



**JUZGADO ESPECIALIZADO CONSTITUCIONAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA**



EXPEDIENTE : 00110-2017-0-0401-JR-DC-01
MATERIA : ACCION DE AMPARO
JUEZ : KARINA APAZA DEL CARPIO
ESPECIALISTA : CUBA RAMOS STEPHANIE VIRGINIA
DEMANDADO : DIRECTOR GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL DEL PERU
MINISTRO DEL INTERIOR
PROCURADOR PUBLICO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR
DEMANDANTE : CERVANTES ANDRADE, MANFREDO ANDRES

RESOLUCIÓN N° 11

Arequipa, diecisiete de octubre

Del dos mil diecisiete.-

*Se deja constancia que autoriza el Asistente de Juez por disposición Superior mediante Memorandum N° 17-2017 que dispone medidas de urgencia a fin de afrontar la sobrecarga procesal de este Juzgado Especializado de competencia provincial, **al contar con una única secretaria.***

Al Escrito N° 82611-2017: Por recibido el Expediente N° 00110-2017-0-0401-JR-DC-01, proveniente de la Tercera Sala Civil de Arequipa, y conforme a su estado se procede a calificar la demanda.

VISTOS:

La demanda, sus anexos y el Auto de Vista N° 782-20 17-3SC.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

El accionante recurre a la vía constitucional del Amparo, cuestionando la Resolución Ministerial N° 1359-2016-IN, de fecha 21 de noviembre del 2016, mediante la cual se dispone su pase a la situación de retiro por renovación de cuadros de manera excepcional, a partir del 01 de enero del 2017, denunciando la vulneración a sus derechos constitucionales a la dignidad, al libre desarrollo, al honor, a la igualdad ante



Karina Fiorella Apaza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderty Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

la Ley, al trabajo, a la protección contra del despido arbitrario, al debido proceso, a la motivación de las resoluciones y otros, solicitando:

- Se declare la inaplicabilidad de la Resolución Ministerial N° 1359-2016-IN de fecha 21 de noviembre del 2016, que dispone su pase de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros de manera excepcional, a partir del 01 de enero del 2017; y asimismo se deje sin efecto y se declare inaplicable cualquier resolución posterior de igual o inferior jerarquía derivada de la cuestionada resolución ministerial.
- Se disponga su reincorporación al servicio activo como Comandante de Armas de la Policía Nacional del Perú en el cargo que venía desempeñando al momento de expedirse la resolución ministerial recurrida, y consiguientemente se le restituyan todos los atributos, derechos, beneficios, prerrogativas, remuneraciones y demás goces que correspondan a su grado con designación de mando, empleo y cargos efectivos, con el reconocimiento de la antigüedad en la jerarquía y grado correspondientes, expidiéndose resolución ministerial para tal fin.
- Que se le incluya en la lista de revista y se registre en la base de datos de la Dirección Ejecutiva de Personal de la PNP su calificación anual del año 2016 como comisario por haber sido indebidamente pasado al retiro mediante la resolución ministerial cuestionada, y las que correspondan mientras dure el séquito del proceso, incluyendo su ejecución y cumplimiento.
- Que no se contabilice o acumule de manera desfavorable y para cualquier efecto, el tiempo que permanezca en situación de retiro, durante el tiempo que dure el presente proceso incluyendo su ejecución y cumplimiento.
- Que se declare inaplicable cualquier norma promulgada con posterioridad a la emisión del acto administrativo, que modifique, restrinja, menoscabe o limite los derechos adquiridos por el actor bajo el imperio de las normas vigentes al momento de su ingreso a la Escuela de Oficiales de la PNP ocurrido el 01 de setiembre de 1984, incluyendo cualquier norma promulgada de fecha anterior a su pase a la situación de retiro, excepto en lo que le favorezca de acuerdo al principio *indubio pro operario*.
- Que se le incluya en el Escalafón de Comandantes PNP en el puesto que le corresponde, considerando el tiempo de retiro como tiempo laborado e



Karina Fiorella Apaza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderty Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

ininterrumpido, para efectos de reconocimiento de tiempo de servicios y pensionarios, así como el reconocimiento de la antigüedad para el proceso de ascenso.

- Que no se contabilice en forma negativa el tiempo que demanda su reincorporación para poder pasar su ficha médica anual, toda vez que esta se realiza en los meses de enero a marzo de cada año.
- Que no se le prive del derecho a realizar el Diplomado del Programa de Maestría en Administración y Ciencias Policiales que desarrolla la Escuela de Posgrado de la PNP Lima en forma anual.

