado en líneas previas podemos deducir que el recurrente tendría 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 al ser un hecho de tal envergadura, su justificación y mandato deben ir acompañados de situaciones objetivas que no den paso 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. Creemos que este derecho constitucionalmente consagrado en el artículo 2° numeral 7 ha sido afectado 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° 919-2005-DE/EP/DP

16. El recurrente, como parte del petitorio de la demanda de amparo, solicita la Nulidad de la Resolución Ministerial N° 919-2005-DE/EP/DP, que fuera publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de octubre de 2005, mediante la que se detalla la relación de los oficiales ascendidos, entre los que no se halla el recurrente. Al respecto, el Tribunal Constitucional -análogamente 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 un 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, fundamento3).

17. En el caso de autos consideramos que el demandante no ha acreditado haber cumplido con el proceso de evaluación para el ascenso del grado de Mayor de Artillería a Teniente Coronel de Artillería, y 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, mas 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° 1208-2005/DE/EP/A.1.a.2, al 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, y porque se declare **IMPROCEDENTE** en los demás extremos, por cuanto el amparo no es la vía idónea para esclarecer hechos controvertidos sometidos a probanza.

Sr.

GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)