

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL Y ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



**“EL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO EN LOS FALLOS DEL
TRIBUNAL FISCAL”**

Tesis presentada por el Bachiller:

RENIERD RIOS GOMEZ

Para Optar El Grado De Magister en:

**DERECHO PROCESAL Y ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA**

AREQUIPA -PERÚ

2010



A Dios, por sus bendiciones y por trazar mi destino.

Al Doctor Pedro Rios, mi padre; de quien aprendí el valor de la honestidad, el aplomo frente a la dificultad; y quien es mi guía en la búsqueda de la justicia como abogado.

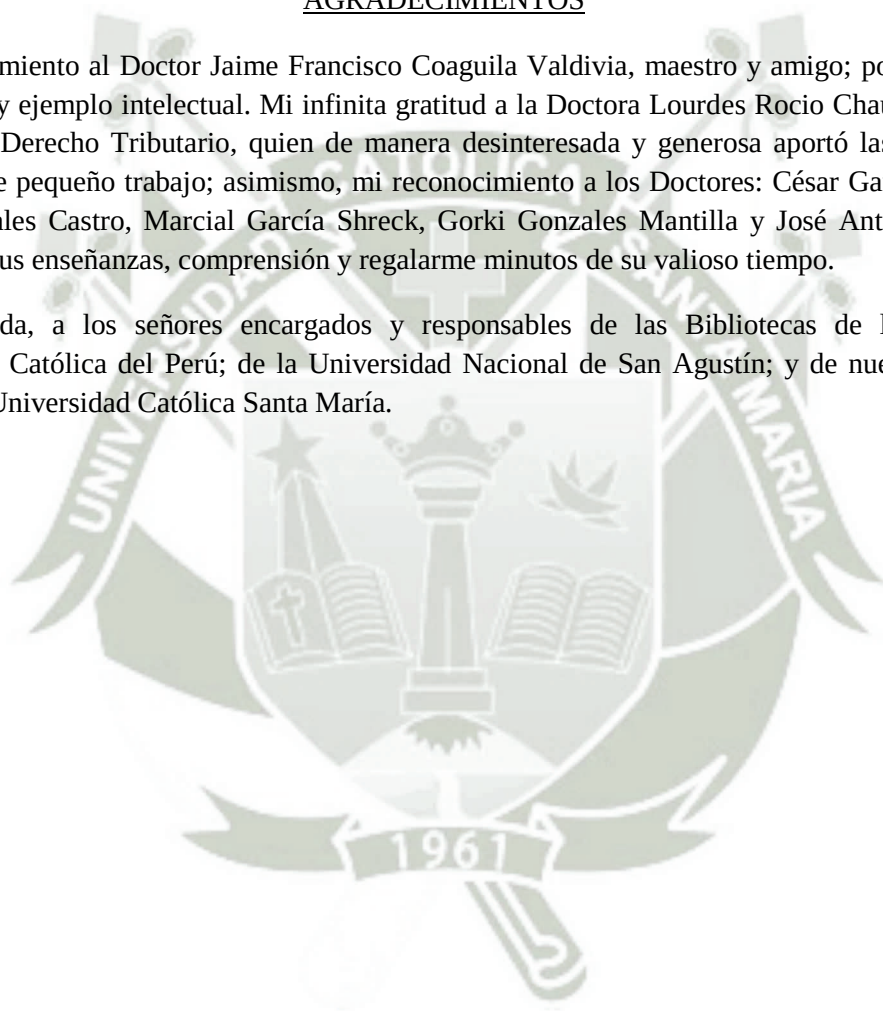
A la Señora Juana Gomez, mi madre; a quien debo la filosofía de la persistencia y el comprender el valor del sacrificio para alcanzar nuestros sueños.

A Leny y Lili, mis hermanas; quienes me enseñaron el amor filial y la ternura.

AGRADECIMIENTOS

Mi agradecimiento al Doctor Jaime Francisco Coaguila Valdivia, maestro y amigo; por su aliento, enseñanzas y ejemplo intelectual. Mi infinita gratitud a la Doctora Lourdes Rocio Chau Quispe, mi Maestra de Derecho Tributario, quien de manera desinteresada y generosa aportó las principales ideas de este pequeño trabajo; asimismo, mi reconocimiento a los Doctores: César Gamba Valega, Percy Bardales Castro, Marcial García Shreck, Gorki Gonzales Mantilla y José Antonio Burneo Labrin por sus enseñanzas, comprensión y regalarme minutos de su valioso tiempo.

Por su ayuda, a los señores encargados y responsables de las Bibliotecas de la Pontificia Universidad Católica del Perú; de la Universidad Nacional de San Agustín; y de nuestra casa de estudios la Universidad Católica Santa María.



ÍNDICE

<u>T E M A</u>	<u>N ° D E P Á G .</u>
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
INTRODUCCIÓN	11

CAPÍTULO I

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN

I. El Estado constitucional de derecho	12
II. La supremacía constitucional	20
2.1. Aspectos de la supremacía	22
2.2. Clases de supremacía	23
2.3. Orígenes y fundamento de la supremacía	23
III. El control de constitucionalidad	28
3.1. Modelos de control constitucional	29
3.2. El control constitucional en el Perú	32
IV. La Administración Pública en el Estado Constitucional de Derecho	35
V. Principio de legalidad en la Administración Pública	38
VI. La supremacía constitucional en la Administración Pública	42
VII. La supremacía constitucional como justificación del control de constitucionalidad en	

la justicia administrativa	45
----------------------------------	----

7.1. La vinculación de la constitución en la Administración Pública	48
---	----

7.2 La interpretación constitucional en la administración pública	49
---	----

Colofón	50
---------------	----

CAPÍTULO II

EL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO

I. Los tribunales administrativos	53
---	----

1.1. Modelos de justicia administrativa	54
---	----

a) Modelo Angloamericano	55
--------------------------------	----

b) Modelo Francés	57
-------------------------	----

1.2. Control constitucional en los tribunales Administrativos	60
---	----

II. El Control difuso administrativo a través de la jurisprudencia	64
---	----

2.1. Antecedentes jurisprudenciales internacionales	64
--	----

2.2. Antecedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional Peruano	67
---	----

2.2.1. La sentencia N° 3741-2004-AA y su resolución aclaratoria

(Caso Salazar Yarlenque)	72
2.2.1.1. Resumen de los hechos	72
2.2.1.2. Descripción de la sentencia y resolución aclaratoria 3741-2004-AA/TC	
(Caso Salazar Yarlenque)	73
2.2.1.3. Características y justificaciones de la sentencia 3741-2004-AA/TC	74
a. Competencia del control difuso administrativo	76
b. Control difuso a pedido de parte	79
c. Control difuso excepcional de oficio	82
III. Dificultades advertidas en el control difuso administrativo	84
3.1. Origen y legitimidad del poder de los tribunales administrativos	85
3.2. Los poderes omnímodos de los tribunales administrativos	87
3.3. El potencial desmedro de la seguridad jurídica	89
Colofón	92

CAPÍTULO III

EL CONTROL DIFUSO EN EL TRIBUNAL FISCAL

I. Tribunal Fiscal	94
--------------------------	----

II. Independencia del Tribunal Fiscal	98
2.1. Independencia institucional del Tribunal Fiscal	99
2.2. Independencia funcional del Tribunal Fiscal	104
2.2.1. Independencia interpretativa en el control constitucional	108
a. Criterios clásicos interpretativos	109
b. Principios interpretativos constitucionales	112
c. La interpretación en el Tribunal Fiscal	
en el control constitucional.	118
d. A modo de conclusión	120
III. El control difuso como facultad en el Tribunal Fiscal	122
IV. Análisis de los fallos del Tribunal Fiscal	124
a. RTF N° 11353-2-2007	124
b. RTF N° 03751-5-2008	126
c. RTF N° 11366-4-2007	128
d. RTF N° 01462-5-2007	129
e. RTF N° 01202-0-2008	130
f. RTF N° 01509-4-2008	135
g. RTF N° 00121-4-2007	136
h. RTF N° 05649-4-2007	138

i. RTF N° 00836-1-2007		141
j. RTF N° 02761-1-2007		145
k. RTF N° 11718-4-2007		148
l. RTF N° 10042-2-2008		150
m. RTF N° 08862-2-2007		154
n. RTF N° 02605-1-2008		157
o. RTF N° 07338-3-2007		158
p. RTF N° 11228-2-2007		160
q. RTF N° 05522-4-2008		162
r. RTF N° 04924-2-2007		164
V. Diagnóstico de las resoluciones del Tribunal Fiscal		166
CONCLUSIONES		170
SUGERENCIAS		172
PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL POR INICIATIVA CIUDADANA		174
BIBLIOGRAFÍA		176
ANEXOS		181

RESUMEN

La presente investigación reconoce el control de constitucionalidad administrativo justificado en el principio de supremacía de la Constitución. Justificado el control de constitucionalidad en los tribunales administrativos repasamos su introducción y reconocimiento a través de la jurisprudencia de Tribunales Internacionales y del Tribunal Constitucional Peruano, para finalmente revisar su proyección en la casuística del Tribunal Fiscal Peruano.

Para exponer de manera clara la presente investigación se ha dividido en tres capítulos; así en el primer capítulo se estudia la evolución del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho; sus efectos dentro de la Administración pública, en particular en el principio de legalidad administrativo y su complementariedad con el principio de supremacía constitucional.

Seguidamente, en el capítulo dos revisamos la evolución del control constitucional administrativo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano; desde su negativa hasta su aceptación por medio de la sentencia 3741-2004-AA/TC y su Resolución Aclaratoria (Caso Salazar Yarlenque) que inicia el control constitucional en la Administración pública en sus Tribunales. Además, se describen las características de la decisión y sus dificultades.

Finalmente, en el capítulo tres desarrollamos el control difuso administrativo en el Tribunal Fiscal peruano bajo la sentencia 3741-2004-AA/TC y su Resolución Aclaratoria (Caso Salazar Yarlenque), revisando sus resoluciones; diagnosticando su cumplimiento, dificultades y virtudes.

ABSTRACT

This research recognizes the administrative control of constitutionality justified on the principle of supremacy of the Constitution. Justified the constitutional control in the administrative courts review his introduction and recognition through the jurisprudence of International Courts and of the Constitutional Tribunal from Peru, and finally revise its projection on the case mix of the Peruvian Tax Court.

To give clear this research has been divided into three chapters, so in the first chapter examines the evolution of the State law in the State Legal Constitutional Law, its effects on Public Administration, particularly the principle of legality Administrative and his complementarity with the principle of constitutional supremacy.

Then, in chapter two we review the evolution of administrative constitutional control by the Constitutional Court of Peru, from its refusal to acceptance by the ruling 3741-2004-AA/TC (Case Salazar Yarlenque) and its resolution Clarification that starts constitutional control in the Public Administration in its courts. Also, we describe the characteristics of the ruling and its difficulties.

Finally, in chapter three we develop the fuzzy control administrative in the Tax Court of Peru under the sentence 3741-2004-AA/TC and its Clarification Resolution (Case Salazar Yarlenque), reviewing compliance with its rulings; diagnosing his challenges and virtues.

INTRODUCCIÓN

¿Qué ocurre cuando el principio de legalidad administrativo y el principio de supremacía constitucional se enfrentan dentro de un Estado constitucional de Derecho? ¿Qué principio tiene mayor prevalencia dentro de la Administración pública? Son interrogantes que surgen de manera inmediata cuando se asoma al estudio el control constitucional administrativo.

En principio, para intentar dar respuesta a estas dos incógnitas se debe tener en cuenta el actual contexto de Estado en que nos encontramos: el Estado viene evolucionando de un Estado legal de Derecho a un Estado constitucional de Derecho. En ese mismo sentido, para dar una respuesta al enfrentamiento de estos dos principios es necesario analizar el principio de supremacía y el principio de legalidad de manera separada dentro del actual Estado constitucional de Derecho.

Una vez esbozada una respuesta a la primera pregunta, es decir bajo la primacía del principio de supremacía o del principio de legalidad; debemos examinar la forma de cómo trasciende dicho principio dentro de la Administración pública.

Al iniciarse una nueva etapa para la Administración pública, al haberse reconocido la atribución del control difuso, gracias a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano; conviene reconocer dicha facultad con cuidado, con la suficiente cautela que no arrastre a una anarquía constitucional que ponga en riesgo la Seguridad Jurídica.

Por ello es necesario reconocer sus límites y el ámbito en donde cabe aplicar el control difuso administrativo. Si bien es cierto existen dificultades claras en su concretización ello no debe significar que el control difuso administrativo sea ilusorio o meramente teórico, sino que deba ser aplicado; como en efecto viene siendo reconocido en los pronunciamientos de los distintos Tribunales Administrativos.

Precisamente, nuestro objeto de estudio se centra en exponer y analizar Resoluciones del Tribunal Fiscal peruano, que ha venido aplicando el control difuso administrativo. Es nuestro propósito examinar algunas de sus resoluciones, a fin de poder diagnosticar como viene asumiendo el control constitucional la máxima instancia administrativa tributaria de nuestro país.

CAPÍTULO I

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y CONTROL DE LA CONSTITUCIÓN

Antes de abordar de manera directa el tema del control difuso administrativo, es necesario introducir elementos conceptuales previos que fundamentan el control constitucional, en tal sentido, el Estado constitucional de Derecho coloca a la Constitución como una norma de mayor jerarquía, no de manera arbitraria, sino al amparo de justificaciones lógicas e históricas como veremos a continuación.

Es así que el principio de supremacía se renueva y toma fuerza para defender a la Constitución. De tal manera que la Constitución se defiende a través de mecanismos materiales, como es el control de constitucionalidad; por la que se da preferencia a la norma fundamental frente a cualquier otra norma infralegal; de manera que todo Juez o Tribunal tiene la atribución de inaplicar leyes que se encuentren en oposición a la Constitución.

Ahora bien, dentro de este contexto se descubre una nueva Administración pública que debe obediencia a la Constitución, renovándose así el tradicional principio de legalidad. En efecto, bajo esta primacía constitucional de muchos de sus principios se renuevan o rescriben, así ocurre con el principio de supremacía y el principio de legalidad, que lejos de enfrentarse, dentro del nuevo Estado constitucional de Derecho ambos se complementan.

Así pues, bajo estas ideas básicas pretendemos desarrollar la novísima atribución del control de constitucional de la Administración pública.

I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La evolución del concepto de Estado ha ido variando de un Estado de legal de Derecho hacia un Estado constitucional de Derecho. Dicha evolución ha significado un avance de la relación entre el Estado y la Constitución; ello no solo implica un mero cambio de concepto de Estado¹, sino también un cambio en toda su estructura y, significativamente, dentro cada

¹ Como ha precisado PRIETO SANCHÍS: *“el nuevo derecho constitucional no representa un simple perfeccionamiento del Estado de Derecho del siglo XIX, sino su transformación superadora.”* (Vid. PRIETO

uno de poderes. Como se entiende, el Estado asume nuevos compromisos y retos en el afianzamiento del “*pacto social*”, alineando sus esfuerzos a políticas que obedezcan y privilegien los derechos de los ciudadanos.

En sus orígenes el Estado legal de Derecho surgió de manera contestaría al predominio iusnaturalista que tenía como fuente a la jurisprudencia y a la doctrina. En respuesta, a la precariedad que ofrecía el Derecho el mismo se refunda bajo criterios positivistas asumiendo al principio de legalidad como base de un sistema jurídico, siendo el encargado de dotar de orden y armoniosidad en la postulada ciencia jurídica².

De tal forma, el Estado legal de Derecho significó, en su momento, el modelo jurídico ideal de Estado³; así en su sentido débil o formal del Estado de Derecho se entendía a ley como la principal fuente jurídica encargada de conferir poderes y de establecer los procedimientos necesarios para el ejercicio de los mismos⁴.

Asimismo, la ley traducía la voluntad soberana del Estado (que debía ser acatada por su motivación en el “*bien común*”) que podía imponerse frente a intereses y derechos individuales; de tal modo el Estado llegó a configurarse como el poder legítimo natural, y por tanto todo pronunciamiento que hiciera por medio de la ley era igual de legítimo.

Bajo esta premisa, el “*bien común*” prevalecía frente a derechos individuales. Por ello, dentro de este contexto resultaba sencillo poder limitar o reducir derechos individuales bajo

SANCHÍS, Luis. “*Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”, Lima, Palestra Editores, 2002, p. 169.)

² En este sentido FERRAJOLI refiere: «[d]e aquí surge el cambio de paradigma también en la ciencia jurídica. En la experiencia premoderna, la ciencia jurídica, al ser el derecho no “puesto” con su “objeto” sino recibido por tradición y constantemente reelaborado por la sabiduría de los doctores, era inmediatamente normativa y se identificaba, de hecho, con el derecho mismo. Por el contrario, con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina tendencialmente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto –el derecho positivo– autónomo y separado de ella.(...)» (Vid. FERRAJOLI, Luigi. “*Pasado y futuro del Estado de Derecho*” en: “*Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*”. México, Siglo XXI editores, s.a. de c.v., 2002. pp.189-190.)

³El Estado de Derecho se consolidó dentro de la Revolución Francesa, como ideología política y jurídica; donde se asigna un alto valor a la ley, que es la encargada de brindar legitimidad al Estado.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. “*Pasado y futuro del Estado de Derecho*” en: “*Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*”. México, Siglo XXI editores, s.a. de c.v., 2002. p.187. COMANDUCCI, Paolo. «*formas del (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico* » en: ISONOMÍA N°16, Abril, 2002, pp.90-91.

una ley que, presumiblemente, honraba siempre el interés colectivo. Se develaba así la única orientación del Estado, carente de otras finalidades⁵.