SEGUNDO: DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA SUPERIOR CIVIL

Que, con fecha 23/FEB/2017, diferente *Magistrada a la que suscribe la presente*, mediante Resolución N° 01 (fojas 84/89) de fecha 23 de febrero del 2017, declaró improcedente la demanda de manera liminar, al considerar que de los fundamentos de la demanda, no se advierte la existencia de necesidad de tutela urgente, ni riesgo que el derecho reclamado pueda devenir en irreparable, por causa de su tránsito en la vía ordinaria, toda vez que el acto que habría vulnerado sus derechos ya se ha materializado, debiendo ventilarse su pretensión en el proceso contencioso administrativo; lo que fuera objeto de pronunciamiento en segunda instancia, por la Superior Sala Civil, que declaró **nula** la Resolución de improcedencia liminar, señalando que: “(...) *de conformidad con el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado; si bien la norma señala que únicamente procede acudir al proceso constitucional para la protección de derechos fundamentales si no existe una vía ordinaria específica igualmente satisfactoria, supuesto en el que la juez a quo se ha amparado para declarar la improcedencia de la demanda; sin embargo debe tenerse en cuenta que **NO PROCEDE analizarse la pertinencia o improcedencia de la vía constitucional a que se refiere dicho dispositivo legal o lo señalado en la STC número 02383-2013-PA/TC**, toda vez que en aquellas demandas en las cuales se cuestiona el pase a retiro por la causal de renovación, el Tribunal Constitucional ha señalado que son procedentes en la vía del proceso de amparo, como es el caso del Expediente número 0090-2004-PA/TC*” Este colegiado ha dejado claramente establecido que la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, *per se*, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro ordenamiento. En ese contexto, y al amparo de la Norma Fundamental, el Tribunal



Karina Fiorella Apaza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderty Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Constitucional tiene la obligación de disponer a favor del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado, lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación del efecto legal que por arbitrariedad la Administración, en caso como el de autos, quisiere consumir... Por ello, corresponde a este Colegiado pronunciarse sobre la violación de derechos fundamentales de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, en el caso de pase a la situación de retiro por renovación>>, *criterio que viene manteniendo el Tribunal Constitucional como es el caso de las sentencias recaídas en los Expedientes número 08207-2013-PA/TC LIMA del siete de enero de dos mil quince, número 1302-2013-PA/TC LAMBAYEQUE del ocho de setiembre de dos mil quince, respecto a la delimitación del petitório y procedencia de la demanda, cuando indica: Conforme al criterio establecido por este Tribunal Constitucional en la STC 0090-2004-AA/TC y en otros pronunciamientos, son procedentes en la vía del proceso de amparo aquellas demandas en las cuales se cuestiona el pase a retiro por la causal de renovación, razón por la cual corresponde emitir pronunciamiento de fondo sobre la materia discutida.>>. *Que teniendo en cuenta la pretensión que nos ocupa, el derecho constitucional directamente comprendido es el derecho al debido proceso (derecho a la debida motivación) y otros derechos subsidiarios como derechos a la dignidad, al libre desarrollo, al honor, al trabajo, alusivos al contenido de un derecho constitucional, así como la reincorporación al servicio activo en el cargo que venía desempeñando al momento de expedirse la Resolución Ministerial cuestionada y la restitución de todos sus derechos que le corresponden, la vía idónea para tramitar la pretensión del accionante resulta ser el proceso de amparo, teniendo en cuenta además la finalidad de los procesos constitucionales, tal como señala el artículo 1 del Código Procesal Constitucional, los procesos de amparo tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la vulneración o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.*”(énfasis agregado).*

TERCERO: DEL NUEVO PRONUNCIAMIENTO DE ESTE DESPACHO

- a. El órgano Superior en Grado, como instancia revisora, dispone que la Magistrada que suscribe, emita nueva resolución calificando con arreglo a Ley la demanda interpuesta, teniendo en cuenta los fundamentos del Auto de Vista. Así entonces, tratándose de resolución de segunda instancia, que dispone la nulidad de actuados, la consecuencia jurídica es la emisión de nuevo pronunciamiento del órgano de inferior jerarquía, el que deberá analizar el caso con independencia de criterio, en garantía del principio de independencia



Karina Fiorella Apaza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderty Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

jurisdiccional del que goza todo Magistrado del Poder Judicial, garantizado en el Artículo 16 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- b. Conforme a lo ordenado por la Superior Sala Civil, realizando un reexamen de los actuados, teniendo en cuenta lo señalado en el auto de vista, este Despacho concluye que, en observancia de la doctrina jurisprudencial y precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional Peruano, la única respuesta posible a este caso, es la declaración de improcedencia de la demanda, al advertirse liminarmente la existencia de vía igualmente satisfactoria -la contencioso administrativa-, sin que se advierta necesidad de tutela especial, que permita que la justicia constitucional como vía residual, asuma el conocimiento de los hechos de la demanda.
- c. Así entonces, teniendo en cuenta que en la parte considerativa del Auto de Vista, se señala la no existencia de vía igualmente satisfactoria, la obligación de actuar con independencia de criterio, obliga en esta ocasión, a resolver apartándose del criterio del superior en grado, realizando especial motivación, que permita a los justiciables y al superior en grado, comprender el razonamiento de este Juzgado Constitucional, el que se expresa en los fundamentos que se exponer a continuación.