De esta manera el Estado de Derecho mantenía como única finalidad de su existencia el “*bien común*”; utilizando a la ley como principal mecanismo para alcanzar dicho propósito. Asimismo, se redimensionó la utilidad de la ley, atribuyéndole, el rol de freno a las potenciales arbitrariedades de las autoridades en su gestión.

Conforme a lo descrito cualquier Estado podía alcanzar el grado de Estado de Derecho, al margen de los derechos individuales que se encontraban a disposición y voluntad del poder político de turno⁶. Así todo Estado que guardara observancia de la ley, alcanzaba a erigirse como un poder con la aptitud de ser calificado como un Estado de Derecho; siendo así, era razonable reconocer también a los Estados totalitarios o absolutistas como Estados de Derecho si éstos se sujetaban a la ley⁷.

Bajo las circunstancias descritas la ley se presentaba como una manifestación del poder legítimo del Estado, sin embargo, en la realidad la ley también se generaba como producto de distintos intereses económicos y políticos de turno⁸, que se alejaban del interés de la sociedad. En tal sentido, la ley se tornaba en un medio para distintos fines que no

⁵ De esta manera ZAGREBELSKY, afirma: «el “Estado de razón” (...), o Estado gobernado según la voluntad general de razón y orientado sólo a la consecución del mayor bien general.» (Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo. “El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia”, Valladolid, Editorial Trotta, Segunda Edición, 1997. p.21.)

⁶ Como da alcances ZAGREBELSKY: «al final, todos los Estados, por cuanto situaciones dotadas de un orden, habrían debido llamarse genéricamente “de derecho”.» (Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo. “El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia”, Valladolid, Editorial Trotta, Segunda Edición, 1997. p.23.)

⁷ MORALES GODO advierte: «[r]ecordemos que algunos Estados han reclamando para sí la noción de Estado de Derecho, porque formalmente, cada una de las funciones de Estado, cumplan con su deber, no importando los contenidos.» (Vid. MORALES GODO, Juan. “Control difuso por parte de los tribunales administrativos / a propósito de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, de fecha 14 de noviembre de 2005, en el expediente N° 3741-2004-AA/TC.”, en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007. p.118.)

⁸ En ese sentido MORALES GODO describe la fuerza de la ley “[f]inalmente, era la ley la que terminaba imponiéndose, bajo una organización formal, vaciedad de contenido, ya que los mismos eran llenados con los intereses económicos y políticos de turno.” (Vid. MORALES GODO, Juan. “Control difuso por parte de los tribunales administrativos / a propósito de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, de fecha 14 de noviembre de 2005, en el expediente N° 3741-2004-AA/TC.”, en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007. p.118.)

únicamente velaban por el desarrollo del interés colectivo, sino que entrañaba una manifestación de intereses que condicionaban el poder político de turno.

La falta de otras finalidades, a parte del “*bien común*”, propiciaría una peligrosa diversidad de contenidos de la ley. En efecto, la carencia de otras finalidades sería aprovechada por intereses ajenos, que no precisamente buscaban el desarrollo de la sociedad en conjunto, sino que inquiría servirse del poder de turno para proveer de distintos contenidos a la ley.

Por todo ello, era previsible que las ideas que fundaron un Estado legal de Derecho pronto viraran: encaminándose a nuevas finalidades que sean acordes con los derechos e intereses individuales. En tal sentido, se advertía que la sujeción a la ley dejaba de lado el respeto y promoción del individuo: como la dignidad humana.

Con el transcurso del tiempo el Estado de Derecho fue adquiriendo nuevos elementos, así se entendía que el Estado de Derecho en su sentido sustancial⁹ reconocía en la ley la sujeción de todo poder público teniendo a la Constitución como norma procedimental en la creación y dación de leyes¹⁰; de modo tal que todos los poderes, incluso el legislativo, se encontraban sujetos y delimitados por la Constitución.

Es así que la siguiente etapa de la evolución de la Sociedad, se manifestaría la discusión de las distintas finalidades que debiese perseguir un Estado, y por ende también se cuestionó el contenido que debía tener la ley. Es así que se entendió que la ley, no únicamente se encontraba sujeta a procedimientos establecidos en la Constitución, sino que además su

⁹ FERRAJOLI, Luigi. “*Pasado y Futuro del Estado de Derecho*” en: “*Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*”. México, Siglo XXI editores, s.a. de c.v., 2002. p.187. COMANDUCCI, Paolo. «*Formas del (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico* » en: ISONOMÍA N°16, Abril, 2002, pp.90-91.

¹⁰ Tal como comprendía Kelsen «*la Constitución (Verfassung) es siempre el elemento fundamento del Estado, es un principio que expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en el momento en que se toma en consideración, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejercer la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas*». (Vid. HERRERA, Carlos Miguel. «*la polémica de Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*», en: Revista de Estudios Políticos (Nueva época), Número 86. Octubre - diciembre. 1994. p. 205)

contenido debiera ser dado por principios jurídicos y derechos fundamentales para alcanzar la validez y legitimidad frente a la sociedad¹¹.

El Estado en sus anteriores etapas no había mostrado mayores finalidades que el “*bien común*”, dejando de lado el natural desarrollo de la Sociedad a la que pertenecía; mientras que la sociedad empezaba a mostrar distintos intereses producto de sus distintas necesidades. Así empieza a desprenderse intereses propios de la Sociedad que no se dirigía a los mismos fines del Estado. A todo ello se sumó el desgastado papel de ley, que representaba la voluntad del Estado, y no la voluntad de la Sociedad que empezaba a reclamar sus propios fines¹².

En suma la Sociedad empezaba a cuestionar las limitaciones y dificultades que representaba el seguir bajo un Estado legal de Derecho; pues, la proyección de la Sociedad se orientaba hacia la dignidad del individuo. Recobrando importancia todos los elementos que permitiesen una convivencia en Sociedad, de esta forma la ley sólo debería ser un medio de garantía de derechos de los ciudadanos bajo una visión más valorativa y principista.

Todo ello, llevó a la reorientación de un nuevo modelo de Estado en afinidad con el desarrollo y necesidades de su Sociedad contemporánea, concentrando su atención en el individuo; en revalorar sus derechos y en crear medios que permitan su debido respeto por parte de todo el Estado. Bajo este escenario se instituye a la Constitución como límite y contenido de las leyes.

El Derecho no únicamente se reduciría en la ley sino que compatibilizaría su poder por medio de la Constitución que era una garantía mayor frente a la actividad y desarrollo de las tareas del Estado. En esa misma línea, las atribuciones del poder político se enmarcaban dentro de la norma fundamental, no pudiendo sobrepasarla ni desplegarse en sentido opuesto.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. “*Pasado y Futuro del Estado de Derecho*” en: “*Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*”. México, Siglo XXI editores, s.a. de c.v., 2002. p.192.

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*”, Valladolid, Editorial Trotta, Segunda Edición, 1997. p.23.

El Estado constitucional de Derecho, redimensiona el papel del individuo: dejando de ser un sub elemento del Estado para ser un elemento autónomo y de vital importancia, asignándole un valor real de “*ser humano*”. Para ello el Estado se encargaría de proporcionar los mecanismos jurídicos necesarios velando de manera efectiva por los intereses y derechos de los individuos. Dentro de este nuevo pensamiento, se reconoce a la Constitución, como el medio y canal de los derechos de los individuos.

Este cambio supuso, que la ley dejara de ser el único medio de consagración y promoción de la persona, dando paso a una apertura de fuentes relacionados con valores y principios constitucionales. Pues, la configuración de un Estado constitucional de Derecho, requería remozar el rol de los valores en la actividad jurídica del Estado.

Bajo este contexto se dejó de tener criterios absolutistas que se justificaban enteramente en lo dispuesto en la ley, ampliando la tarea justificativa de la ley a valores y principios afines con la dignidad humana, con ello el Estado dejaba de lado una posición rígida, muchas veces transgresora de los derechos de las personas, a una postura de legitimización de sus acciones.

Asimismo, las posiciones utilitaristas dejan de ser la única razón, para la justificación del uso de poder, empezándose a cuestionar la legitimidad de la actividad del Estado; exigiéndosele no únicamente centrar su actividad en el interés general o bien común, sino que era, además, necesario observar los derechos de los particulares.

En tal sentido, el concepto de “*bien común*” se renueva en un Estado constitucional de Derecho, pues este se erige en medio de las directrices constitucionales y derechos fundamentales. Por lo que, el “*bien común*” debía perfilarse en congruencia a la democracia, el pluralismo, y la apertura del Estado constitucional¹³.

Esta posición se ve ratificada cuando la Constitución se encarga de proporcionar procedimientos y mecanismos a fin de concretizar el “*bien común*”. De tal modo que sus disposiciones son entendidas como parte fundamental del orden jurídico del Estado y la

¹³ HÄBERLE, Peter. “*El Estado constitucional*”, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp.243-244.

Sociedad, cumpliendo con proveer una diversidad de procedimientos que se encargan de la materialización del *“bien común”*¹⁴.

Ciertamente, la materialización del *“bien común”* implica una tarea compleja. Pues esta labor depende en buena cuenta de la interrelación entre los miembros de la Sociedad y el Estado; requiriendo conocimientos técnicos; que deban interpretar el *“bien común”* en concordancia con el contexto histórico, temporal y cultural de la Sociedad. En esta labor se deben seguir procedimientos proporcionados por la Constitución.

Consecuentemente, el concretizar el *“bien común”* sería resultado de un conjunto de procedimientos. En efecto, los mismos se renuevan constantemente, a igual ritmo que la Sociedad. Asimismo, el *“bien común”* debe ser provisto de un contenido, el mismo debe tener el máximo de consenso entre los participantes del procedimiento, para legitimar, de la manera más óptima el mismo¹⁵.

Así pues, al contrario de lo que significó el *“bien común”* en un Estado legal de Derecho cerrado; donde su sola invocación resultaba ser la razón máxima¹⁶, traduciéndose muchas veces en una *“razón vacía”*. En el nuevo Estado constitucional el *“bien común”* se encuentra justificado en la Constitución, ya que su contenido tenía fuerza justificativa. Como bien ha expresado HÄBERLE:

«En las sociedades abiertas el “bien común” se revela como una fórmula que constituye a la convivencia humana¹⁷.»

Así, se asiste ante un Estado abierto frente a los requerimientos de los ciudadanos, con la capacidad de poder interrelacionar los intereses colectivos con los individuales, dejando de

¹⁴ Ibídem. HÄBERLE, Peter. p. 244.

¹⁵ Ibídem. HÄBERLE, Peter. p. 245.

¹⁶ Como bien ha interpretado HÄBERLE: *«La historia y la discusión teóricas (...) oscilan entre la hipostración acrítica del “bien común” en el concepto “supremo”, no cuestionado, sino “creído”, “ontológico” (...) en cuyo nombre se han eliminado, e incluso reprimido, los intereses privados, como en las “sociedades cerradas”, por un lado(...),y la degradación hacia una simple fórmula vacía, hacia un mero instrumento de poder, encubierto ideológicamente, por el otro.»* (HÄBERLE, Peter. *“El Estado constitucional”*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 244.)

¹⁷ Ibídem. HÄBERLE, Peter. *“El Estado constitucional”*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 244.

lado posturas utilitaristas. Recuperando la trascendencia de la dignidad humana, que dentro de esta nueva estructura goza de una prevalencia especial.

Como bien lo ha definido HÄBERLE:

“El Estado constitucional de cuño europeo se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológica-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, los derechos fundamentales y la tolerancia por la pluralidad de partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones para caracterizarlo elogiosamente como una democracia pluralista o como una sociedad abierta¹⁸.”

Por su parte el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido la evolución del Estado, introduciendo el grado de Estado constitucional de Derecho. Así, en relación con el nuevo Estado constitucional de Derecho frente a un Estado meramente legal; se ha pronunciado en la Sentencia N° 05854-2005-PA en su fundamento segundo al señalar:

“El tránsito del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en

¹⁸ Ibídem. HÄBERLE, Peter. p. 3.

un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.”

De lo expuesto, se puede entender que el valor de la Constitución se relanza como la norma más importante dentro del ordenamiento jurídico, dejando de lado una posición pasiva; acentuando su supremacía frente a toda norma infralegal.

Reconociendo el nuevo valor normativo de la Constitución y el nuevo Estado, a continuación repasamos dicha su supremacía que justifica el control constitucional.

II. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Conforme hemos visto el grado vinculante de la Constitución frente al Estado, representando la norma más importante de un Estado constitucional de Derecho, como bien ha justificado GARCÍA PELAYO:

“[L]a Constitución, tanto que norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos incluido el Parlamento y que, por tanto, la ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios de que éstos arrancan o que se infieren de ellos, y a los valores a cuya realización aspira. Tal es lo que configura la esencia del Estado constitucional de Derecho frente al mero Estado legal de Derecho, bien entendido que el primero no es la negación, sino el perfeccionamiento del segundo. Es decir, Estado constitucional de Derecho es aquel en el cual la primacía de la Constitución con respecto a la ley y a otras decisiones de los poderes públicos regulados por ella (es decir reservados a la ley).¹⁹”

Se entiende, entonces, que uno de los presupuestos del nuevo Estado constitucional de Derecho, es el principio de supremacía constitucional como principio de alcance inmediato en todas las esferas estatales. Pues, de lo contrario no cabría argumento para sustentar la preferencia de la norma constitucional frente a una norma de menor jerarquía.

¹⁹ GARCÍA PELAYO, Manuel. « El “status” del Tribunal Constitucional », en: Revista Española de Derecho Constitucional. Vol. I, N°1, enero-abril, 1981. p. 18.

De otro lado, la primacía normativa de la Constitución se sustenta en el propio origen, como manifestación de principios de la voluntad popular²⁰; además de contener un conjunto de manifestaciones sociales, políticas y económicas comunes de un Estado que se pretenden regular²¹.

En el mismo sentido, su referida importancia se debe a que la Constitución tiene la función de distribución de los Poderes del Estado. Asignándole un conjunto de roles y atribuciones a cada uno; de igual modo es la norma encargada de dar unicidad a todo el ordenamiento jurídico. Dentro de este contexto la Constitución fundamenta la validez de las normas infralegales en su creación y en su aplicación²². Por último, la Constitución representa el más importante catálogo de derechos de los ciudadanos de un Estado; prescribiendo los derechos fundamentales con los que protege al individuo.

De lo que se puede comprender que la Constitución se muestra como un nuevo elemento de legitimidad a favor del poder que asume el Estado frente a la Sociedad. En ese sentido, la Constitución ha previsto mecanismos que delimitan el poder, a través de un conjunto de procedimientos que validan la creación, dación y aplicación de las distintas normas que conforman el ordenamiento jurídico. De esta forma se puede reconocer que la Constitución prevalece frente todo el ordenamiento jurídico de manera formal.

²⁰ Al respecto SACHICA sobre la primacía constitucional ha dicho: “[s]e confirma así la prioridad de la nación como poder soberano, origen de los demás poderes, que decide no solo la forma de ser del Estado, su Constitución, sino que mantiene esa decisión en el tiempo, actualizándola, configurándola en el presente. Tanto vale, en verdad, quien inicia una empresa como quien la continúa sin permitir su decadencia.” (Vid. SACHICA, Luis Carlos. “El control de Constitucionalidad”, Bogotá, Temis, 1989, pp. 158.) Por lo que dicha voluntad no puede ser dejada de lado, ni mucho menos perder su primacía y preferencia frente a cualquier otra norma venidera de menor rango.

²¹ Como bien precisa SACHICA: “una constitución no se construye en el vacío, ni sale de la nada. Tiene unos marcos, unos contextos, unos supuestos y unos apoyos fácticos. Esos elementos fundan su estabilidad, su vigencia, su eficacia. Configura una Estructura de poder, una organización normada que recoge de la comunidad que pretende ordenar, elementos sociales, fuerzas políticas, instituciones culturales, relaciones económicas, que le son preexistentes, aunque se diga totalmente nueva o revolucionaria. Cualquiera que sea el tipo que le sirva de modelo, es una imbricación de la corriente histórica tradicional de la sociología y de la ración normativa. Ingredientes que en distinto grado le dan contorno y acento.” (Vid. SACHICA, Luis Carlos. “El control de Constitucionalidad”, Bogotá, Temis, 1989, pp. 3-4.)

²² En este sentido REQUEJO PAGES indica: « [l]a Constitución se presenta así como norma que, junto a la función de fundamentación de validez de otras normas, ejerce también la de articular la aplicación de normas validas; es más, este último cometido es el que verdaderamente determina su condición de Norma fundamental de un Ordenamiento.» (Vid. REQUEJO PAGES, Juan Luis. “Sistemas Normativos, Constitución y Ordenamiento: La Constitución como norma sobre la aplicación de normas”, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p.3.).

2.1. ASPECTOS DE LA SUPREMACÍA

Se distinguen, generalmente, dos aspectos fundamentales de la supremacía constitucional: la perspectiva normativa y la perspectiva valorativa. **La supremacía normativa**, contiene una supralegalidad frente al resto del ordenamiento jurídico²³. Por su parte **la supremacía valorativa**, se asocia al contenido de la Constitución, primordialmente a principios y valores de índole constitucional.

Así, la supremacía constitucional muestra como los aspectos extrínsecos e intrínsecos de la Constitución se integran como un todo, a fin de justificar su prevalencia e importancia dentro de un ordenamiento jurídico; todo ello configura a la supremacía constitucional como un principio constitucional omnicompreensivo, que recoge aspectos positivos como valorativos de la Constitución.