CUARTO: FUNDAMENTOS DE DERECHO

- a. Que, toda demanda debe de reunir los requisitos de admisibilidad previstos en los Artículos 424° y 425° del Código Procesal Civil y no estar incurso dentro de las causales generales de inadmisibilidad e improcedencia contenidos en los Artículos 426° y 427° del mismo Código, y en el caso concreto de autos, al tratarse de Proceso Constitucional de Amparo, la demanda debe contener los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 42° del Código Procesal Constitucional, y asimismo, no estar incurso en las causales de improcedencia a que se refiere el artículo 5° de la Ley 28237 - Código Procesal Constitucional.
- b. De conformidad al inciso 2), del Artículo 5°, del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales son improcedentes cuando "existan vías procedimentales, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (..)"; es decir, si el afectado dispone de otros mecanismos en la vía judicial ordinaria que tienen también la finalidad de proteger los derechos constitucionales presuntamente vulnerados y son igualmente idóneos para la defensa de los derechos que considera lesionados,



Karina Fiorella Apaza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderty Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

debe acudir a ellos; sobre ello, el Tribunal ha precisado que: “(...) tanto lo que estableció en su momento la Ley N.º 23506 y lo que prescribe hoy el Código Procesal Constitucional, respecto al amparo alternativo y al amparo residual, ha sido concebido para atender requerimientos de urgencia que tienen que ver con la afectación de derechos directamente comprendidos dentro de la calificación de fundamentales por la Constitución Política del Estado. Por ello, si hay una vía efectiva para el tratamiento de la temática propuesta por el demandante, esta no es la excepcional del amparo que, como se dijo, constituye un mecanismo extraordinario¹”. (énfasis agregado).

- c. Por otra parte, cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado que: “En la jurisdicción constitucional comparada es pacífico asumir que el primer nivel de protección de los derechos fundamentales les corresponde a los jueces del Poder Judicial a través de los procesos judiciales ordinarios. Conforme al artículo 138º de la Constitución, los jueces administran justicia con arreglo a la Constitución y las leyes, puesto que ellos también garantizan una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Sostener lo contrario significaría afirmar que el amparo es el único medio para salvaguardar los derechos constitucionales, a pesar de que a través de otros procesos judiciales también es posible obtener el mismo resultado²”. Y en esa misma línea, el mismo tribunal ha pronunciado que: “... todos y cada uno de los jueces tienen el deber de asegurar la supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales, constituyendo el primer escalón de tutela³”.
- d. PRECEDENTE VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CASO ELGO RÍOS
- i. El Tribunal Constitucional Peruano, en el precedente vinculante contenido en la STC 2383-2013-AA, de fecha **12/MAY/2015**, deja en claro que, el examen de la causal de improcedencia contenida en el inciso 2 del Artículo 5º del Código Procesal Constitucional, “(...) *no supone verificar, simplemente, si existen “otras vías judiciales” mediante las cuales también se tutelen derechos constitucionales, sino que*

¹Tribunal Constitucional Peruano, caso CELIA ROSARIO ARBURUA ROJAS, RTC N.º 04196-2004-AA/TC, resolución del 18 de febrero de 2005, FJ. 6.

²Tribunal Constitucional Peruano, caso MELITON ALBERTO ZAPATA APOLO, RTC N.º 04119-2013-PA/TC, resolución del 23 de Junio de 2014, FJ. 4.

³Tribunal Constitucional Peruano, caso ELGO RÍOS NÚÑEZ, STC N.º 02383-2013-PA/TC, Sentencia del 12 de mayo de 2015, FJ. 9.



*debe analizarse si tales vías ordinarias serían igual o más efectivas, idóneas o útiles que el proceso de amparo para lograr la protección requerida (...)*⁴.

- ii. Asimismo, establece que se podrá determinar que una vía ordinaria es igualmente satisfactoria al proceso de amparo (**en cuyo caso la pretensión deberá ser RECHAZADA por la Justicia Constitucional**), cuando en un caso concreto, se reúnan de manera copulativa, los siguientes cuatro elementos:

1° QUE LA ESTRUCTURA DEL PROCESO SEA IDÓNEA PARA LA TUTELA DEL DERECHO (elemento referido a analizar si el procedimiento contemplado en la vía ordinaria es célere y eficaz a fin de determinar si éste tiene una estructura idónea, debiendo considerarse al respecto, que este análisis “(...) es independiente a si estamos ante un asunto que merece tutela urgente (...)”, conforme lo precisa la parte final del fundamento 13 de dicho PRECEDENTE).

2° QUE LA RESOLUCIÓN QUE SE FUERA A EMITIR PUEDA BRINDAR TUTELA ADECUADA (elemento referido a que la naturaleza de la vía ordinaria garantice la resolución debida del caso concreto, análisis que de igual forma resulta independiente a verificar si se está ante un asunto que merece tutela urgente).

3° QUE NO EXISTA RIESGO DE QUE SE PRODUZCA LA IRREPARABILIDAD (elemento referido a que no exista riesgo de que los derechos presuntamente afectados pudieran devenir en irreparables por causa de su tránsito en la vía ordinaria).

4° QUE NO EXISTA NECESIDAD DE UNA TUTELA URGENTE DERIVADA DE LA RELEVANCIA DEL DERECHO O DE LA GRAVEDAD DE LAS CONSECUENCIAS (elemento referido a que los derechos en cuestión no requieran de atención judicial urgente por su alto grado de trascendencia o de gravedad de sus consecuencias)⁵.

e. El proceso contencioso administrativo

- i. El Artículo 148 de la Constitución Política del Perú, determina que, las resoluciones administrativas que causan estado, son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso – administrativa. La doctrina especializada ha señalado, que el proceso contencioso administrativo es un mecanismo de plena jurisdicción, que permite una defensa más eficiente de los

⁴Tribunal Constitucional Peruano, caso ELGO RÍOS NÚÑEZ, STC N.º 02383-2013-PA/TC, Sentencia del 12 de Mayo de 2015, FJ. 8.

⁵Id, FJ. 13-15.



intereses de los administrados⁶. Respecto de la norma constitucional señalada, Jorge Danós⁷ ha señalado:

“...

*La redacción sucinta del precepto constitucional (...) muchas veces ha generado que no se tome conciencia de la importancia que para nuestro sistema jurídico representa la existencia del **proceso contencioso – administrativo como una garantía esencial del Estado de Derecho, porque constituye un mecanismo creado para que la Administración Pública actúe subordinada al marco jurídico que regula su actividad (la Constitución, las leyes y los reglamentos), permitiendo a los ciudadanos acudir a otro Poder del Estado (el Judicial) demandando que evalúe si las actuaciones de la administración son contrarias o no a derecho.***

*(...) la consagración a nivel constitucional del proceso contencioso – administrativo cumple los siguientes objetivos: (...) ii) Refuerza el principio de legalidad que fundamenta a la Administración Pública, porque **conforme a la arquitectura constitucional, toda acción administrativa debe sujetarse al ordenamiento jurídico preestablecido, razón por la que se confiere al Poder Judicial la potestad de verificar en sede jurisdiccional la legalidad de las actuaciones administrativas impugnadas.*** (...)

*(M)ediante el proceso contencioso – administrativo los particulares afectados pueden cuestionar todo tipo de actuaciones administrativas por cualquier motivo de contrariedad al derecho, **enjuiciando tanto la inconstitucionalidad como la ilegalidad de las actuaciones administrativas impugnadas,** y asimismo demandar el reconocimiento de derechos incluso de origen legal y no solo constitucional.*

(...)

La nueva Ley, en concordancia con el artículo 148 de la Constitución, diseña al contencioso – administrativo como un proceso de plena jurisdicción, o como la doctrina administrativa le denomina “de carácter subjetivo”, de modo que el juez no se puede limitar a efectuar un mero control de la validez de los actos administrativos, sino que tiene encomendada la protección y la satisfacción de los derechos e intereses de los demandantes afectados por actuaciones administrativas. (...).”

(Resaltado nuestro).

Se agrega además que: “(...) **los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa tienen competencia constitucional para juzgar tanto la inconstitucionalidad como la ilegalidad propiamente dicha de los actos administrativos, siendo de la esencia del control judicial esa universalidad**”.⁸(Resaltado nuestro).

- ii. Es decir, los Jueces Especializados en lo contencioso administrativo, están facultados -según la doctrina-, para verificar si, el acto administrativo cuya

⁶ GUZMÁN Napurí, Christian, “La Constitución Política: Un análisis funcional”, Ed. GACETA JURÍDICA, Lima, 2015, p. 799

⁷DANÓS Ordóñez, Jorge, Comentarios al Artículo 148 de la Constitución Política del Perú, “La Constitución comentada”, T. III, Ed. GACETA JURÍDICA, Lima, 2015, p. 984-988.

⁸HUAMÁN Ordóñez, Luis Alberto, “La Administración frente a la Jurisdicción. El Proceso Contencioso Administrativo Comentado. Análisis y Crítica”, T. 1, 2º Ed., Lima, 2014, Ed. JURISTA EDITORES, pp. 82-92.



nulidad se pretende en el proceso contencioso administrativo, ha sido emitido vulnerando la Constitución y/o la Ley. Sobre el particular, el Artículo 4, del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 (Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo)⁹, establece que: “*procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas*”;

- iii.* También deberá considerarse que de acuerdo al Artículo 5° del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS: “*En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: 1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos; 2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines(...)”.*

f. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: CASO CALLEGARI

El Tribunal Constitucional Peruano, en la STC 090-2004-AA, de fecha **05/JUL/2004**, cambia de criterio respecto a las decisiones discrecionales, señalando que las mismas deben ser debidamente motivadas y **establece criterios de adopción por la administración**. Así tenemos:

“18. Queda claro, entonces, que las resoluciones mediante las cuales se dispone el pase a retiro por renovación de cuadros a los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional deben fundamentarse debidamente, con argumentos de derecho y de hecho. Tales decisiones deben sustentarse en procedimientos e indicadores objetivos, como por ejemplo, el número de vacantes consideradas en el proceso anual de ascenso y los resultados del mismo, que implica que las invitaciones para pase a retiro por renovación deben darse después de conocer dichos resultados; los respectivos planes anuales de asignación de personal; la relación de oficiales que indefectiblemente han de pasar a retiro por alguna de las causales contempladas en el artículo 55.º del Decreto Legislativo N.º 752 y el artículo 50.º del Decreto Legislativo N.º 745; determinación de un mínimo de años de servicios prestados a la institución y de permanencia en el grado; así como por el estudio detallado del historial de servicios del Oficial”

(...)

Este Colegiado subraya que los criterios precedentemente vertidos deberán ser observados por las futuras resoluciones mediante las cuales la administración pase a la

⁹ Aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, publicado el 29/AGO/2008.



situación de retiro por la causal de renovación a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional... ”¹⁰.