Sobre la supremacía de la constitución HAMILTON²⁴ dice:

“[U]na Constitución es, de hecho, una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. Ello pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee una fuerza obligatoria y validez superior; en otras palabras, debe preferirse a la Constitución que a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios.”

De la cita se puede concluir que la Constitución toma mayor fuerza obligatoria y explica su preferencia frente a cualquier otra norma, precisamente por su contenido y legitimidad normativa frente al resto del ordenamiento jurídico, como bien resumen los aspectos de la supremacía constitucional; pues, es tanto el valor normativo como valorativo el que elevan a la Constitución como la norma fundamental del ordenamiento jurídico.

²³ DEL POZO afirma: “se afirma que la Constitución posee una supralegalidad formal, que impone formas reforzadas de modificaciones constitucionales, en atención a la intención fundacional de la norma constitucional; así como a una supralegalidad material, que asegura a la Constitución la preeminencia jerárquica sobre la totalidad del ordenamiento jurídico.” (Vid. DEL POZO, Claudia. “Control Difuso y Procedimiento Administrativo”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 97.)

²⁴ HAMILTON, Alexander. “El federalista” Artículo LXXVIII, México: Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 336.

2.2. CLASES DE SUPREMACÍA

Como hemos visto hasta aquí, la Constitución alberga principios inherentes a su validez y eficacia, estos son el principio de democracia y el principio de supremacía. Siendo que la Constitución, materialmente, representa el elemento central de la unicidad de todo sistema jurídico²⁵, ya que en esencia es la garantía misma de los derechos de los ciudadanos y a su vez la guía de distribución de los poderes estatales. La Constitución también fija los procedimientos para la aprobación y dación de normas.

Por tanto, la Constitución dispone normas de carácter sustantivo y de carácter procedimental; que fijan su supremacía, así debemos diferenciar dos tipos de prevalencia constitucional: la formal y la material. Así, la **prevalencia constitucional formal**, implica que toda norma que se origine debe considerar todos los procedimientos previstos en la Constitución, precisamente para dar fuerza de legitimidad a todo el ordenamiento jurídico.

Por su parte, la **prevalencia constitucional material** supone una supremacía de la Constitución en cuanto a su contenido del ordenamiento jurídico, eso quiere decir, que toda norma debe ir en armonía con los principios y valores que sustenta la norma fundamental, siendo que una norma no puede ir en contra de los mismos ya que ello las tornarían en inaplicables dentro de un Sistema establecido en base a la Constitución.

2.3. ORÍGENES Y FUNDAMENTO DE LA SUPREMACÍA

La supremacía constitucional tiene su origen en el Constitucionalismo norteamericano²⁶ en base a juicios iusnaturalistas²⁷; reconociendo la trascendencia normativa del contenido de la

²⁵ De esta misma manera DEL POZO concluye: “la principal función constitucional, es la de ordenar el sistema jurídico en base a reglas de Derecho- para tal fin, solo se considerará como constitucional la ordenación fundamental del Estado que posea dos condiciones: 1. La garantía de los derechos individuales, y, la división de poderes que sirven para dotar de efectividad a dichos derechos” (Vid. DEL POZO, Claudia. “control difuso y procedimiento administrativo”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 95.)

²⁶ Como recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA: “[l]a técnica de atribuir a la constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió.” (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Madrid, Civitas, 1981. pp. 50-51)

²⁷ Se entendía que las normas requerían de un marco que se impusiera por encima de los juicios de las normas humanas.

Constitución. Ello significaba, otorgar a la Constitución no únicamente una importancia de manera jerárquica dentro de la escala normativa; sino también, reconocerle implicancia en todo quehacer legal en el ordenamiento jurídico.

Este principio pasó por diferentes procesos dentro del contexto norteamericano: en el año de 1795 el Tribunal Supremo Americano, por medio del caso *Marbury vs. Madison*²⁸, sería el encargado de pronunciarse sobre la importancia de la Constitución frente al ordenamiento con oportunidad de diferenciar el sistema norteamericano y el sistema inglés, estableciendo la supremacía constitucional, dado que el sistema americano contaba con una Constitución, ésta debería tener un valor superior frente a cualquier otra norma²⁹.

Así pues, todo ordenamiento jurídico necesita contar con una norma fundamental dentro de su conjunto normativo; dicha norma fundamental debe encargarse de guiar a todo ese conjunto de normas subsiguientes. Además, se le debe asignar un rol que se anteponga frente a cualquier otra norma que pudiese contravenirla; todo ello se resumía en un carácter de supremacía de la Constitución frente a su ordenamiento jurídico.

En un primer momento (como vimos en el Estado legal de Derecho), se entendió que la supremacía de la norma fundamental debería ejercer un control solo dentro de la actividad

²⁸ Conforme se detalla en la Sentencia del Caso *Marbury vs. Madison*: «la Constitución es una ley excelsa, inmodificable por los medios ordinarios, o bien se encuentran en un mismo plano con las disposiciones legislativas comunes y, a semejanza de otros actos, es alterable cuando a la legislatura le plazca modificarla. Si la primera parte de la alternativa es la cierta, entonces, una disposición legislativa que se oponga a la Constitución, no es una ley; si la correcta es la última parte, las constituciones escritas resultan ser intentos absurdos, por parte del pueblo, para limitar un poder que por su propia esencia, es ilimitable.» / “En realidad, todos aquellos que han formulado constituciones escritas, las consideran como si fueran la ley fundamental y suprema de la nación y, en consecuencia, la teoría de todo gobierno así estructurado debe considerar nulo todo decreto de la legislatura que se oponga a la Constitución. Esta teoría se adhiere esencialmente a una constitución escrita y, por tanto, esta Corte debe estimarla como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad. Así pues, no debe perderse de vista una consideración ulterior de este asunto.» / « No debe menospreciarse el hecho de que al declarar cuál será la ley suprema del territorio, se menciona en primer término a la propia Constitución y no a las leyes de los Estados Unidos en general, y sólo tienen esa categoría las que se han formulado conforme a la Constitución.» (Vid. RIOS A., Lautaro. “El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile”. Ius et Praxis, Talca, v. 8, n. 1, 2002.)

²⁹ Al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA describe: « [e]n 1795 el Tribunal Supremo [Americano] establecerá ya de manera expresa la diferencia entre el sistema inglés y el americano sobre la base de que en aquel “la autoridad del parlamento es trascendente y no tiene límites”, no tiene Constitución escrita ni fundamental law que limite el ejercicio del Poder Legislativo. En contraste, “en América la situación es radicalmente diferente; la Constitución es cierta y fija; contiene la voluntad permanente del pueblo y es el Derecho supremo de la tierra; es superior al poder del legislativo.” » (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Madrid, Civitas, 1981. p.54.)

productora de normas, ciñendo al Poder Legislativo a la Constitución, dejando de lado posturas de autonomía frente al cualquier poder o norma que pudiese anteponerse a su tarea asignada.

Adicionalmente, se impuso a la supremacía como justificación de la atribución del control sobre la producción normativa del Poder Legislativo; pues, conforme a la estructura y distribución de poderes la Constitución significaba el verdadero límite del Poder Legislativo y una garantía de los ciudadanos³⁰. Al mismo tiempo la supremacía debía imponerse también a los conflictos que surgieran entre los particulares frente al Estado; a razón que la Constitución era la principal fuente de derechos y garantías de los ciudadanos, y a su vez la norma suprema del Estado, entonces era lógico inferir que la Constitución regulara las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos.

Es así, que para hacer real esta supremacía, no bastaba imponer la observancia de la norma fundamental en la producción de leyes, adicionalmente, se creía que era necesario introducir el mismo criterio de supremacía en la labor de los jueces o tribunales de justicia, lo que llevaba, inexorablemente, a otorgarles el papel de defensores de la aplicación de la Constitución³¹.

En ese sentido, el cumplimiento de la Constitución, como garantía de los ciudadanos, solo podía ser logrado por el control judicial de las leyes, así pues, los jueces debían observar la constitucionalidad de las normas; ello entrañaba la inaplicación de normas contrarias a los parámetros, valores y principios constitucionales. Lo cual significaba atribuirles nuevas facultades y poderes dentro de la actividad jurisdiccional, ampliando a su criterio, y por ende a sus razonamientos judiciales el elemento constitucional.

³⁰ Como reflexiona HAYEK acerca de la carencia de una Constitución o Constitución Libre en el caso Británico: “[l]os norteamericanos tenían razón hace doscientos años al pensar que un Parlamento omnipotente significa la muerte de la libertad del individuo. Aparentemente una constitución libre ya no significa la libertad del individuo sino una licencia para que la mayoría del parlamento actúe tan arbitrariamente como el público.”(Vid. HAYEK, Friedrich A. “El Ideal Democrático y la Contención del Poder”, en: Estudios Públicos, Santiago de Chile, N°1, 1980. p.18.)

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Madrid, Civitas, 1981. p. 53.

Ahí es donde toma cuerpo el principio de supremacía: que frente a cualquier norma el juez debe preferir a la Constitución que es más vinculante a cualquier otra norma; ya que las normas infralegales solo pueden ser aplicadas en tanto y en cuanto sean conformes con la norma fundamental³². En ese sentido, los jueces deberían asumir la supremacía de la norma fundamental frente a cualquier otra norma, llevándolos a inaplicar normas que estuviesen fuera del parámetro constitucional.

Como podemos observar el control de constitucionalidad es producto del principio de supremacía constitucional, para hacer efectivo su debido cumplimiento por parte del Estado, dando la potestad al juez de inaplicar toda norma que la transgreda. De esta manera el juez debe ser el encargado de hacer que la Constitución impere frente todo el ordenamiento jurídico³³.

Ahora bien, dentro del Estado constitucional de Derecho, de nada sirve pregonar la importancia de la Constitución si no llega a ser plasmada en su real dimensión, esto es como la norma de mayor importancia y jerarquía, que vincula a todos los integrantes de la Sociedad. En ese sentido, es necesario comprometer a todos los operadores jurídicos y no jurídicos en la contribución del respeto de los principios y valores constitucionales que persigue la sociedad en su conjunto³⁴ sin que ello signifique no delimitar competencias; pues, se debe prevenir y evitar arbitrariedades.

³²GARCÍA DE ENTERRÍA al referirse al sentido de *The supreme law* de la Constitución Federal Norteamericana de 1787 señala: «la doctrina de la supremacía constitucional, se expresa en una “vinculación más fuerte”: La Constitución vincula al juez más fuertemente que las leyes, las cuales solo pueden ser aplicadas si son conformes a la Constitución.» GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Madrid, Civitas, 1981. p.54.

³³ De esta manera es que se da pie al *Judicial Review*, por la que los jueces podían declarar nulas e inaplicar normas que fuesen contrarias a la Constitución. Dispuesto así en la Sentencia *Marbury vs. Madison* obra del juez MARSHALL, que conforme describe GARCÍA DE ENTERRÍA: “[dicha sentencia] concreta definitivamente, en los términos de la Sentencia, que the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature. Pero, contra una cierta versión corriente, no se trata de una invención personal de ese formidable jurista, sino de un perfeccionamiento final y ya definitivo del sistema expreso en la propia Constitución. Como ha notado SCHWARTZ, entre la Revolución y el momento de esa sentencia, los tribunales de los Estados habían ejercido el poder de declaración de inconstitucionalidad al menos veinte veces (bien es verdad que sólo de normas de los Estados y no de la Federación), porque la solución venía postulada por las concepciones básicas presentes en la Constitución (...).” (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Madrid, Civitas, 1981. p.55.)

³⁴ En ese sentido MORALES GODO señala: “Gobernantes, gobernados y legisladores, jueces y todos los que están relacionados con el quehacer jurídico deben responder a la Carta Suprema.” (Vid. MORALES GODO, Juan. “Control difuso por parte de los tribunales administrativos / a propósito de la sentencia dictada por el

Lo último permite ver que la supremacía no puede servir como argumento para realizar anarquías desmedidas de derechos, ya que como sabemos no existen derechos absolutos, sino solo derechos razonables y proporcionales que se traducen en un verdadero espíritu de justicia. Lo quiere indicar, que la tarea de la supremacía consiste en brindar legitimidad a las distintas normas del ordenamiento frente a la Constitución.

Finalmente es ineludible remarcar la supremacía constitucional, dentro del actual constitucionalismo (o neo-constitucionalismo) que es tomado como parte la tradición normativa norteamericana³⁵, que se fundamenta en los principios y valores³⁶ que contiene la Constitución, los mismos que admiten juicios ponderativos –no siendo un mero ejercicio de subsunción-, al contrario de un constitucionalismo rígido (que asociaba su supremacía en el solo valor histórico³⁷). Por lo que no se puede pretender desconocer a la supremacía

Tribunal Constitucional, de fecha 14 de noviembre de 2005, en el expediente N° 3741-2004-AA/TC., en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007. p. 119.)

³⁵ Tal como reconoce PRIETO SANCHÍS el actual constitucionalismo (o neoconstitucionalismo) ha recogido tanto la tradición normativista (norteamericana), como la tradición garantista (europea). Sobre la Tradición normativa dice: “esta tradición norteamericana originaría cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en consiguiente la garantía constitucional.” (Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis. “Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, Lima, Palestra Editores, 2002, pp. 112-115.)

³⁶ Como ha precisado RODRÍGUEZ GAONA: “en este modelo, en lugar de la supremacía de un hecho político que se torna en normativo a través de un órgano constituyente imaginario, llegamos a la supremacía en tanto reflejo de incorporación construcción-reconocimiento-desarrollo de tipos especiales de estructuras normativas, a saber, los llamados principios.(...) Estamos ante una supremacía de las normas (en especial, del tipo de principios que no necesariamente equivalen a la letra o a los catálogos cerrados en el texto histórico. En suma, la supremacía normativa de los principios y no supremacía del valor histórico-político de las normas escritas en el texto constitucional...)” (Vid. RODRÍGUEZ GAONA, Roberto. “El Control de Constitucionalidad del Siglo XXI: Elementos para un Modelo Integral” en: Teoría General de Derecho Constitucional. CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús, (Coord). AA.VV. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2009, p. 587.)

³⁷ Tal como ha manifestado RODRÍGUEZ GAONA: “en el modelo de constitucionalidad [de formación del constitucionalismo histórico] aparece asociada estrictamente al texto histórico de Estado –nación-. La soberanía política hace las veces de cierre de constitucionalidad para crear una supremacía universal del texto histórico constitucional que nunca puede aparecer subordinado respecto de ningún ordenamiento que no haya sido explícitamente autorizado internos legislativos.” (Vid. RODRÍGUEZ GAONA, Roberto. “El Control de Constitucionalidad del Siglo XXI: Elementos para un Modelo Integral” en: Teoría General de Derecho Constitucional. CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús, (Coord). AA.VV. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2009, p. 585.)

como justificación del control constitucional de las normas; ya que esta responde a razones históricas³⁸, pero sobre todo al respeto de los derechos fundamentales³⁹.

III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución siendo la máxima norma de un ordenamiento jurídico y el sustento de la distribución de los Poderes del Estado; reconocida así desde los inicios de un Estado Democrático. Asienta las bases del “*Poder Constituyente*”; el mismo se muestra como la delegación del poder propio del pueblo hacia el Estado; en tal sentido, esta delegación de poder se manifiesta en la Constitución, en consecuencia la Constitución representa el “*pacto social*”, siendo el acuerdo entre el Estado y sus ciudadanos; distribuyendo los poderes del mismo y estableciendo los mecanismos de creación de normas.

Siendo este “*pacto social*” la mayor expresión normativa de legitimidad del poder de un Estado, es lógico suponer que el mismo ostente un nivel superior en la escala normativa: pues representa sus límites de la actuación de los poderes constituidos, es decir, la Constitución se muestra como una garantía para el pueblo en el uso del poder delegado en el Estado.

Bajo este contexto, se plantea la necesidad de asegurar la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico a través de un control real sobre las distintas normas que

³⁸ En ese mismo sentido RODRÍGUEZ GAONA: “[n]o es que el texto histórico constitucional pierda valor, sino que la supremacía de la Constitución se cimienta en lo jurídico (principios) y no en lo político (hecho genético normativo del poder constituyente.)” (Vid. RODRÍGUEZ GAONA, Roberto. “El Control de Constitucionalidad del Siglo XXI: Elementos para un Modelo Integral” en: Teoría General de Derecho Constitucional. CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús, (Coord). AA.VV. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2009, p. 587.)

³⁹ Como viene siendo la tendencia Postconstitucionalista, que al parecer empiezan a trazar nuevas supremacías a razón de las crecientes políticas integracionistas que configuran grupos de países. Así, pareceríamos asistir del paso de un Estado constitucional a un Estado de Derechos Fundamentales. El mismo tiene como pilar respeto de los Derechos Fundamentales; como precisa RODRÍGUEZ GAONA: “[e]n el siglo XXI el control protege la supremacía normativa de las normas superiores por excelencia: los derechos fundamentales. La supremacía es el resultado del atributo jurídico de un bloque normativo especial que es el de los derechos y no del hecho histórico genético de un poder local. El control constitucional es control del poder o de toda forma de poder que atente contra los derechos. Ya no puede hablarse de privilegios para los órganos de las estructuras políticas locales, pues incluso la capacidad decisoria queda acotada por el binomio derechos fundamentales democracia.” (Vid. RODRÍGUEZ GAONA, Roberto. “El Control de Constitucionalidad del Siglo XXI: Elementos para un Modelo Integral” en: Teoría General de Derecho Constitucional. CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús, (Coord). AA.VV. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2009, p. 590.)

se emitieran, es así que se generan mecanismos y procedimientos que respalden la tarea de control del predominio de la Constitución; reconociéndose al control jurídico, por medio de la actividad jurisdiccional, como aquel más regular y seguro⁴⁰.