QUINTO: FUNDAMENTOS DE HECHO

- Que el accionante recurre a la vía constitucional del Amparo, a efecto de cuestionar la decisión del Ministerio del Interior, de pasarlo de la situación policial de actividad a la situación policial de retiro por la causal de renovación de cuadros de manera excepcional, en su condición de Comandante de Armas de la Policía Nacional del Perú a partir del 01 de enero del 2017, contenida en la Resolución Ministerial N° 1359-2016-IN de fecha 21 de noviembre del 2016, solicitando que se declare judicialmente su inaplicabilidad, y consecuentemente se disponga su reincorporación al servicio activo policial en el cargo que venía desempeñando, y de manera accesoria, el reconocimiento de todos los derechos que le asistían al momento de disponerse de pase a la situación de retiro.
- Al respecto, se advierte con claridad que la pretensión del accionante se circunscribe a cuestionar un acto administrativo – **la Resolución Ministerial N° 1359-2016-IN** – por presuntamente vulnerar sus derechos constitucionales a la dignidad, al libre desarrollo, al honor, a la igualdad ante la ley, al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, al debido proceso, y a la motivación de las resoluciones; siendo que al tratarse de un mero acto administrativo, el control judicial del mismo, en principio, debe realizarse en la vía ordinaria legalmente prevista, esto es el proceso contencioso administrativo, por ser la vía natural para la dilucidación de dichas pretensiones, como se desprende de los artículos 1° y 2° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo – Decreto Supremo N° 013-2008-JUS (ver fundamento de derecho e.).
- Sobre el particular, la Sala Superior ha declarado la nulidad de la primigenia calificación de demanda, expresando que al tratarse de un proceso en el que se cuestiona el pase al retiro por renovación de cuadros de un Oficial de la Policía Nacional del Perú, conforme a lo expresado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0090-2004-AA/TC (caso CallegariHerazo), ésta debe ser tramitada

¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, Caso **JUAN CARLOS CALLEGARI HERAZO**, EXP. N.º 0090-2004-AA/TC-LIMA, Sentencia de fecha 05/JUL/2004, FJ 18.



Karina Fiorella Apaza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderty Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

en la vía del Amparo, no cabiendo la aplicación del precedente vinculante del Tribunal Constitucional contenido en la Sentencia N° 02383-2013-PA/TC (caso ElgoRios).

- Este Despacho no concuerda con tal interpretación, por lo que – como se ha expresado en el considerando TERCERO de la presente resolución – respetuosamente se aparta de dicho criterio, por los fundamentos que se exponen a continuación:

I.- LA SENTENCIA EXPEDIDA EN EL CASO CALLEGARI

- La ratio decidendi de la Sentencia en el Caso Callegari

Esta sentencia del Tribunal Constitucional, tiene como principal fundamento y resulta de interés aunque se declara improcedente la demanda, porque apertura la posibilidad de control jurisdiccional sobre las decisiones “discrecionales” de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, toda vez que con anterioridad a dicha sentencia, a nivel nacional era pacífico afirmar, incluso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que “(...) *el pase a la situación de retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú es una facultad discrecional del Presidente de la República, en su calidad de Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional [STC N° 1906-2002-AA/TC], y que << (...) el ejercicio de dicha atribución (...) no implica afectación de derechos constitucionales, pues el pase a retiro no tiene la calidad de sanción derivada de un proceso administrativo – disciplinario, sino que su única finalidad es, como se ha dicho, la renovación constante de los Cuadros de Personal, conforme al artículo 168° de la Carta Magna>> [así señalado, ultimadamente, en la STC N° 3426-2003-AA/TC].*”¹¹.

Así pues, es a partir de la Sentencia N° 0090-2004- AA/TC, que el Tribunal Constitucional varía su criterio, expresando que: “*La citada potestad presidencial – y, en su caso, la del Ministro de Defensa –, entendida como facultad discrecional – (...) 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*

¹¹Tribunal Constitucional Peruano, caso JUAN CARLOS CALLEGARI HERAZO, RTC N.º 0090-2004-AA/TC, resolución del 5 de Julio de 2004, FJ. 4.



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.¹²”, aperturando así la posibilidad de control sobre las decisiones de la administración, que incluso reputen la calidad de discrecionales.

Cabe advertir que la sentencia bajo análisis, no establece como regla que todos los casos de renovación de cuadros deban tramitarse en proceso de amparo.

- El contexto temporal en la emisión de la Sentencia en el Caso Callegari

Debe tenerse en cuenta además, que la sentencia del Tribunal Constitucional N° 0090-2004-AA/TC (Caso Callegari), ha sido expedida con fecha 05 de julio del 2004, esto es, cuando el proceso de amparo tenía la calidad de alternativo.

Es en forma posterior y con la vigencia del Código Procesal Constitucional, que prevé la excepcionalidad de los procesos constitucionales, apartándose de la concepción alternativa que tenían estos procesos conforme a su anterior legislación adjetiva. De este modo, desde la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, podemos afirmar que el proceso de amparo es residual.