Por ello, la actividad jurisdiccional se torna de capital importancia dentro de la eficacia de la supremacía constitucional. La compatibilidad constitucional se materializa a través de órganos jurídicos imparciales que permiten de manera eficaz dar constitucionalidad a todo el sistema jurídico, como bien ha precisado GARCÍA PELAYO:

“Que la primacía de la Constitución, como la de cualquier otra normatividad, es jurídicamente imperfecta si carece de garantía jurisdiccional y, concretamente, si la constitucionalidad de las decisiones y actos de los poderes públicos no son enjuiciables por órganos distintos de aquellos que son sus propios actores (...), que el Estado material de Derecho exige una instancia equipada con potestad de controlar la vinculación de los poderes superiores del Estado a la norma, valores y principios constitucionales (...)”⁴¹.

3.1. MODELOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Se ideó distintos modos de control constitucional como: el control preventivo, reparador o mixto⁴²; control abstracto o concreto⁴³; control amplio o restringido⁴⁴; y, el control

⁴⁰ Como precisa ARAGÓN: «[e]n definitiva, el control jurídico (menos “fuerte” que el social y el político) se presenta como el más “regular” (por ser un control normativizado) y, a la postre, el más seguro. La Constitución no podría sobrevivir sin los controles sociales y políticos, sin duda alguna, pero sencillamente, la Constitución no podría “ser” sin el control jurídico que es, por esencia, el control jurisdiccional.» (Vid. ARAGÓN, Manuel. “Constitución y Control del Poder: introducción a una teoría constitucional de control”, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 141.)

⁴¹ GARCÍA PELAYO, Manuel. «El “status” del Tribunal Constitucional», en: Revista Española de Derecho Constitucional. Vol. I, N°1, enero-abril, 1981. p. 18.

⁴² El control preventivo de las leyes tiende a impedir la promulgación de las declaraciones inconstitucionales. El control reparador inaplica la ley al caso concreto con efectos abrogatorios, después de su promulgación de la ley. El control mixto se presenta cuando el control de la constitucionalidad puede ser ejercido antes o después de la promulgación de la ley. (Vid. SPISSO, Rodolfo. «Derecho Constitucional Tributario», Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 333.)

⁴³ En el control abstracto de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional no enjuicia ningún supuesto de hecho singular, sino sólo la cuestión de compatibilidad lógica entre el contenido abstracto de una ley y de la norma constitucional. En sentido opuesto el control concreto supone la preexistencia de un caso concreto que condiciona el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. (Vid. SPISSO, Rodolfo. «Derecho Constitucional Tributario», Buenos Aires, Depalma, 1991, p.334.)

concentrado o difuso. Siendo, estos dos últimos de mayor acogida por los sistemas jurídicos de la región⁴⁵.

Así, se instituyeron los modelos concentrado y difuso, cada uno con sus características propias y de orígenes distintos, los cuales se implantarían de acuerdo a la conveniencia de cada sistema jurídico. Que a continuación repasamos brevemente ambos modelos.

a) Modelo de control concentrado

El modelo de control concentrado (europeo continental) establecía que fuese un órgano especializado con competencia exclusiva, el encargado de revisar la validez constitucional de las normas producidas por el poder constituyente; este órgano jurisdiccional debiese ser distinto a cualquier otro e independiente frente a los poderes, ya que al ser un revisor de sus actos, debiese estar liberado de toda presión o subordinación que pudiesen ejercer sobre sus pronunciamientos⁴⁶.

Conforme a este modelo de control se establecía que sea un Tribunal Constitucional el encargado de realizar el examen constitucional de las normas. Dicho Tribunal aseguraría la uniformidad del ordenamiento jurídico en armonía con las normas constitucionales; en consecuencia, sus fallos tendrían un carácter general, con efecto irretroactivo. Además, con el establecimiento de un Tribunal especializado, se aseguraba la unicidad de los fallos e interpretación que pudiera hacerse, frente a un control disperso que no tendría la misma garantía, con lo que la seguridad jurídica no pudiese verse dañada.

b) Modelo de control difuso

⁴⁴ Por el control amplio cualquier titular de un bien jurídico lesionado puede poner en funcionamiento el control, o cuando en el control abstracto se atribuye a diversos órganos políticos o persona jurídicas la facultad de promoverlo. Por su parte el control restringido supone que los sujetos autorizados a impulsar el control de constitucionalidad solo puede ser impulsado por determinados órganos políticos. (Vid. SPISSO, Rodolfo. «*Derecho Constitucional Tributario*», Buenos Aires, Depalma, 1991, p.335.)

⁴⁵ Así por ejemplo Argentina aplica un control difuso (Artículos 31 y 116 de la Constitución Argentina); Bolivia concentrado y difuso (artículos 109 y 196 de la Constitución Boliviana del 2009); Colombia, concentrado y difuso (artículos 4, 239 al 245 de la Constitución de Colombia); México, concentrado (en su Poder Judicial) y difuso (artículo 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos).

⁴⁶ Uno de los más importantes propulsores de este modelo fue Hans Kelsen, quien se encargó de elaborar sus bases teóricas, quien preferiría que el control constitucional sería real en un juez constitucional distinto a cualquier otro. (Vid. Kelsen, Hans. «*La garantía jurisdiccional de la Constitución*», México, en: Serie de Ensayos Jurídicos N° 5, pp. 34-37.) este modelo fue el que se impuso en la Constitución Austriaca.

Por su parte, el modelo de control difuso (de origen norteamericano), que devino con posterioridad al control concentrado, estableció que la validez constitucional podría ser efectuada por cualquier órgano con capacidad jurisdiccional, es decir, el Poder Judicial por medio de sus jueces, tendría competencia para evaluar la constitucionalidad de las normas. Ello, supuso que cualquier juez que dirigiese un proceso, al advertir una anomalía constitucional de alguna norma, tuviese la facultad de no aplicar la norma infralegal y preferir la Constitución. Ello como consecuencia del valor superior de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico⁴⁷.

Es así que surge, el “*control difuso*” de la Constitución, por el que cualquier órgano con jurisdicción judicial podía establecer un examen de la Constitucionalidad de las normas, a través de una interpretación constitucional, conforme impone un Estado constitucional de Derecho⁴⁸. Así pues, vía este modelo cualquier juez puede ejercer el control de compatibilidad constitucional de cualquier norma frente a la norma fundamental, dando pie a la llamada justicia judicial constitucional⁴⁹.

Finalmente, se puede decir que el modelo de control difuso toma fuerza dentro del actual constitucionalismo, frente al limitado poder de control que representa el modelo

⁴⁷ El precedente más importante dentro de la jurisprudencia norteamericana fue el caso *Marbury vs. Madison*, oportunidad en la que el Juez Marshall estableció la validez del control constitucional de los jueces. No obstante, de conocerse el criterio del caso *Thomas Bobham* que se antepuso al criterio establecido por el Juez Marshall en la primacía de derechos fundamentales.

⁴⁸ Tal como ha remarcado FERRAJOLI: «[p]aralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. (...)» (Vid. FERRAJOLI, Luigi. “*Pasado y futuro del Estado de Derecho*” en: “*Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*”. México, Siglo XXI editores, s.a. de c.v., 2002. p.192.)

⁴⁹ Es importante plantear la dicotomía existente entre la justicia constitucional y la justicia judicial constitucional o control judicial de la constitucionalidad de las leyes. (Vid. CAPELLETTI, Mauro. “*El control judicial de las leyes en el derecho comparado*”, en: *Justicia Constitucional del Control judicial*, 1978, p.25 y ss.), fue SCHMITT, quien reconoció esta clase de modelo: « [es] importante tener presente que una diferencia muy importante que existía entre las soluciones previstas en las Constituciones alemanas y austriaca sobre el problema del control de constitucionalidad de las leyes (...). El texto de la de Weimar, luego de importantes discusiones en la Asamblea Constituyente, no hacía referencia a ninguna institución precisa, lo que lo convertía en un sistema de control, que siguiendo una tradicional clasificación, ya presente en el ensayo de Schmitt, podemos definir como “difuso”, es decir, susceptible de ser ejercido por todos los jueces por vía incidental, tal como había sido confirmado por sentencia de *Richsgericht* del 4 de noviembre de 1925.» (Vid. HERRERA, Carlos Miguel. “*La polémica de Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*”, en: *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*, Número 86. Octubre - diciembre. 1994. p. 206.)

concentrado; pues dentro de los derechos que reclaman eficacia directa, no se puede negar a la jurisdicción ordinaria observar su debido respeto y cumplimiento⁵⁰. En este nuevo Estado el juez asume un rol más protagónico, la jurisdicción se convierte en el medio idóneo para poder sobreponer la supremacía constitucional.

De acuerdo a ambos modelos, los Estados asumen la obligación de hacer posible el real cumplimiento y vinculación de la Constitución; de tal modo que la norma fundamental prevaleciera sobre el resto del ordenamiento jurídico. Dicha labor, daría origen a dos modelos de control con orientaciones distintas⁵¹ pero bajo una misma finalidad: establecer la supremacía constitucional.

3.2. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

En nuestro país la competencia del control constitucional se encuentra compartida, entre un órgano Jurisdiccional especial, como es el Tribunal Constitucional; y de otra parte en la actividad de los distintos jueces como miembros del Poder Judicial. De tal suerte, que se ha llegado a decir que nuestro país es un sistema mixto.

De esta forma, el control concentrado se encuentra dispuesto en el artículo 201 de la Constitución Política del Perú⁵² por la que se reconoce al Tribunal Constitucional la competencia de poder realizar el control de validez constitucional de las normas infralegales, por las que se pueda atentar en contra de algún principio o valor establecido en la Constitución; asegurando de este modo la supremacía constitucional en el resto del ordenamiento jurídico.

⁵⁰ Como describe PRIETO SANCHÍS: *“si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas formulas de armonización.”* (Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis. *“Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”*, Lima, Palestra Editores, 2002, p. 117.)

⁵¹ Como ha descrito PRIETO SANCHIS : *“ [s]i cabe decirlo así, el sistema norteamericano está diseñado en favor de la supremacía judicial y de los derechos naturales frente al legislador; el sistema kelsiano, en cambio, supone un acto de desconfianza frente a los jueces ordinarios y de restablecimiento de la supremacía del parlamento ante la actividad libre de los jueces.”*(Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis, *«Tribunal Constitucional y positivismo jurídico»*, Materiales de Postgrado de la Universidad Castilla La Mancha, p.15.)

⁵² **Constitución Política del Perú /Artículo 201.-** El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años. (...)

En esa tarea, el Tribunal Constitucional tiene atribuciones que son reconocidas en el texto constitucional. En efecto, en el artículo 202⁵³ establece la exclusividad competencial frente a las acciones de inconstitucionalidad. Como se puede apreciar, el control de la validez constitucional de las normas es una competencia exclusiva del Tribunal Constitucional.

Asimismo, la Constitución prevé, en su artículo 204⁵⁴, los efectos de un fallo que declare inconstitucional alguna norma, asegurando la derogación e irretroactividad del pronunciamiento, ello en afán de poder resguardar la seguridad jurídica. Además, de obligar a los jueces a inaplicar dichas normas en sus posteriores fallos, de acuerdo al Artículo VI del Código Procesal Constitucional⁵⁵.

Por su parte, los jueces también se encuentran en capacidad de poder realizar, vía control difuso un control de validez constitucional; esta potestad se encuentra prevista en el artículo 138⁵⁶ de la Constitución Política del Perú que establece la preferencia de la norma constitucional en las decisiones de los jueces; por ende, los órganos jurisdiccionales tienen competencia de poder pronunciarse sobre la constitucionalidad de normas en aquellos casos en los que proporcione una respuesta a una controversia. Resulta lógico dotar a sus jueces de la atribución de control constitucional, dado que los jueces son los encargados de velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico, las respuestas jurídicas que proporcione a un caso concreto, no pueden estar en oposición a la Constitución.

Bajo lo expuesto, nada obsta al Poder Judicial pronunciarse sobre inconstitucionalidades que uno de sus jueces o Tribunales puedan concluir en la evaluación de una norma; de tal

⁵³ **Constitución Política del Perú. Artículo 202.-** Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. (...)

⁵⁴ **Constitución Política del Perú. Artículo 204.-** La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

⁵⁵ **Código Procesal Constitucional. Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional**
Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

⁵⁶ **Constitución Política del Perú. Artículo 138.-** La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

modo que un órgano jurisdiccional al observar en un proceso la contravención de una norma infralegal frente a la Constitución, pueda inaplicarla.

Asimismo, la institucionalización del control difuso, es decir el control de la constitucionalidad por parte de los jueces, logra una justa posición del ciudadano frente a sus pretensiones constitucionales, ya que la legitimidad activa para poder interponer una acción de inconstitucionalidad (frente al Tribunal Constitucional) se encuentra limitada a determinadas instituciones de tipo político y/o representativo de la sociedad civil, como dispone la Constitución Política del Perú en su artículo 203⁵⁷. Con el control difuso, entonces, se permite que cualquier individuo pueda cuestionar una norma que afecte sus derechos fundamentales, esperando un pronunciamiento jurídico que observe la norma fundamental.

Ahora bien, el control efectuado por los jueces pasa por un debido reexamen a través del envío obligatorio a la Sala Social y Constitucional de la Corte Suprema, como dispone el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁵⁸. Asegurando, de esta manera la uniformidad de criterio en la inaplicación de una ley vía control difuso.

⁵⁷ **Constitución Política del Perú. Artículo 203.-** Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República.
2. El Fiscal de la Nación.
3. El Defensor del Pueblo.
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas.
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

⁵⁸ **Ley Orgánica del Poder Judicial. Artículo 14.-** Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.

De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

Así pues, con la consagración del control difuso se busca asegurar la supremacía de la Constitución dotándola de un grado de efectividad a toda instancia y nivel, pues la tarea de los jueces no sólo debe estar sujeta o dirigida a normas de carácter particular o especial, pues, su ejercicio de interpretación debe pasar por un dique constitucional, que asegure la validez y legitimidad de sus fallos. Y ello dependerá, de la transcendencia del caso en donde se vea la alteración de algún derecho fundamental pueda “preferir la Constitución” frente a cualquier otra disposición legal.

Para finalizar este acápite, podemos señalar que el Perú cuenta con un control constitucional compartido que establece y consolida a la Constitución como la norma de mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico, así se encarga de manera directa al Tribunal Constitucional el pronunciarse sobre la validez constitucional de las normas, y de otro lado, en ese mismo rol se dispone que el Poder Judicial al resolver las controversias tiene la obligación de emitir fallos acordes con la Constitución.

IV. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Vista la evolución del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho, a continuación abordamos la influencia dentro de la Administración pública; sus efectos y consecuencias en su institucionalidad y funcionalidad.

La Administración pública dentro de un Estado legal de Derecho regía su actividad únicamente a lo establecido por la ley, haciendo del principio de legalidad el más importante dentro de su tarea. Lógicamente, respondía a un criterio de poder delegar funciones a la Administración con el objeto de hacer posible las distintas actividades de

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

finalidad pública del Estado. De igual forma, la ley representaba una garantía frente a posibles actos arbitrarios de los que pudiesen ser víctimas los administrados⁵⁹.

La presencia del principio de legalidad, concebido como garantía y delimitación de la tarea Administrativa; no solo se justificaba, sino que era coherente con el Estado legal de Derecho, en donde la ley se imponía frente a cualquier otro criterio que pudiese resultar peligroso para su obediencia, pues la ley era un resultado de una necesidad de interés público.

De esta manera, en el pasado se consolidó la idea de tener una Administración que solo debía obediencia a la ley, aunque en su tarea se dejen de lado los derechos de los administrados, siendo la posición de la Administración Legal; en tal sentido, la limitación de derechos de los administrados era legítima si era ocasionada por una ley, que autorizaba el proceder limitativo por parte de la Administración⁶⁰.

En la actualidad, en donde la tendencia de los Estados es poder alcanzar el grado de Constitucional de Derecho, la clásica definición del principio de legalidad es objeto de cambios. En efecto, es mayormente aceptado que la Administración pueda realizar sus diversas funciones estatales por sus propios criterios que respondan al interés público o bien común, finalidad que no puede resultar extraña a los principios y valores constitucionales.

En ese sentido la creciente actividad de la Administración pública, es atender de manera eficiente y eficaz las necesidades de la ciudadanía, frente a ello el principio de legalidad

⁵⁹ El principio de legalidad surge frente al riesgo de dejar en libertad de la Administración la disposición acciones que trastoquen derechos de los administrados, traduciéndose en un abuso del derecho. Ello alcanza una justificación histórica como señala ZAGREBELSKY : «[en el caso de que la Administración debiese estar predeterminada por ley] *prevalente en el monismo parlamentario francés donde sólo la Asamblea representaba originalmente, a la Nación y todos los demás órganos eran simples autoridades derivadas, la ausencia de leyes (...) significaba para ésta la imposibilidad de actuar*; [en el caso de la de la delimitación de la Administración] *extendido en Alemania y en las constituciones “dualistas” de restauración, la ausencia de leyes (...) comportaba, en línea de principio, la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines.*»(Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*”, Valladolid, Editorial Trotta, Segunda Edición, 1997. p.27.)