II.- LA SENTENCIA EMITIDA EN EL CASO ELGO RÍOS

- El 12 de mayo del 2015, el Tribunal Constitucional emitió el precedente vinculante contenido en la STC N° 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos) sobre la improcedencia de los procesos constitucionales ante la existencia de vías igualmente satisfactorias, el cual es de obligatorio cumplimiento para todos los órganos jurisdiccionales a nivel nacional, no cabiendo incluso el apartamiento de tal precedente, mucho menos para el caso de los Jueces Constitucionales.
- El precedente vinculante, obliga – *a partir de su publicación* – a adecuar a las nuevas reglas establecidas, todo lo dicho con anterioridad por cualquier órgano jurisdiccional o incluso por el propio Tribunal Constitucional respecto a la procedencia de las demandas de amparo, pues señala en su fundamento 17 que: *“Las reglas para determinar cuándo una vía ordinaria alterna resulta igualmente satisfactoria son las establecidas en esta sentencia, y conforme a ellas se interpretará el inciso 2 del artículo 5, resultando aplicables a TODOS los procesos de amparo,*

¹² Id, FJ. 7



independientemente de su materia.” (énfasis agregado), toda vez que en la parte resolutive de la mencionada sentencia se expresó: “3. *Establecer como PRECEDENTE, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 12 al 15 y 17 de esta sentencia.*”(énfasis agregado).

- Nótese entonces que, en primer lugar, el pronunciamiento en el caso ElgoRios es posterior al pronunciamiento en el caso Callegari; y, en segundo lugar, que el caso ElgoRios, tiene la calidad de precedente vinculante.

III.-La Interpretación sistemática de la doctrina jurisprudencial y precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional

- Así entonces, con lo anotado anteriormente, podemos concluir que, la única interpretación posible que surge, teniendo en cuenta los pronunciamientos emitidos en los Casos Callegari y Elgo Rios, es la afirmación que los casos de renovación de cuadros pueden ser conocidos por la justicia constitucional, siempre y cuando exista alguna razón de urgencia.
- En consecuencia, si bien el caso Callegari Herazo (STC N° 0090-2004-AA/TC) establece la posibilidad de revisión de los actos discrecionales a favor de los miembros de las FF.AA. y la PNP, disponiendo el acceso a la tutela de sus derechos constitucionales; dicha disposición, se debe interpretar de manera concordada con el precedente vinculante ElgoRios (STC N° 2383-2013-PA/TC) por ser este de obligatorio cumplimiento, el cual, sin dejar de reconocer el derecho de tutela frente a actos discrecionales, establece que estos únicamente serán tramitados en la vía del Amparo cuando no exista una vía igualmente satisfactoria, y en caso exista una vía igualmente satisfactoria, deberá ser tramitadas en las vía ordinaria legalmente prevista, toda vez que los Jueces del Poder Judicial, a través de los procesos ordinarios, son los primeros llamados a asegurar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas (ver fundamentos de derecho), según ha razonado el propio Tribunal Constitucional, debiendo precisarse además, que desconocer dicho precedente vinculante conllevaría responsabilidad funcional en la Magistrada que suscribe.
- Al respecto, se tiene establecido que, a efecto de determinar si una vía procedimental es igualmente satisfactoria, y por lo tanto es improcedente en la vía



Karina Fiorella Apeza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderty Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

constitucional, esta debe reunir de manera copulativa los siguientes elementos: *i)* que la estructura del proceso sea idónea para la tutela del derecho, *ii)* que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada, *iii)* que no exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad, *iv)* que no exista necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

- iv.** En el caso concreto, se tiene que en la jurisdicción ordinaria, existe un proceso judicial específico al que se puede acudir a efecto de solicitar la nulidad y/o ineficacia de actos administrativos, y el restablecimiento de derechos mediante la adopción de medidas o actos necesarios, esto es el proceso contencioso administrativo (véase fundamentos de derecho), con lo cual se puede determinar con claridad, que tanto el proceso contencioso administrativo, como la acción de Amparo, se puede lograr el mismo fin, es decir la inaplicabilidad al accionante de la Resolución Ministerial N° 1359-2016-IN y el restablecimiento de su derechos como Comandante de Armas de la PNP con todos los derechos que le asisten, en la forma solicitada en el petitorio de la demanda, por lo tanto se cumple el requisito *ii)* al tener la posibilidad de brindar tutela adecuada.
- v.** Luego, respecto a la idoneidad de la estructura del proceso para lograr la tutela del proceso, se debe tener en cuenta que si bien los plazos para el trámite de dicho proceso, previstos en el artículo 28° del Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, son más largos que los del proceso constitucional, ello *per se*¹³ no significa que el proceso contencioso administrativo no tenga una estructura idónea, pues conforme al artículo 38° y 39° de la misma norma, cabe la posibilidad de obtener mandatos cautelares con el fin de asegurar la eficacia de la decisión definitiva, incluso antes de iniciado el proceso (lo que no ocurre en el amparo), debiendo tenerse en cuenta que considerar como factor determinante la diferencia en los plazos legales del proceso constitucional versus cualquier otro proceso ordinario, para verificar la idoneidad del proceso ordinario, significaría que ningún proceso ordinario sería jamás vía igualmente satisfactoria frente al proceso constitucional, por cuanto este tiene los plazos más cortos, lo que carece de sustento alguno, tal es así que el Tribunal Constitucional, ante las alegaciones de demora en un proceso ordinario contencioso administrativo para lograr el acceso a

¹³ Por sí mismo.