⁶⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*”, Valladolid, Editorial Trotta, Segunda Edición, 1997. p.28.

debe “retroceder”⁶¹ y generar espacios de criterios de la propia Administración, pero ello no debe significar una contravención a los principios y valores constitucionales.

El criterio que pueda tener la Administración, dentro de un Estado constitucional resulta siendo de fundamental importancia, teniendo en consideración que se tratan de entes estatales que poseen conocimiento técnico especializado en distintas tareas de interés público. Por ello, no resulta ilógico permitir, dentro su ejecución de funciones pueda proporcionar juicios u opiniones para poder concretizar de manera eficiente sus objetivos.

De igual forma, esta actuación de la Administración que se fundamenta en sus opiniones especializadas, al perseguir fines de trascendencia pública, se debe traducir en criterios que guarden coherencia con la Constitución. En efecto, la principal justificación de su actuar bajo sus criterios, no debe ser opuesta a valores y principios constitucionales⁶². En ese mismo sentido, la Administración dentro de su nueva actividad, no se limita al respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que suma a sus funciones el deber de contribuir a todo derecho fundamental, ciertamente ello requiere cierto grado de independencia al poder político⁶³.

En consecuencia, el principio de legalidad también viene renovándose, asumiendo un matiz de “*principio de constitucionalidad*”, sin embargo, ello no significa dejar de lado el rol que cumple la ley, que como se señaló es una garantía para el ciudadano y una limitación de la actividad de la Administración, ya que dentro de un Estado constitucional de Derecho el quehacer de la Administración pública adopta criterios constitucionales.

En efecto, el rol de la Administración evoluciona, dentro de un Estado constitucional de Derecho, en donde no solo se encuentra frente al mandato de la ley, sino que se transfigura

⁶¹ Ibidem. ZAGREBELSKY, Gustavo. p.35.

⁶² Como acertadamente aclara HÄBERLE : «*en la realidad actual del Estado constitucional no puede describirse adecuadamente a la administración mediante el concepto de “ejecución dependiente” y la imagen de la “técnica avalorativa”, ya que la sujeción al derecho es diferenciada: la administración pública tiene mayor margen de libertad en la aplicación de los conceptos constitucionales abiertos como “Estado Social”, “Estado Ambiental”, o “Estado de Cultura”, pero también en el ámbito de conceptos indeterminados como el “bien común” o el “interés público”, o bien también en el campo de la planeación y la prestación de servicio por la Administración, así como la ámbito discrecional.*» (Vid. HÄBERLE, Peter. «*El Estado constitucional*», Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p.219.)

⁶³ Ibidem. HÄBERLE, Peter. p. 220.

en un guardián de la constitucionalización de sus actos. Sirviendo la Administración toda como entes encargados de hacer real los mandatos constitucionales, en otras palabras en hacer o decir “*derecho concretizado*”.

En su nuevo rol la Administración, debe procurar un real respeto de la Constitución, para hacer posible dicha labor recurrirá a métodos interpretativos; que le permitan asignar un contenido constitucional dentro de su ámbito de acción. Ello sugiere, que la Administración se sujeta a un principio de legalidad constitucionalizado, toda vez que la ley es el medio que enmarca su actividad, y a su vez, la ley obedece en sus disposiciones a la Constitución. Consecuentemente, se puede establecer un grado de complementariedad entre Administración, Ley y Constitución.

V. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como vimos unos de los principios más importantes de un Estado de Derecho Decimonónico era el de legalidad, y su importancia trascendía, en delimitar las atribuciones y competencias de la Administración, y a su vez era la garantía frente a la arbitrariedad que pudiese ocasionar un desmedido uso del poder discrecional de la Administración.

En realidad, bajo el Estado legal de Derecho, el principio de legalidad se encargaba de encausar toda la actividad de poder dentro del Estado, así se sobrentendía la supremacía de la ley en el quehacer administrativo y era sobre los ciudadanos, Administración y Jueces. Bajo esa lógica, señala ZAGREBELSKI:

“[E]l principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo o irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte⁶⁴.”

En concordancia a lo dicho, el principio de legalidad surge como límite de la ejecución de los actos de Poder Legislativo. Por ello, dentro del Estado legal de Derecho, la ley sirve como límites al peligro de la arbitrariedad del poder y como marco de movilidad con el que cuenta la Administración, disponiendo los límites de sus facultades y atribuciones.

⁶⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*”, Valladolid, Editorial Trotta, Segunda Edición, 1997. p.24.

Aún hoy, el principio de legalidad es uno de los pilares fundamentales en el que se apoya y justifica el accionar de toda Administración pública, siendo la razón idónea para poder concretizar sus distintas tareas bajo el sostén del interés público. Por ello se puede afirmar que este principio desde siempre ha significado un valor de omnímoda validez como parámetro de la actuación administrativa y sobre el cual puede vertebrarse toda la construcción de los diferentes principios⁶⁵ que irradian en el Derecho Administrativo.

En ese sentido, la ley sigue enmarcando la actividad de la Administración, de esta forma el principio de legalidad sirve como fuente de poder además de señalar el marco de acción de la Administración. Es decir, todo acto que realice la Administración está sujeto al principio de legalidad no únicamente entendido como la sujeción a la ley material, sino frente a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Bajo esta idea ninguno de los actos y disposiciones de la Administración puede surgir bajo un poder “*ajurídico*”⁶⁶, de modo que, todas las operaciones de carácter jurídico que realice la autoridad administrativa deben fundarse en alguna norma que permita su realización. La ley es el medio que provee capacidad en los agentes de la Administración, así también, la ley se encarga en determinar las competencias de cada uno de ellos. No obstante, el principio de legalidad no debe traducirse en una simple aplicación mecánica de la ley⁶⁷; sino que, implica una actividad interpretativa.

De otro lado, el principio de legalidad cubre de legitimidad los actos de la Administración frente a los administrados, es decir, que solo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima⁶⁸. Toda actividad que realice la Administración además de considerar el intrínseco valor del interés público, debe estar autorizada por medio de una ley, siendo este el objeto material por la que toda actividad administrativa alcanza legitimidad general.

⁶⁵ LÓPEZ MENUDO, Francisco. “*Los principios generales del procedimiento administrativo*” en: Revista de Administración pública, Madrid, septiembre-diciembre 1992, N° 129. p.33.

⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “*La construcción técnica del principio de legalidad de la Administración*”, en: Miscelánea en honor a Juan Becerril y Antón Milares, V. 2, 1974. p.162.

⁶⁷ NIETO, Alejandro, “*La Vocación del Derecho Administrativo de Nuestro Tiempo*”, en : Revista de Administración pública, Madrid. Enero – Abril, N° 76. 1975. p. 9

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “*La construcción técnica del principio de legalidad de la Administración*”, en: Miscelánea en honor a Juan Becerril y Antón Milares, V 2, 1974. p.163.

De lo dicho podemos entender que todo lo que está reglado en la Administración está permitido para ella; mientras lo no reglado se entiende como prohibido en el quehacer administrativo; como bien ha precisado BELLBÉ:

“Para contrastar la validez de un acto no hay, por tanto, que preguntarse por la existencia de algún precepto que lo prohíba, bajo el supuesto de que ante su falta ha de entenderse lícito; por el contrario, hay que inquirir si algún precepto jurídico lo admite como acto administrativo para concluir por su invalidez en ausencia de tal disposición⁶⁹.”

Ahora bien, dentro de un Estado constitucional de Derecho, el criterio de legalidad, no únicamente se reduce al conjunto de leyes materiales, sino que también reconoce la validez normativa de principios y valores, principalmente de origen constitucional y de tratados de derechos humanos⁷⁰.

Por lo tanto, dentro de la sujeción del principio de legalidad por parte de la Administración pública, no se limita a la obediencia ciega de la ley, sino que toda su acción, además de potestad o atribución legal reconocida, debe considerar los valores y principios que inspiran a todo su ordenamiento jurídico, de este modo el principio de legalidad, evoluciona en armonía al Estado constitucional. Dando prevalencia, a los preceptos jurídicos que proyecten la defensa y el respeto de los derechos de los Administrados, siempre en el predominio de la dignidad humana.

En relación a ello, es un mal criterio aquel que considera a los principios como una herramienta jurídica subsidiaria y de último recurso, ya que estos son los que orientan y

⁶⁹Citado por GARCÍA DE ENTERRÍA (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La construcción técnica del principio de legalidad de la Administración”, en: Miscelánea en honor a Juan Becerril y Antón Milares, V 2, 1974. p. 163.)

⁷⁰ Al respecto DROMI ha señalado: “La cobertura legal no agota, en modo alguno, regulación integra de la actividad administrativa. La Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa con sometimiento pleno al derecho. Toda actuación administrativa está sometida al derecho, y por tanto también a los principios generales que lo integran y le dan sentido.” (Vid. DROMI, Roberto, “Derecho Administrativo” T.I, Lima-Buenos Aires, Gaceta Jurídica-Ciudad Argentina, Primera Edición peruana, 2005, p. 290.)

ordenan a todo el sistema jurídico⁷¹. Dado que todo ordenamiento debe seguir un conjunto de guías normativas, denominados principios, que tracen de manera óptima la aplicación de la ley; siendo estos criterios que permitan su aplicación dentro de la unicidad del conjunto de normas.

En efecto, en consideración a la abigarrada legislación de la materia administrativa, que la hace compleja por su dispersión, todo funcionario miembro de la Administración pública, requiere de un conjunto de criterios jurídicos básicos que lo lleven a una justa aplicación de la ley en la tarea de poder realizar el interés público encargada a la Administración.

Como podemos observar, si bien este paradigma principista ha sido justificado por mucho tiempo, como la sujeción de la Administración a la Ley, dejando de lado a otras normas del sistema jurídico, dentro de un análisis del actual Estado de Derecho Constitucional⁷², el principio de legalidad no se muestra reducido, únicamente, a lo que señale la ley, sino además a principios y valores, los mismos que no se encuentran, precisamente, en la ley material, siendo un producto de la interpretación de la Constitución y de Tratados internacionales del mismo sistema jurídico⁷³.

De todo lo dicho se puede concluir válidamente que todo acto que realice la Administración está sujeto al principio de legalidad, no únicamente entendido como la sujeción a la ley material, sino frente al todo el ordenamiento jurídico, así pues ninguno de los actos o disposiciones que emita la Administración puede ser de espaldas a la norma jerárquicamente superior de su ordenamiento jurídico.

Al respecto conviene decir que, la ideología que viene imperando en todos los Estados Democráticos contemporáneos es dejar de ver al principio de legalidad como la *última ratio*

⁷¹ En este mismo sentido DROMI dice: “[e]s un error la idea que señala a los principios como elementos subsidiarios pues son pautas de integración jurídica de innumerables normas.” (Vid. DROMI, Roberto, “Derecho Administrativo” T.I, Lima-Buenos Aires, Gaceta Jurídica-Ciudad Argentina, Primera Edición Peruana, 2005, p. 290.)

⁷² Esta idea es principalmente expuesta por DEL POZO, pues entiende que bajo el nuevo Estado de Derecho Constitucional, no se puede sobrepasar lo establecido por la Constitución. (Vid. DEL POZO, Claudia. “Control difuso y procedimiento administrativo”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 84.)

⁷³ Como acertadamente ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA: “[l]a construcción constitucional pretende, pues, un imperio del Derecho, entidad en la que entran, además de las leyes formales, todos los valores constitucionales, de los proclamados como superiores.” (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Democracia, jueces y control de la administración”, Madrid, Civitas, Quinta Edición, 2000. p. 127.)”

del quehacer de la Administración pública; para vincularla al ordenamiento jurídico en conjunto, y por ende a la norma fundamental que viene siendo la Constitución.

VI. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración, tal como advertimos a un inicio, tiene un marcado patrón de referencia que se basa en el principio de legalidad; como también advertimos en su oportunidad este principio justifica las decisiones de la Administración, asimismo, otorga validez a sus diferentes actos, siempre en debido cumplimiento del interés público. Del mismo modo, el principio de legalidad, también sirvió para garantizar a los administrados la seguridad jurídica, la estabilidad de las normas y la predictibilidad de accionar de la Administración.

Sin embargo, el principio de legalidad asumió un rol omnímodo en el quehacer de la Administración, llevando al extremo de desconocerse cualquier otra norma ajena a la naturaleza administrativa, en efecto, de este modo se justificó la subinterpretación constitucional de las normas, asumiendo que frente a toda norma dictada, debía acatarse sin el mínimo examen de concordancia con la Constitución, amparándose en otros principios como son la eficacia y eficiencia de los actos administrativos.

Ahora bien, como indicamos anteriormente, en un Estado constitucional de Derecho surge la primordial finalidad de protección de la persona humana. Ello impone una Administración que uniformice sus criterios para dicho propósito, es decir siendo la finalidad del Estado el proporcionar garantías suficientes a los ciudadanos, ésta también debe ser la orientación de los actos de la Administración.

En la actualidad, dentro de un Estado constitucional de Derecho el principio de legalidad cambia, pues, la Constitución se extiende a todos los ámbitos jurídicos como la mejor de las garantías para los ciudadanos. Aclarando, que lo dicho no entraña el desmerecimiento ni la extinción del principio de legalidad; al contrario, significa un reforzamiento a la legalidad, sumándole sustento constitucional.

En atención a esto último, podemos decir que el principio de legalidad está comprendido dentro del principio de supremacía constitucional⁷⁴, en efecto al reconocerse a la Constitución como el conjunto de principios que armonizan al ordenamiento jurídico, ya que toda ley debe suponer el respeto y valoración a la Constitución, consecuentemente, solo podría existir legalidad si sigue el patrón constitucional. Por ello, se puede reconocer, entre ambos principios, una relación de jerarquía y complementariedad⁷⁵.

El sentido de jerarquía comprende a la ley como parte integrante de un sistema normativo; sistema que es ordenado por una norma fundamental. Bajo dicha premisa entendemos que es la Constitución la encargada de dar sustento a todo el conjunto de normas que componen el sistema jurídico; siendo la norma más importante de dicho sistema. Así, el criterio de jerarquía estima, a favor de la norma fundamental, un lógico grado superior al resto de normas.

Por su parte el sentido de complementariedad -del principio de supremacía frente al principio de legalidad- implica que la ley suele brindar el cuerpo tangible a los principios y reglas de la Constitución, que se caracterizan por su estructura de normas abiertas. Es decir, los principios y valores constitucionales al responder a una naturaleza abstracta, llegan a ser concretizados por medio de una ley. De igual modo, la Constitución a través de la ley se encarga de hacer efectivos sus mandatos.

Como podemos ver, tanto el principio de legalidad y el principio de supremacía guardan afinidad dentro del sistema jurídico, lo que implica un grado de jerarquía natural de la norma fundamental sobre cualquier otra norma. Del mismo modo, muchos de los principios y fines que entraña la Constitución se plasman a través de la ley. Así la ley sirve como medio idóneo para promover los fines del Estado, siendo el más importante la protección y promoción del ser humano.

⁷⁴ Tal como ha comprendido GOMEZ-FERRER al señalar: “[l]a unidad del Ordenamiento Jurídico se encuentra representada en su plenitud por la Constitución y no por la ley, y de ahí la trascendencia del principio de constitucionalidad en la actuación de los poderes públicos.” (Vid. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. «Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo», en: Revista de Administración pública, Número 150. Septiembre - diciembre. 1999, p.163.)

⁷⁵ DEL POZO, Claudia. Op. Cit. p. 99.

Siguiendo esta lógica, una Administración pública comprometida a los fines del Estado debe promover y valorar los derechos fundamentales, centralmente este enfoque se plasmaría en el procedimiento administrativo⁷⁶ que implica la principal actividad para la justicia administrativa. En efecto, la manera más tradicional de la interrelación entre Administración e individuo, se materializara por el canal del procedimiento administrativo, y será en este canal donde la Administración deberá proveer y observar, diligentemente, todas las garantías y derechos que comprometan al ciudadano que deben ser debidamente acatadas por el órgano jurídico encargado de hacer justicia administrativa.

De otro lado, podemos señalar que el principio de legalidad se renueva, asociado al fin de respeto de los derechos de los ciudadanos, en consonancia con lo dispuesto con todo el ordenamiento jurídico como también, a la viga maestra de este, que es la Constitución; de igual forma a los principios y valores que esta encarna⁷⁷. En suma, la Administración toda debe subordinarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por lo que, podemos inferir que otra de las características que denota el principio de legalidad se relaciona al principio de reserva de ley⁷⁸, cualidad por la que la Administración encuentra su campo de acción o de movilidad en lo dispuesto por la ley.

De tal modo que para hacer efectiva la supremacía constitucional y enrumbar la práctica administrativa, es necesario que la Administración tenga presente el “*dique constitucional*” a cada acto que genere, como bien precisa BACHOF:

“De nada sirve a la Administración el eludir a un margen de arbitrio que le haya sido expresamente concedido por ley, cuando el juez puede objetarle con éxito que, si bien ha tenido en cuenta los límites concretos de arbitrio según la ley especial,

⁷⁶ Como bien precisa DEL POZO, citando a KRESALJA: « [I]a participación de la Administración pública en la vida social se concretizará, principalmente, “en el procedimiento administrativo, y en la gestión de los servicios públicos”. » (Vid. DEL POZO, Claudia. “Control difuso y procedimiento administrativo”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 102.).

⁷⁷ SANTA MARÍA, citada por DEL POZO: “La Administración, pues debe respetar las leyes emanadas del Parlamento, pero también las restantes normas que integran el sistema normativo: La Constitución (desde luego), las normas de gobierno con fuerza de ley, los tratados y convenios internacionales, la costumbre y los principios generales del Derecho, entre otros; y también, por supuesto, los reglamentos o norma dictadas por la propia Administración.” (Vid. DEL POZO, Claudia. “control difuso y procedimiento administrativo”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 102.)

⁷⁸ Ibídem. DEL POZO, Claudia. Op. Cit. p. 103.

sin embargo no ha observado las normas constitucionales limitadoras de todo arbitrio⁷⁹.”

Se puede entender finalmente bajo este comentario que la eficacia y eficiencia, en los que debe estar inspirada toda actuación de la Administración, puede frustrarse al no observar debidamente los enunciados constitucionales, pues esta resultara nula, habiéndose generado una pérdida de tiempo y esfuerzo, ambos elementos contenidos del principio de eficiencia⁸⁰, y el acto resultaría siendo desechado y por tanto, también, pierde la eficacia deseada.

En conclusión, se puede apreciar que el principio de supremacía constitucional, penetra dentro de la actividad administrativa. La Constitución como norma más importante dentro de la escala normativa del ordenamiento jurídico, guarda fuerza implicate en toda actividad jurídica de un Estado constitucional de Derecho, por la que se muestra como un pilar importante de la Administración pública.

VII. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL COMO JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

En este acápite creemos necesario destacar el principio de supremacía para poder introducir el control constitucional administrativo; a pesar de existir posiciones que se alejan de la supremacía como argumento para dar paso al control difuso⁸¹; nuestra posición se basa en el sustento histórico y lógico, expuesto anteriormente, que fundan la supremacía⁸². Así

⁷⁹ Citado por DEL POZO (Vid. DEL POZO, Claudia. “control difuso y procedimiento administrativo”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 107.)

⁸⁰ Como bien enfatiza DEL POZO la inobservancia y respeto a la constitución no deja de tener eficacia, solo se retarda: «[c]uando la Administración se niega a la inaplicación de una norma legal lesiva de derechos fundamentales; lo que en realidad está haciendo es aplazar la efectividad del derecho conculcado para que éste se realice en sede judicial.» (Vid. DEL POZO, Claudia. “control difuso y procedimiento administrativo”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 114.)

DEL POZO, Claudia. Op. Cit. p. 107.

⁸¹ A pesar de existir posturas como la que expone CHIRI GUTIÉRREZ quien prefiere hablar de un nivel normativo omnicompreensivo de la Constitución, para integrarse como una norma, sin embargo, creemos que el debate no se reduce únicamente a la funcionalidad de la Constitución, que irradia como norma, sino que su preferencia radica en su supremacía que esta ejerce en un determinado ordenamiento jurídico. Si bien es correcto afirmar que la funcionalidad de la Constitución responde a una norma dentro del sistema jurídico, necesariamente se debe integrar a su contenido su calidad de ordenadora y prioritaria.

⁸² Como reconocen PRIETO SANCHÍS y RODRÍGUEZ GAONA (Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis. “Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, Lima, Palestra Editores, 2002.

también en el significado mismo de control⁸³, y el reconocimiento vinculante de la Jurisprudencia Constitucional.

En tal sentido, sería vano pregonar la supremacía de la Constitución sin un respeto de la misma. En consecuencia, la Constitución se introduce en el ordenamiento jurídico, primero como norma y luego como norma principal del ordenamiento jurídico. Es precisamente, en salvaguarda de su supremacía que se debe velar por la norma fundamental.

La Constitución se defiende materialmente por si misma a través de una “*Consciencia Constitucional*” que debe impregnarse dentro de todo el ordenamiento jurídico, como bien ha precisado DE OTTO:

“El orden constitucional no se defiende mediante la ilegalización de sus enemigos, sino con el propio funcionamiento correcto sobre la base social, económica y política adecuada con el desarrollo de la primacía del derecho, con creación de una conciencia constitucional, tareas todas ellas más arduas y esforzadas que la de la defensa constitucional de cuya garantía se trata, el orden constitucional se defiende existiendo⁸⁴.”

Lo que significa que el compromiso de la instauración del nuevo Estado constitucional, requiere la interacción de todas las instituciones, órganos y todo ente público; además, de la transformación de los Poderes del Estado. En consecuencia, la Administración pública cambia sus paradigmas, para integrar nuevos conceptos y elementos de naturaleza neo-constitucional.

De otro lado, el respeto por la Constitución se debe materializar en toda actividad jurídica. Si bien la Constitución debe estar presente en toda actividad del Estado, no es ajena a sufrir

RODRÍGUEZ GAONA, Roberto. “*El Control de Constitucionalidad del Siglo XXI: Elementos para un Modelo Integral*” en: Teoría General de Derecho Constitucional. CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús, (Coord). AA.VV. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2009.)

⁸³ De los dos significados que reconoce el Diccionario de la Real Academia Española se entiende a la palabra “control” señala “*Comprobación, inspección, fiscalización, intervención. / Dominio, mando, preponderancia*”.

⁸⁴ Citado por DÍAZ REVORIO (Vid. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. «*La “Constitución abierta” y su interpretación*», Lima, Palestra Editores, 2004, p. 151.)

vulneraciones. Por ello requiere mecanismos materiales que cauteleen por la primacía de la norma fundamental, ahí es donde surge el control constitucional.

Ahora bien, el control constitucional es una institución reservada para órganos jurisdiccionales, sin embargo dentro de los nuevos requerimientos de un Estado constitucional de Derecho éste otorga nuevas atribuciones y responsabilidades a la Administración pública, las mismas prerrogativas están en consonancia con el respeto de la Constitución. Es así que los Tribunales Administrativos se instalan como encargados del respeto de la norma fundamental, asumiendo el rol de velar por la supremacía de la Constitución. Como bien se ha descrito a dichos órganos de la Administración pública, los Tribunales Administrativos *“dicen derecho”*, es decir que sus pronunciamientos no son ajenos al respeto material de todo el ordenamiento jurídico, y desde luego a su norma más importante: la Constitución.

Consecuentemente, la evolución del Estado (de un Estado legal a un Estado constitucional) comprende también un cambio en la actividad y funciones de los Tribunales Administrativos. De tal modo, que el Poder Ejecutivo renueva el concepto de justicia administrativa vinculada al respeto de la Constitución, que como sabemos se manifiesta en los valores y principios.

Para atender el respeto de la Constitución por parte de la Administración pública es necesario el remodelamiento de la estructura del Estado en sus Poderes, en particular del Poder Ejecutivo. Así el Poder Ejecutivo debe comprometerse en reforzar la justicia administrativa, confiriendo mayores facultades a sus Tribunales bajo determinadas garantías y presupuestos (como la independencia) con la finalidad de poder materializar correctamente la tutela de la norma fundamental.

Como podemos apreciar, la supremacía constitucional opera de manera plena dentro de la actividad administrativa y sirve de sostén de su potestad de control constitucional; como ya se ha demostrado reiteradamente por doctrina y jurisprudencia, la Constitución abarca a los diferentes campos del Derecho; subordinándolos a sus principios y valores, que están inspirados en la realidad de un Estado, además de tener suficiente sustento racional, que permita efectivizarlos y concretizarlos debidamente.

7.1. LA VINCULACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

De otro lado, en ese mismo empeño de hallar la vinculación entre el la Constitución y la Administración, es necesario abordar el vinculo objetivo que existe entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional que nos permita, preliminarmente, ver su concretización y concordancia de la Constitución dentro de la actividad jurídica que desarrolla la Administración.

Se puede afirmar que tanto el Derecho Administrativo como el Derecho Constitucional, guardan similitudes: como son la análoga finalidad, además de compartir un mismo objeto de estudio. Es así, que el actuar de la Administración pública sirve como un “*catalizador*” para poder concretizar las tarea del Estado en concordancia con el fin público, y es precisamente este fin público objeto de estudio del Derecho Constitucional⁸⁵.

Dentro de este mismo esquema, el procedimiento administrativo, como una de las principales funciones que detenta la Administración pública, dentro de la “*justicia administrativa*”⁸⁶, también obedece a los esquemas Constitucionales, en efecto, no se puede desconocer los principios y reglas abiertas de carácter constitucional procesal, que penetran dentro del denominado *jus cogens* del ser humano, por lo que es lógico suponer la penetración de los mismos valores y principios dentro de un procedimiento administrativo.

Entendiendo que todo proceso que involucre derechos fundamentales debe ser coherente con el ordenamiento constitucional, por ello resultan interesantes las nuevas nociones de derecho procesal, que consideran al proceso como un conjunto de garantías. Ello incluye al procedimiento administrativo, como mecanismo fundamental de la justicia administrativa, razón por la que se debe entender, que como parte de la actividad de la Administración

⁸⁵ En este sentido DEL POZO refiere que el Derecho Administrativo es un medio para canalizar todos los fines del Estado y resulta que éste último es objeto del Derecho constitucional. (Vid. DEL POZO, Claudia. “*Control difuso y procedimiento administrativo*”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 85.)

⁸⁶ La justicia administrativa es muy bien sustentada por DEL POZO al señalar que el procedimiento administrativo debe estar en armonía con los principios valores de la Constitución, indicando expresamente: “*caso contrario, la justicia administrativa se encontraría desvinculada a la administración Estatal que de da origen y cuyo marco debe cumplir sus funciones*” (Vid. DEL POZO, Claudia. “*Control difuso y procedimiento administrativo*”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 86.)

pública, ésta debe involucrar todos los medios necesarios que dentro de un procedimiento administrativo resguarden los derechos de los administrados y que no los contravengan, y mucho menos puedan vulnerarlos⁸⁷.

En suma, podemos decir que la Administración se presenta como un medio para poder hacer efectivo los principios y valores constitucionales, asimismo, se reconoce al procedimiento administrativo como el instrumento de materialización de los derechos fundamentales de los administrados, siendo así el procedimiento es objeto de la supremacía constitucional.

7.2 LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Ahora bien, vistos que teóricamente, nada obsta por integrar a la Constitución dentro del quehacer administrativo, en particular en el procedimiento administrativo. Queda revisar cómo deben ser resguardados, materialmente, los derechos fundamentales en sede administrativa.

En principio toda norma que sea contraria a la Constitución debe ser inaplicada. Sin embargo, se presentan casos en los que no es posible identificar el verdadero contenido de las disposiciones constitucionales frente a un caso cualquiera, ahí es donde surge la importancia del papel de la interpretación constitucional⁸⁸ como elemento para poder ejercer un control constitucional de la normas.

Así pues, creemos que para estar en un real cumplimiento de la Constitución, es necesario hacer uso de los métodos interpretativos constitucionales en el fuero administrativo. Pensar de manera opuesta, es decir, asegurar que solo por mecanismos de naturaleza administrativa

⁸⁷ Por ello dice bien GONZALES PÉREZ, que: “[El] *Administrado deberá considerarse como una pieza central del Derecho Público*” (Vid. GONZALES PÉREZ, Jesús. “El derecho administrativo”, en: La Ciencia del Derecho durante el Siglo XX, México II.UNAM, 1998, p.307.)

⁸⁸ Como recuerda HESSE: «[a]llí donde no se suscitan dudas no se interpreta, y con frecuencia no hace falta interpretación alguna. No toda realización de normas constitucionales es “interpretación”, en tanto que en el curso de la interpretación constitucional la Constitución resulta siempre “actualizada”. (...) Igualmente tampoco resulta necesario interpretar cuando las disposiciones constitucionales son terminantes, por más que aquí también se asista a un acto -estructuralmente simple- de “comprensión” y con ello, de interpretación en sentido amplio.» (Vid. HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 35-36.)

se brinde igual o mejor protección de los derechos fundamentales, puede llevar a la peligrosa conclusión que la Constitución se manifieste como una norma supletoria a la interpretación de la ley⁸⁹ que comprometa derechos fundamentales de los administrados.

Por ello, no es correcto dejar de lado la interpretación constitucional en el control constitucional administrativo, ya que un método autónomo, como es el caso de la interpretación del Derecho Administrativo, nos puede determinar una inadecuada ponderación⁹⁰.

Asimismo, agregando a lo dicho, es necesario tener presente que en el caso del Derecho Administrativo lo que se analiza o interpreta son normas de naturaleza administrativa, mientras que en el caso del Derecho Constitucional, se cuenta con medios que permiten analizar normas que involucran derechos fundamentales.

En ese sentido, las normas de carácter constitucional en su mayor número tienen un carácter principista y de integración, mientras que las normas de carácter administrativo poseen una calidad de normas técnicas, organizativas y procedimentales⁹¹. Como es de fácil deducción el espectro de las normas administrativas es reducido a comparación de las normas constitucionales, por lo que no resulta congruente el querer aplicar el método interpretativo de las normas administrativas a las normas que de contenido constitucional.

COLOFÓN

Finalmente creemos que el desconocer la supremacía constitucional dentro de la justicia administrativa nos conduce al sofisma de concluir que los derechos fundamentales solo

⁸⁹ Como bien se ha esforzado en señalar PEDRO SAGÜES, que en el caso del “Juez Legal”: “usar las normas constitucionales como recurso extremo y supletorio, a falta de las reglas subconstitucionales; o en su caso, citarlas como elemento meramente decorativo, doctrinario o teórico, siempre secundario. En algunos casos límite, el empleo de las cláusulas constitucionales para fundar una demanda o un veredicto incluso, puede ser visto como sospecha o creencia de argumentos jurídicos más contundentes y específicos para dirimir la litis” (Vid. SAGÜES, Pedro Néstor. “Del juez legal al juez constitucional”, en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_004_337.pdf, revisado el 21 de julio del 2009.)

⁹⁰ En este sentido DEL POZO señala que si bien los métodos de naturaleza administrativa pueden servir como argumentos, para incrementar su peso, éstos no pueden determinar una adecuada ponderación de derechos fundamentales. (Vid. DEL POZO, Claudia. “Control difuso y procedimiento administrativo”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 91.)

⁹¹ DEL POZO, Claudia. “Control difuso y procedimiento administrativo”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 91.

alcanzan eficacia en sede judicial y no así en sede administrativa, negándose la dignidad humana en el quehacer jurídico administrativo, siendo contraria a la principal tarea del Derecho que es acercarse más al ideal de una sociedad llena de valores y justicia.



CAPÍTULO II

EL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO

Después de haber repasado el principio de supremacía constitucional, principal argumento para la aplicación del control difuso; a continuación repasamos el denominado “*control difuso administrativo*”⁹². Para ello primeramente, nos introducimos en los tribunales administrativos y su función de control constitucional recién instaurada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano; no obstante, se puede reconocer en la jurisprudencia de Tribunales Internacionales el reconocimiento de facultades cuasi-jurisdiccionales a Tribunales Administrativos, que indirectamente vinculan su actividad jurídica en la Constitución de cada Estado.

En ese sentido existen precedentes de Tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han dispuesto el imperativo respeto de los derechos fundamentales por parte de todo Tribunal, judicial o no judicial; extendiendo de este modo el respeto de los derechos fundamentales por parte de los Tribunales administrativos.

No obstante, el reconocimiento jurisprudencial del Tribunal Constitucional de la potestad de control constitucional en la Administración pública, recorrió varias etapas, desde su categórica negación hasta su reconocimiento e introducción como facultad de los Tribunales Administrativos. A continuación desarrollamos la evolución del control constitucional administrativo dentro de los fallos del Tribunal Constitucional.

Seguidamente, vemos la sentencia 3741-2004-AA/TC y su Resolución Aclaratoria (Caso Salazar Yarlenque); su estudio resulta capital, amén que es vía este pronunciamiento, del Tribunal Constitucional, que se reconoció explícitamente el control difuso en sede administrativa.

⁹² Que como sabemos a estas alturas, es más preciso hablar de un control de constitucionalidad, antes que de un “control difuso”, pues ésta en esencia es solo una modalidad de control constitucional.

I. LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

Como sabemos los orígenes de la Administración pública, se remonta a postrimerías de la Revolución Francesa⁹³, donde se introdujeron distintos órganos de naturaleza estatal con el fin de asegurar el cumplimiento de las tareas del Estado. Así surgen distintas potestades dentro de la Administración pública, fundados en el interés común, al punto de volverla en compleja⁹⁴.

Sin embargo, la creciente labor del Estado fue ampliando las potestades en su Administración pública. La misma que al ejecutar sus actividades, en muchas ocasiones, limitaba derechos de sus ciudadanos administrados. Así pues, surge la necesidad de imponer límites a las distintas atribuciones de la Administración pública, por lo que aparecen órganos dentro de la misma Administración; encargados propiamente de controlar la legalidad y sus actividades y tareas, así surgen los Tribunales administrativos.

Así pues, la naturaleza de la mayoría de los tribunales administrativos es de control de legalidad de sus administraciones en general, encargándose de desarrollar la justicia administrativa. De esta manera los Tribunales Administrativos configuran el elemento idóneo en la estructura de toda Administración, pues hace efectivo un real control del cumplimiento debido de la ley y del Derecho (que comprende a los valores y principios de corte constitucional⁹⁵).