Karina Fiorella Apeza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderty Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

la jurisdicción constitucional, ha razonado: “(...) la única justificación expresada por el demandante para señalar que el proceso contencioso-administrativo no es igualmente satisfactorio al amparo se encuentra en un motivo genérico, sin entrar a analizar las circunstancias de su propio caso: “Es de público conocimiento que la vía del proceso contencioso administrativo constituye una de las vías procedimentales más dilatadas de nuestro sistema judicial, por distintas razones, como por ejemplo, las distintas etapas que conlleva dicho tipo de procesos o la carga procesal” (Recurso de Agravio Constitucional, a fs. 213). Siguiendo la lógica argumentativa planteada por el accionante, el amparo debería ser preferible frente a cualquier otro tipo de proceso ordinario, en vista de lo sumario de su trámite. Sin embargo, el factor temporal no es el único a tomar en cuenta a la hora de establecer la existencia o no de una vía igualmente satisfactoria, tal como lo expresase la mencionada STC 1387-2009-PA/TC, que también fuera citada por el demandante en el Recurso de Agravio Constitucional. Pese a ello, no se observa en autos explicación alguna sobre las circunstancias especiales del caso o de la situación de la persona que amerite descartar al proceso ordinario como una vía igualmente satisfactoria al amparo (...)”¹⁴ (énfasis agregado).

- vi. Asimismo, el accionante sostiene como fundamento para no acudir a la vía ordinaria, que: “Un aspecto que abona a nuestro favor para confirmar que nuestra demanda debe ser tramitada en esta vía Constitucional es de que solo en los procesos constitucionales existe una dualidad que contamos con la posibilidad de acudir en último grado ante el Tribunal Constitucional en caso de que no se estime nuestra demanda, mediante el recurso de agravio constitucional, lo que no ocurre en el proceso contencioso administrativo en el que se tramita exclusivamente ante las instancias del Poder Judicial¹⁵”; sin embargo, ello no puede ser valorado como causal para permitir el acceso a la justicia constitucional, que tiene un carácter excepcional y residual, cuando la pretensión del accionante debe ser tramitada en la vía ordinaria, pues de aceptar el fundamento del accionante, significaría habilitar a la parte accionante que escoja ante qué judicatura prefiere solicitar tutela y plantear su pretensión, lo cual carece de sustento alguno, no debiendo olvidarse que el proceso contencioso administrativo tiene como última instancia en casación la Corte Suprema a través de las Salas de Derecho Social y Constitucional, y la acción de amparo tiene como última instancia en agravio constitucional el Tribunal Constitucional, siendo que

¹⁴Tribunal Constitucional Peruano, Caso ENRIQUE ADOLFO BARRIOS TEIXIDOR, STC 04650-2011-PA/TC, sentencia del 20 de enero de 2012. FJ. 6.

¹⁵ Escrito de Apelación, fundamento 1.4 de fojas 125.



Karina Fiorella Apeza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderty Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

ambos colegiados supremos tienen el mismo nivel jerárquico y misma posibilidad de tutelar el derecho reclamado por el accionante; por ello, este Despacho estima que el proceso ordinario contencioso administrativo, cuenta con una estructura procesal idónea para el fin perseguido, cabiendo incluso la posibilidad de obtener pronunciamientos cautelares que aseguren la decisión final, superando así, el caso concreto, el requisito *i*) de la vía igualmente satisfactoria.

vii. Respecto al riesgo de irreparabilidad del derecho reclamado y de la necesidad de tutela urgente por la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias, se tiene que el accionante, no ha sustentado ninguna de dichas excepciones en el escrito de demanda, ni menos se advierten de manera oficiosa por este Despacho, debiendo tenerse en consideración que, sustentar y acreditar los fundamentos de la demanda, como los de la procedencia en la vía constitucional, es una obligación de la parte recurrente y su abogado, no pudiendo suplir tal deber el Juzgado, por cuanto se convertiría en juez y parte del proceso, transgrediendo el principio de juez imparcial, ello incluso ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional en su jurisprudencia al señalar que:“(…) *no obstante que si bien el artículo 9° del Código Procesal Constitucional establece que el juez puede realizar las actuaciones probatorias pertinentes, ello no implica suplantarse la labor de los abogados de las partes, que tienen la principal obligación de presentar los argumentos constitucionales, medios de prueba, así como citar la normativa idónea y su interpretación apropiada al caso, para sustentar sus pretensiones. En efecto, ello es parte del insumo del juez para determinar la solución del caso. Por el contrario, si es que los argumentos presentados en el caso no son sólidamente sustentados, ello podría denotar un descuido por parte de los abogados pasibles de ser sancionados por el Juez y por este Tribunal. (…)*”¹⁶.(énfasis agregado).

viii. Sin perjuicio de ello, relativo a la urgencia de su pretensión y del riesgo de irreparabilidad, el accionante ha expresado en su recurso de apelación que el daño ocasionado se puede convertir en irreparable si no se adopta una decisión inmediata y urgente, por cuanto no podrá acceder a comandar dependencia policial alguna, y al no tener comando sus calificaciones serán limitadas en comparación a otros oficiales de igual jerarquía, tampoco podrá ser designado en zona de emergencia, ni seguir el diplomado del programa de Maestría en Administración y Ciencias Policiales de la escuela de posgrado de la PNP, no

¹⁶Tribunal Constitucional Peruano, Caso NORRY WILFREDO NAVARRO RAMOS y Otros, STC 04216-2008-PA/TC, sentencia del 06 de marzo de 2013. FJ. 3 y 4.



Karina Fiorella Apeza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderty Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

podría desarrollar la docencia de curso alguno, ni podrá acumular puntaje por antigüedad en caso de no ascender en primera unidad, lo que le ocasionará un perjuicio irreparable.

- ix.** Al respecto, no debe dejarse de tener en cuenta que a la fecha de interposición de la demanda, 13 de febrero del 2017, el acto concreto, que vulneraría los derechos constitucionales del accionante, ya se habría ejecutado, materializándose las presuntas violaciones a los derechos fundamentales del accionante, puesto que la Resolución Ministerial materia de demanda, disponía el pase de la situación policial de actividad a la situación policial de retiro, a partir del 01 de enero del 2017, por lo que la única manera de restituir los derechos del accionante, es en la vía restitución, lo que es posible en la vía del proceso contencioso, toda vez que según el Artículo 5° inciso 4 numeral 2 del TUO de la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo, una de las pretensiones en dicha vía es el restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines (véase fundamento de derecho **e.**).
- x.** Situación diferente ha ocurrido en los expedientes N° 00700-2016-0-0401-JR-DC-01, N° 00705-2016-0-0401-JR-DC-01, 00706-2016-0-0401-JR-DC-01, citados por el accionante en su escrito de apelación, en los que este Despacho ha dispuesto la admisión a trámite de demandas de amparo similares a la presente; pues dichos casos, fueron interpuestos, antes de materialización del acto presuntamente contrario a los derechos fundamentales de los accionantes, siendo que su ejecución futura, suponía que se les restringa su derecho a participar en el proceso de ascenso en el cual se encontraba participando, o su derecho a participar en el curso de perfeccionamiento en el cual ya habían sido aceptados, circunstancias que – a criterio de este Despacho – significaban que la ejecución del presunto acto inconstitucional (su pase al retiro de los accionantes) habilitaba la justicia constitucional.
- xi.** Así, valorándose incluso la fundamentación efectuada por el accionante, con posterioridad a la primigenia calificación de la demanda, este Despacho es del criterio que en el caso de autos no existe riesgo de irreparabilidad ni necesidad de tutela urgente, cumpliéndose también los requisitos **iii) y iv)** sobre la vía igualmente satisfactoria.



Karina Fiorella Apaza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderty Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

SEXTO: SUBSUNCIÓN FÁCTICO NORMATIVA

- a. Así, sin ingresar a verificar el acto denunciado de inconstitucional (Resolución Ministerial N° 1359-2016-IN) transgrede los derechos fundamentales del accionante, por cuanto ello significaría adelantar opinión del fondo del asunto, estando a que los elementos de procedencia de los procesos constitucionales, deben ser interpretados de forma sistémica, verificándose todos los presupuestos procesales y condiciones de la acción, entre ellos el de competencia del Juez, que en el caso de procesos constitucionales, en lo relativo a competencia material, se encuentra limitada a causas de excepcionalidad y subsidiariedad, excluyendo aquellas en las que exista una vía igualmente satisfactoria; estima este despacho que para la presente causa existe una vía igualmente satisfactoria, como lo es la acción contenciosa administrativa (conforme al artículo 5° inciso 4 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS), vía en la que también se tutelan derechos constitucionales, de igual efectividad, que además de tener una adecuada estación probatoria, emite medidas cautelares, resulta idónea o útil para lograr la tutela requerida en el presente caso, donde se cuestiona la omisión de la autoridad administrativa de cumplir con un mandato legal al cual se encontraría obligado; por cuanto en el caso concreto, concurren los cuatro elementos establecidos en el precedente vinculante sobre vía igualmente satisfactoria (véase fundamento de hecho n.) como se tiene señalado en los fundamentos precedentes.
- b. En tal sentido, habiendo sido declarada nula el auto de calificación de demanda primigenio, por la Sala revisora en apelación, en uso irrestricto del derecho de independencia judicial, reconocida a nivel constitucional y legal, de la que goza todo Magistrado del Poder Judicial, este Despacho estima que la presente demanda incurre en causal de improcedencia del artículo 5° inciso 2 del Código Procesal Constitucional,



Karina Fiorella Apeza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderty Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

referida a la competencia por materia del Juez Constitucional, al existir una vía igualmente satisfactoria en la justicia ordinaria.

Por estos fundamentos,

SE RESUELVE:

ÚNICO: DECLARAR IMPROCEDENTE la demanda interpuesta por **MANFREDO ANDRÉS CERVANTES ANDRADE** en contra del **MINISTRO DEL INTERIOR – CARLOS BASOMBRÍO IGLESIAS** y del **DIRECTOR GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ – GENERAL PNP VICENTE ROMERO FERNANDEZ**, con emplazamiento del Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Ministerio del Interior; en consecuencia, **SE DISPONE** el archivo del proceso y la devolución de los anexos presentados una vez consentida o ejecutoriada sea la presente. **TÓMESE RAZÓN Y HÁGASE SABER.**

pab.



Karina Fiorella Apaza del Carpio
Jueza Titular
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa

Erick Adderly Ortiz Chávez
Asistente de Juez
Juzgado Especializado Constitucional
Corte Superior de Justicia de Arequipa