⁹³ Como bien apunta VÁSQUEZ ALFARO: *“el derecho administrativo surgió como disciplina jurídica después de la consumación de la Revolución francesa. Grosso modo, podemos decir que su objeto de Estudio lo constituye la organización de la administración pública, las relaciones de los órganos que la componen entre sí, y las relaciones de los administrados con aquellos”* (Vid. VÁSQUEZ ALFARO. José Luis *“Evolución y perspectiva de los órganos de la jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano”*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. p. 14)

⁹⁴ Por el conjunto de actividades que realizan los entes públicos, en efecto, si se toma en consideración que sus actividades integran cada vez más distintas áreas jurídicas como extrajurídicas. Ello hace que se agrupen una variada gama de normas, tal como ha señalado SANTI ROMANO citado por GÓMEZ-FERRER MORANT: *“[d]e esta forma, se comprende que la Administración pueda considerarse como una institución compleja (...) que incluye las distintas Administraciones Públicas y que puede ser objeto de estudio unitario por el Derecho Administrativo.”* (Vid. GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. *“Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo”*, en: Revista de Administración pública, Número 150. Septiembre - Diciembre. 1999, p. 165.)

⁹⁵ Para GARCÍA DE ENTERRÍA el concepto de Derecho integra a los principios, es por ello que su postura no es explícita en cuanto al Estado constitucional de Derecho. (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *“Democracia, jueces y control de la administración”*, Madrid, Civitas, Quinta Edición, 2000. p.126.)

Los Tribunales Administrativos representan los órganos jurídicos reflexivos de la Administración, de tal suerte que constituyen una especie de “*Sentido Común*” dentro de la actividad administrativa, su labor no se reduce a hacer un control formal de la ley y un somero control del cumplimiento formal del origen de las normas, es decir solo cuestionar el acatamiento de los procedimientos dispuestos en la Constitución, sino que suma dentro de sus criterios el cumplimiento material de la Constitución, por lo que la jurisdicción administrativa cumple un rol de importancia dentro del respeto de la Constitución.

Bajo este contexto emerge el derecho procesal administrativo, como medio para poder regular las relaciones originadas entre los particulares y los organismos estatales, por medio de su jurisdicción administrativa encargada en sus Tribunales. De manera que el derecho procesal se orienta a proveer de un conjunto de garantías a los administrados, frente a posibles arbitrariedades de la Administración pública que atente contra derechos fundamentales.

1.1. MODELOS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Es oportuno hacer ver que los principales avances del derecho administrativo, siempre maduraron en Europa (principalmente en Prusia y Francia⁹⁶). Razones como el rechazo a la influencia de poderes o de terceros en las decisiones del Poder, justifican este temprano avance frente a otras regiones⁹⁷.

⁹⁶ WOODROW, Wilson. “*The study of public administration*”, en: “*Communication Researchers And Policy-Making*”, Editado por BRAMAN, Sandra, Massachusetts Institute Of Tecnology Press. 2003. pp. 66-68.

⁹⁷ Como bien precisa WOODROW: “[i]f an explanation be sought why a science manifestly so susceptible of being made useful to all governments alike should have received attention first in Europe, where government has long been a monopoly, rather than in England or the United States, where government has long been a common franchise, the reason will doubtless be found to be twofold: first, that in Europe, just because government was independent of popular assent, there was more governing to be done; and, second, that the desire to keep government a monopoly made the monopolists interested in discovering the least irritating means of governing. They were, besides, few enough to adopt means promptly.” WOODROW, Wilson. “*The study of public administration*”, en: “*Communication Researchers and Policy-Making*”, Editado por BRAMAN, Sandra, Massachusetts Institute Of Tecnology Press. 2003. p. 66.

Es así, que el Derecho Procesal Administrativo, recién se introduce como una rama más del Derecho a mediados del siglo XIX e inicios del siglo XX⁹⁸, gracias a los estudios de juristas franceses⁹⁹; recogiendo una marcada influencia del Derecho Procesal Civil. No obstante los sistemas de justicia administrativa, varían en cada Estado de acuerdo a su propia organización administrativa.

Así, en todo el orbe se pueden identificar dentro del Derecho Procesal Administrativo, dos clases de modelos o sistemas encargados de resolver controversias de naturaleza administrativa: por un lado el sistema Francés o administrativista, y por el otro el sistema angloamericano. A continuación, desarrollamos de manera resumida las características y sus antecedentes de ambos sistemas.

a) Modelo angloamericano

El sistema angloamericano o judicialista, atribuyó solo a los órganos judiciales la facultad de resolver controversias con la autoridad administrativa. Resumiendo a la Administración pública a tareas de ejecución de políticas de Estado, concebidas como políticas provenientes de la Presidencia, como máximo ente representativo del Poder Ejecutivo.

No obstante, el modelo angloamericano evolucionó: pues, si bien en un primer momento era reticente de reconocer a la Administración pública la capacidad de poder resolver conflictos que surgieran en las relaciones entre los ciudadanos administrados, negándole de esta forma la potestad de decidir controversias de naturaleza administrativa; fundándose en la clásica separación de Poderes del Estado.

⁹⁸ Tal como Precisa GALINDO: *“es verdad que el derecho procesal administrativo, como ciencia jurídica de conocimiento y normas regulatorias del proceso administrativo, surgió con ocasión de las primeras obras jurídicas sobre la materia, las cuales iniciaron el camino de la sistematización de los grandes principios, de la aplicación, de las instituciones genéricas del derecho procesal, durante la mitad del siglo XIX y primera del siglo XX.”* (Vid. GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. *“Derecho procesal administrativo”*. V. I., Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2006. p. 64.)

⁹⁹ Tales como: Edouard Laferrière, Roland Drago, Raphaël Alibert, Jean Appleton, León Aucoc, Roger Bonnard, etc.

Más adelante, dicho criterio fue cambiado; así, en congruencia con el avance de la Sociedad, la Administración pública norteamericana dividió en dos sus organismos administrativos (denominadas agencias); estableciendo por un lado las agencias reguladoras y; por el otro las agencias no reguladoras. Siendo las agencias reguladoras encargadas de proveer de normas a la Administración pública, cumpliendo un rol del legislativo, además, de encargarse de decidir situaciones que afecten a los particulares y resolver conflictos entre la Administración y los ciudadanos; mientras que las agencias no reguladoras eran las encargadas de dar cumplimiento a las disposiciones que provinieran de la Administración General, que estaban orientadas al reconocimiento y cumplimiento de políticas de bienestar general¹⁰⁰.

Dentro de un segundo momento de la evolución de la Administración pública Norteamericana se diferenció dos clases de agencias: las agencias dependientes y las agencias independientes. Las agencias dependientes, eran integradas por funcionarios designados por el Presidente, como máximo representante del Poder Ejecutivo; mientras que las agencias independientes, eran libres de cualquier tipo de designación por parte del Presidente, dependiendo su designación al Congreso de los Estados Unidos.

El conflicto del nuevo rol de la Administración pública, es decir las funciones y atribuciones que debiese desarrollar agudizaron las relaciones entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, el mismo que viene arrastrándose hasta la actualidad¹⁰¹. No obstante, fue vía *Case Wiener* que se reconoció la calidad cuasi-judicial de las agencias independientes, criterio que viene aplicándose hasta el día de hoy. Lo establecido por el

¹⁰⁰ CARBONELL, Eloísa y MUGA, José Luis. “*Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*”, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 48.

¹⁰¹ Conforme explica KRENT: “*executive or of itself conforms to the internal checks prescribed in the constitution. But when congress delegates authority to its own agent, as in bowsher (...), then the congressional agent`s actions supplement the original piece of legislation without complying with the article I procedures for lawmaking. Agents of the executive branch (including so-called independent agencies), needless to say, are not comparably bound by the article I restrictions, in part because of the framers` greater fear of unchecked legislative power.*”(Vid. KRENT, Harold J. “*Separating the Strands in Separation of Powers Controversies*”, en: *Virgina Law Review*.Vol ° 74, N° 1253. p. 30.)

Case Wiener terminó de reforzar la justicia administrativa en la Administración pública Norteamericana.

b) Modelo francés

Por su parte, el sistema francés, se caracteriza por la creación de Tribunales Administrativos que forman parte del Poder Ejecutivo. Sustentándose en la independencia de los Poderes del Estado. La justicia administrativa francesa cuenta con Tribunales Administrativos, que pueden dictar resoluciones de naturaleza firme. Teniendo como ente rector al Consejo de Estado. Su naturaleza se remonta a la época de la Monarquía.

Bajo la Monarquía Medieval se encargó a los “*maîtres des requêtes de l’hotel*” (una especie de jueces en puertas de la Administración) resolver las controversias que pudieran surgir entre sus disposiciones frente los súbditos y el Rey. El incremento de ingresos obligaría, a la monarquía francesa, a organizar mejor su sistema administrativo; haciendo más eficiente las disposiciones monárquicas.

Por estas nuevas circunstancias es que se implementó el “*Consejo Político de la Corona*”, conformado por las personas más cercanas al Monarca, compuesto por príncipes, altos oficiales, prelados y juristas de mayor confianza del Rey¹⁰². Probablemente, este sea el antecedente directo del hoy denominado Consejo de Estado.

Debido a la necesidad de incrementar los ingresos, se designó a un conjunto de personas denominados *Intendentes*, para cumplir las disposiciones del Rey de manera rápida y directa, además, se les encargó resolver controversias a lo largo del territorio. Luego

¹⁰² GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. “*Derecho Procesal Administrativo*”. V. I., Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2006. p. 96.

estos cargos se establecerían como permanentes¹⁰³. No obstante, el Consejo seguía teniendo la facultad exclusiva de poder resolver reclamaciones administrativas¹⁰⁴.

La Revolución Francesa, significó el término de todo el sistema administrativo constituido por el Rey. No obstante, la nueva Administración pública encontró en el Poder Judicial un obstáculo para poder cumplir de manera pronta sus tareas, pues la jurisdicción judicial observaba la legalidad de las disposiciones administrativas, ordenando en muchos casos su nulidad. De esta forma se introdujeron distintas normas que limitaron al Poder Judicial a inmiscuirse en las tareas de la Administración¹⁰⁵. Política que perduró hasta finales del siglo XVIII. Éstos fueron, probablemente, los primeros antecedentes de la institución de una nueva jurisdicción, separada del la jurisdicción ordinaria. Que daría pie a la jurisdicción administrativa.

Fue en 1799 con Napoleón Bonaparte, que con afanes de manipulación del Poder¹⁰⁶, instituyó el “*Consejo de Estado*”. Que se encargaría de apoyar al Estado en la redacción de leyes. Además de la admisión de las reclamaciones y quejas de los ciudadanos, proyectando resoluciones. Esta idea original se mantuvo por muchos años dando origen

¹⁰³ En Cumplimiento del Edicto de 1635.

¹⁰⁴ GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. “*Derecho Procesal Administrativo*”. V. I., Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2006. p. 96.

¹⁰⁵ Como bien precisa GALINDO: « [y] así, los adalides revolucionarios lograron la aprobación de varias leyes que impidieron la intervención judicial en las labores de la Administración pública. Entre ellas debe destacarse la Ley 16 Frutidor del año III, a través de la cual se estableció que las funciones jurisdiccionales eran diferentes de las administrativas, en tanto que los jueces no podían intervenir so pena de prevaricato./ Fue también expedida, desde los orígenes mismos de la Revolución, la ley de 16-24 agosto 1790, que su artículo 13 dispuso “las funciones judiciales son y continúan siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo la pena de prevaricato, interferir de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones.”» (Vid. GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. “*Derecho Procesal Administrativo*”. V. I., Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2006. p. 99.)

¹⁰⁶ Como concluye WOODROW, la manipulación del poder sin obstáculo alguno era la intención final de Napoleón Bonaparte, antes de crear una Administración eficiente y justa; así concluye: “[t]he recasting of French administration by Napoleon (...) by the single will of an absolute ruler before the dawn of a constitutional era. No corporate, popular will could ever have effected arrangements such as those which Napoleon commanded. Arrangements’ so simple at the expense of local prejudice, so logical in their indifference to popular choice, might be decreed by a constituent assembly, but could be established only by the unlimited authority of a despot.” WOODROW, Wilson. “*The study of public administration*”, en: “*Communication Researchers And Policy-Making*”, Editado por BRAMAN, Sandra, Massachusetts Institute Of Technology Press. 2003. p. 69.

a la jurisdicción o justicia retenida¹⁰⁷. Posteriormente, del Consejo de Estado introdujo los Consejos de Prefectura, con competencia territorial fijada por el Rey, quienes tenían la competencia de conocer los contenciosos administrativos surgidas de su acción¹⁰⁸.

Con el pasar de los años, este sistema se fue institucionalizando en la vida del Estado, haciéndose imprescindible para resolver controversias administrativas, reconociendo su importancia, fue en 1872 se aprobó por ley *el sistema de justicia o jurisdicción delegada*¹⁰⁹, siendo reconocido como un sistema de justicia o jurisdicción autónoma.

A fecha, y luego de varios ajustes legislativos, el modelo de jurisdicción autónoma se instituyó de manera plena, convirtiendo a sus Consejos de Prefecturas en Tribunales Administrativos, que se reparten en las ciudades más importantes del territorio francés. Más adelante, debido a la congestión de casos, se instituyó una segunda instancia, denominadas Cortes Administrativas de Apelación; consolidándose el Consejo de Estado como una instancia de casación administrativa.

Conforme se desprende de la descripción de ambos modelos se puede inferir que sus Tribunales administrativos vienen apuntalando la justicia administrativa, cumpliendo una labor de salvaguarda de los derechos fundamentales de sus administrados; por lo que es fácil deducir el respeto de la Constitución dentro su quehacer contralor. No obstante, el modelo francés es nítidamente el más desarrollado, pues se reconoce como una jurisdicción separada a la ordinaria; por ello se puede afirmar que ésta cumple una labor más garantista;

¹⁰⁷ Para GALINDO, la jurisdicción o justicia retenida es: “[el] concepto según el cual, la administración detentaba el poder jurisdicciones frente a las solicitudes y demandas de los ciudadanos, en la medida en que ella misma resolvía las controversias planteadas, no obstante que tuviere participación de algunas dependencias asesoras como el Consejo de Estado en aquel entonces.” (Vid. GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. “Derecho Procesal Administrativo”. V. I., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, 2006. p. 99.)

¹⁰⁸ GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. “Derecho Procesal Administrativo”. V. I., Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, 2006. p. 99.

¹⁰⁹ Como narra GARCÍA DE ENTERRÍA: “[e]n 1872, con el fin traumático del II Imperio, Francia da el paso decisivo de pasar de una “justicia retenida”, aún en manos del Gobierno, a un sistema de “justicia delegada” y ya independiente” (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La justicia administrativa en el cambio de siglo”, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2003. p. 39.)

y puede realizar una verdadera tarea de control constitucional acorde con la supremacía constitucional.

1.2. CONTROL CONSTITUCIONAL EN LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

Como hemos visto, en los dos más importantes modelos de tribunales de justicia administrativa, viene asentándose el respeto por los derechos de los administrados, en consecuencia viene introduciéndose paralelamente el respeto por la Constitución por medio del procedimiento administrativo.

En efecto, el sentido de eficiencia de la Administración pública debía ajustarse al respeto de los derechos fundamentales (al *jus cogens*) de los administrados. En ese camino, emerge el proceso administrativo como medio de actuación para Administración pública, y como garantía de los administrados.

Como puede apreciarse, se asienta la importancia del derecho procesal administrativo, también reconocida como “*justicia administrativa*”¹¹⁰; la misma que puede ser comprendida como el conjunto de principios y garantías de naturaleza jurídica que se desarrollan dentro de la actividad de la Administración pública.

En tal sentido, SERRA ROJAS, reconoce a la justicia administrativa como:

“[La justicia administrativa es el] *conjunto de principios y procedimientos que establecen recursos y garantías para defensa de los particulares*¹¹¹.”

¹¹⁰ Aunque como distingue bien VÁSQUEZ ALFARO. José Luis: «el término “*justicia administrativa*” es comúnmente confundido y sustituido por otros. / Algunos autores lo utilizan indistintamente para describir diversos conceptos. / Así unos designan *justicia administrativa* a lo que en rigor constituye la *jurisdicción administrativa*.» (Vid. VÁSQUEZ ALFARO. José Luis “*Evolución y perspectiva de los órganos de la jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*”. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. p. 25.)

¹¹¹ Citado por VÁSQUEZ ALFARO (Vid. VÁSQUEZ ALFARO. José Luis “*Evolución y perspectiva de los órganos de la jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*”. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1991. p. 25.)

Por lo señalado, se puede afirmar que el sentido de la justicia administrativa está orientada a constituir un instrumento garantista, que tiene como pilar de su estructura los derechos fundamentales de los administrados, que son reconocidos por la Constitución y que son desarrollados por los Tribunales Administrativos.

Por ello, es importante prestar atención a los órganos encargados de la justicia administrativa, así también subrayar la actividad tribunalicia que se desarrolla en el fuero administrativo; ya que su rol es objeto de cambio bajo un Estado constitucional de Derecho (como hemos tratado de esbozar a lo largo de esta investigación) puesto que, estos órganos son revestidos de atribuciones jurídicas cuasijurisdiccionales; en donde no solo están en la obligación de hacer cumplir la ley sino también, se ven en el deber de actuar conforme a los parámetros constitucionales establecidos, ello no solo trasciende en el respeto y cumplimiento de las disposiciones constitucionales, sino también en una natural obsecuencia a las interpretaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional¹¹².

Ahora bien, ciertamente la jurisdicción administrativa no encuentra un mandato positivo de control de constitucionalidad, no obstante, ello no es óbice, dentro de un Estado constitucional de Derecho, para establecer nuevas competencias a la Administración pública, a fin de materializar los principios y valores constitucionales. La jurisdicción ordinaria es la única encargada, vía mandato expreso de la Constitución, de poder realizar un control difuso, es necesario tener en cuenta que la propia evolución de las sociedades y consecuentemente del Estado empuja a establecer nuevas competencias y controles jurídicos en sus diferentes estamentos, por ello no resulta ilógico establecer un modo de control constitucional dentro de la Administración pública; o reconocer nuevas jurisdicciones¹¹³.

¹¹² En términos de DEL POZO: «[c]abe señalar que al interior del procedimiento administrativo, el rol de juzgador administrativo también ha sufrido una importante transformación en el Estado constitucional. De ser un magistrado encargado principalmente de constatar la adecuación de la justicia administrativa las normas legales, en la actualidad se erige como [citando a Alejandro NIETO] “el protector del individuo y el defensor de las situaciones jurídicas subjetivas.”» (Vid. DEL POZO, Claudia. “Control difuso y procedimiento administrativo”, Lima, Palestra Editores, 2005. pp. 107-108.)

¹¹³ Como vimos anteriormente, por ejemplo en Francia se mantiene dos jurisdicciones paralelas, una de carácter general, mientras que la otra posee competencias exclusivas de naturaleza administrativa. De tal suerte que se mantiene una jurisdicción, totalmente, separada del Poder Judicial. Como precisa SPISSO al

En tal sentido, la fundación del nuevo Estado constitucional implica la consideración de la Constitución, como norma suprema, dentro de los fallos que emitan los Tribunales Administrativos, es decir, que en su rol de resolver conflictos jurídicos de naturaleza administrativa, los Tribunales Administrativos puedan analizar la afinidad de las distintas normas infralegales con las disposiciones de la Constitución; lo que significaría materialmente que los Tribunales Administrativos puedan realizar un control constitucional.

Se puede argumentar a favor de esta posición el alto grado de especialidad de los Tribunales Administrativos lo que garantiza una mayor calidad en sus resoluciones (así, como ocurre frente a la calidad de justificación y de análisis de las leyes del Poder Judicial frente a las leyes emitidas por el Legislativo¹¹⁴); de igual forma, se puede afirmar que existe un mayor adiestramiento en la actividad de justificación en materias específicas, como las materia tributaria como es el caso del Tribunal Fiscal.

Al respecto de esto último, la argumentación jurídica resulta una actividad imprescindible dentro de un Estado constitucional de Derecho, en donde todos los órganos se ven en la obligación de justificar sus decisiones. Así también los Tribunales Administrativos justifican sus resoluciones; para ello, los mismos, siguen modelos de argumentación jurídica, al igual que los tribunales de la justicia ordinaria; lo que hace homogénea la producción de los fallos de la justicia administrativa a la justicia ordinaria.

Poder Judicial le queda vedado inmiscuirse en casos que por su naturaleza corresponde seguir la jurisdicción administrativa. De igual forma, en el caso italiano se reconoce también la doble jurisdicción. (Vid. SPISSO, Rodolfo. «Derecho Constitucional Tributario», Buenos Aires, Depalma, 1991, pp. 339-342.)

¹¹⁴ Como han descrito DWORKIN y AKERMAN, citados por DE LORA DEL TORO: “*la institución del control judicial de constitucionalidad debe su existencia precisamente al hecho de que la política ordinaria es de escasa calidad en lo que hace a la fijación y salvaguarda de ámbitos de libertad a los ciudadanos, de condiciones para procurar efectivamente su igual consideración y respeto*”; el segundo argumento que se exponía era que el control constitucional de los jueces hace que se comporte políticamente, contraviniendo la seguridad jurídica; tanto DWORKIN y AKERMAN no niegan la fehaciencia de los señalado, empero la legitimidad que tienen los jueces es reconocida por la mayoría de los ciudadanos frente al de los legisladores, en cuanto a la defensa de sus derechos. (Vid. DE LORA DEL TORO, Pablo. “*La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la filosofía del Derecho*”, Madrid, Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp.86-87.)

Si bien existe el marcado prejuicio de considerar a los Tribunales Administrativos un nivel de inferioridad en sus pronunciamientos frente a la jurisdicción ordinaria, en realidad esta inferioridad no es tal si se toma en cuenta que la Administración concentra en su órgano jurídico de apoyo especialistas y expertos que garantizan un mayor grado técnico en sus pronunciamientos y fallos, pues cuentan con dependencias y medios más versados que la justicia ordinaria.

En tal sentido, la inferioridad hipotética, entre el la justificación judicial y justificación administrativa, no resulta siendo consistente; pues los Tribunales Administrativos en muchos casos han demostrado un mayor grado al del propio Poder Judicial. La tesis de subestimar a los Tribunales Administrativos resulta semejante a las tesis esgrimidas en los orígenes del control difuso judicial de los jueces frente al Poder Legislativo.

A todo ello se suma el elemento de eficacia que proporcionan los Tribunales Administrativos a los actos emitidos por su Administración gestora, lo que queremos decir es que con este rol activo y dinámico de los Tribunales Administrativos, no se limitan a ser una garantía de los ciudadanos frente a la Administración, sino que también consolidan el proceder de la misma Administración, siendo un control de su legalidad y constitucionalidad de sus actos emitidos.

A manera de conclusión de este acápite podemos señalar que la jurisdicción administrativa se encuentra en posibilidad de realizar un debido control de constitucionalidad, que en muchos casos responderá a una mejor ponderación y conocimiento de la materia controvertida, dotando de validez a las resoluciones emitidas por la Administración pública.

II. EL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

2.1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES INTERNACIONALES

El control constitucional, se introduce de manera indirecta, a través de las sentencias de Tribunales de Justicia Internacional. En tal sentido, se puede apreciar que el reconocimiento de la calidad de verdaderos Tribunales de Justicia a los Tribunales Administrativos consolidó la justicia administrativa, así como su procedimiento y remarcó una nueva finalidad, haciéndolos más garantistas.

El reconocimiento de capacidades cuasi-jurisdiccionales de los Tribunales Administrativos, se encuentran más próximamente en los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es así que en el *Case of X vs. The United Kingdom* del 5 de noviembre de 1981, en su apartado 53 estableció:

« Así, en el artículo 5 del art. 4 (art. 5-4) la palabra "tribunal" no necesariamente debe entenderse como aquel significado de un tribunal de justicia del tipo clásico, integrado dentro de la maquinaria estándar judicial del país. Este término, como empleado en varios artículos de la Convención, incluido el artículo 5 del art. 4 (art. 5-4), sirve para denotar "organismos que presentan no sólo las características fundamentales comunes, de los cuales el más importante es la independencia del poder ejecutivo y de las partes en el caso, así también las garantías" - " apropiado para el tipo de privación de libertad de que se trata "-" de [un procedimiento judicial] ", las formas de que pueden variar de un dominio a otro...»

Como se puede apreciar de la cita, son Tribunales aquellos que presentan similitudes frente a los Tribunales Judiciales, y que se encuentran en la obligación de actuar conforme a las garantías expuestas en la Convención. Siendo prescindible el sistema al cuál pertenezca, siendo lo fundamental la actividad resolutoria que tenga, y los efectos frente a derechos fundamentales que pueda tener.

Así resulta coherente plantear que los tribunales administrativos, también se encuentran sujetos al respeto de los derechos fundamentales, introducidos en Constituciones y en Tratados internacionales; por lo que dichos tribunales se sujetan, al igual que los tribunales de justicia ordinaria, al respeto de la norma fundamental, por ser esta el mayor catálogo de derechos de un Estado.

Este mismo criterio fue utilizado en el *Case of Campbell and Fell vs. The United Kingdom* del 28 de junio de 1984 en su apartado 76, donde estableció:

« No se ha discutido en el presente caso de que una Junta de Visitantes, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, es un tribunal "establecido por la ley". Es, de hecho, está claro que la legislación Inglesa aplicable le reconozca un poder de decisión vinculante en el área en cuestión como se dicta en autos St. Germain que se trata de una función jurisdiccional (véanse los apartados 38 y 39 supra). Una vez más, la palabra "tribunal" en el artículo 6 párr. 1 (art. 6-1) no necesariamente debe entenderse como lo que significa un tribunal de justicia del tipo clásico, integrado dentro de la maquinaria estándar judicial del país. »

Es interesante destacar el análisis del Tribunal Europeo, que centra su atención en redimensionar la función de los “Tribunales”; que no necesariamente son afines con los Tribunales de Justicia, pero ello no desvincula que la actividad jurídica que realicen sean a espaldas a derechos fundamentales; así también vincula su actividad procesalista en una garantía frente a la aplicación de la ley.

Que si bien, el Tribunal Europeo no hace referencia acerca del control constitucional, se puede entender que los derechos fundamentales comprometen a los Tribunales administrativos a la salvaguarda de su respeto bajo un procedimiento garantista. En consecuencia, nuevamente, siendo la Constitución la principal norma que contiene y desarrolla derechos fundamentales, dentro de un Estado; la justicia administrativa debe procurar el respeto y cumplimiento de la misma, para estructurar una resolución ajustada a Derecho.

Por otro lado, en la región la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido muy influyente para el Derecho interno de los países americanos. Es así que a través de su jurisprudencia ha ido elaborando nuevos criterios a fin de proteger los Derechos Humanos. Su jurisprudencia en cuanto a Derecho Procesal, ha sido vasta, de modo tal que la orientación de la Corte ha sido de proveer de las garantías suficientes a los procesados, configurando al proceso como un conjunto de garantías, que también se extienden a los Tribunales Administrativos.

Es así como, con ocasión de pronunciarse sobre la violación de Garantías Judiciales, consagradas en el Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el caso *Tribunal Constitucional Peruano* (Aguirre Roca, Rey Terry, Revoredo Marsano) vs. *Perú*, del 31 de enero del 2001, estableció en su numeral 71 que:

« De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana. »

Conforme podemos apreciar, la Corte ha extendido las garantías de un debido proceso a los procedimientos administrativos. Por ello se puede afirmar, primero que implícitamente se reconoce la existencia de una justicia administrativa, ya que en efecto la Administración pública como parte orgánica del Poder Ejecutivo, realiza funciones materialmente

jurisdiccionales a través de sus Tribunales Administrativos. Segundo, obliga a la Administración pública a observar las garantías dispuestas en la Convención.

En atención a lo dicho, los Tribunales Administrativos tienen el reconocimiento de su actividad como una cuasi-jurisdicción. En consecuencia, se puede afirmar que a través del Fallo de la Corte se está introduciendo el reconocimiento de la justicia administrativa, como parte de la garantía de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos.

Frente al grado vinculante de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los distintos países de la región se ven en la obligación de acatarlos y proveer de los medios necesarios para su efectivo cumplimiento.

Por ello, era natural que en cumplimiento de reconocimiento de la facultad cuasi-jurisdiccional de los Tribunales Administrativos, integrar el control constitucional; pues la Constitución se integra al conjunto de garantías con las que cuentan los administrados (como bien fundamentó la Comisión frente a la Corte).

2.2. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

El control difuso en sede administrativa, como describimos al inicio, no ha sido un tema ajeno a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, el mismo atravesó por distintos criterios, así pues, el supremo intérprete constitucional en un primer momento fue claro al negar el control difuso en sede administrativa; en tal sentido se pronunció en su Sentencia N° 0007-2001-AI publicada del 6 de febrero del 2003 en su fundamento jurídico tres señaló:

“En lo que respecta al primer extremo, el Tribunal estima que la municipalidad emplazada ha incurrido en un evidente exceso, pues la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el

*propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, **si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable**(el resaltado es nuestro).”*

Esta afirmación por parte del Tribunal Constitucional no deja lugar a dudas que para el supremo interprete el control de la constitucionalidad de las leyes significaba un poder excesivo en la actividad de la Administración; siendo, además, una subrogación de un poder establecido solo para el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones y el propio Tribunal Constitucional.

En ese mismo sentido el Tribunal Constitucional se reafirmó en su Sentencia N° 0499-2002-AA/TC publicada el 19 de junio del 2003; con oportunidad de pronunciarse sobre un caso que planteaba la necesidad de agotamiento del procedimiento administrativo en caso de inaplicación de leyes por parte de la Administración pública, en su fundamento uno señaló:

“[E]l agotamiento de la vía administrativa sólo será exigible si su tránsito se configura como una vía idónea y eficaz para los fines que se persiguen con su instalación. No es ése el caso, por cierto, de lo que sucede tratándose de la inconstitucionalidad del cobro de un tributo y su cuestionamiento en sede administrativa, pues existe jurisprudencia reiterada y constante del Tribunal Fiscal en el sentido de que, en la medida que éste no posee el rango de órgano jurisdiccional, no es competente para declarar la inaplicabilidad de leyes o normas con rango de ley, pues tal actuación contravendría la Constitución.”

Como se puede apreciar, en este periodo el Tribunal Constitucional se alejó del uso de la inaplicabilidad de las leyes por parte de la Administración pública vía control difuso, por

carecer de competencia. Reiterando la incompetencia por parte de la justicia administrativa en materia de inaplicación de leyes; pues, el mismo no cuenta con el nivel jurisdiccional.

En un segundo periodo el Tribunal Constitucional se mostraría más flexible frente a la inaplicación de leyes contrarias a la Constitución en la actividad administrativa, así en su Sentencia N° 0050-2004-AI/TC del 6 de junio del 2005; donde resolvió la inconstitucionalidad de la Ley N° 28389 y la Ley N° 28449 (Ley de Reforma Constitucional). Dichas leyes modificaban el régimen pensionario establecido en Decreto Ley 20530; las mismas estipulaban que los empleados, servidores y funcionarios de todas las entidades públicas, debían sujetarse (prescindiendo del análisis constitucional) a las disposiciones emitidas por el Ministerio de Economía y Finanzas, en materia pensionaria. Frente a dichas leyes el Tribunal concluyó:

“[E]l artículo 11 de la Ley N° 28449, establece que los empleados y funcionarios de todas las entidades del sector público están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas.

Tal disposición debe ser interpretada en el sentido de que dichas directivas y requerimientos resulten obligatorios, sólo en la medida en que sean compatibles con la Constitución y con las sentencias expedidas por este Tribunal.

En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.”

Como se puede apreciar el criterio del Tribunal Constitucional varía en cuanto a la inaplicación de una norma infraconstitucional por parte de la Administración, bajo el fundamento del artículo 38, que establece la defensa del orden constitucional por parte de todos los ciudadanos, incluida la Administración.

A diferencia de su primera posición el Tribunal Constitucional no cuestiona la competencia que pueda tener la Administración pública; y orienta su posición al Respeto de la Constitución, siendo así establece la obligatoriedad de la observancia de la Constitución, es decir la Administración pública al momento de aplicar las normas debía interpretarlas en armonía con la Constitución.

De este modo, el Tribunal Constitucional introduce el principio de constitucionalidad en el quehacer administrativo, pues ya en este nivel la Administración pública, no solo se vuelve un mero aplicador, sino que se le impone a su ejercicio una consideración de valores y principios constitucionales.

Siguiendo esta nueva posición evolutiva del Tribunal Constitucional a través de su Sentencia N° 0004-2006-AI/TC, publicada el 18 de abril del 2006 seguiría ampliando el control constitucional administrativo. Así, sobre la inconstitucionalidad de la Ley 28665 en su fundamento 13 estableció:

“Como es de entender, las atribuciones jurisdiccionales, sea en sede judicial ordinaria, especial o cuasijurisdiccional administrativa, se encuentran vinculadas al principio jurídico de supremacía constitucional señalado en el artículo 51 de la Constitución, en sus dos vertientes: Fuerza normativa positiva, aplicando las normas legales en base a las disposiciones constitucionales; y, fuerza normativa negativa, inaplicando la norma administrativa y/o legal que sea extraña a la Constitución. Pero, precisando que la calificación de lo inconstitucional radica en última instancia en esta sede constitucional concentrada, y que la inaplicación de una norma inconstitucional se producirá cuando exista jurisprudencia y/o precedentes vinculantes constitucionales, de conformidad con los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.”

A la luz de este nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, extiende a su argumentación anterior, el reconocimiento del procedimiento administrativo como una actividad cuasijurisdiccional, además, introduce en la interpretación del artículo 51 el principio de Supremacía Constitucional bajo su fuerza negativa atribuyéndole a la Administración la inaplicación de normas que resulten contrarias a criterios constitucionales, es decir apoyada en jurisprudencia constitucional.

Entendemos que el calificativo de cuasijurisdiccional, que dispone el Tribunal Constitucional, es sobre la capacidad de juzgar y *“decir derecho”* que tienen los Tribunales Administrativos, reconociéndole un nivel distinto al de mero gestor de la Administración pública, es decir le agrega la dimensión de poder establecer derecho en sus resoluciones jurídicas. Creemos, por lo que fluye de esta jurisprudencia que se había reconocido la cuasijurisdiccionalidad a los Tribunales Administrativos en una posición más garantista.

A pesar de las duras críticas que pueda despertar el reconocimiento de la actividad cuasijurisdiccional que pueda ejercer la Administración pública, el Tribunal Constitucional en su pronunciamiento deja constancia de la evolución de Estado legal de Derecho a un Estado constitucional de Derecho, admitiendo la actividad de la justicia administrativa al grado de jurisdicción, en el sentido de poder decidir controversias dentro del quehacer administrativo.

Así pues, la jurisprudencia constitucional fue evolucionando favorablemente al control difuso administrativo. Si bien en un primer momento se mostró reticente a introducir el principio de supremacía constitucional, este criterio fue cambiando paulatinamente, primero por medio de una interpretación del artículo 38, y poco después por otra del artículo 51.

En este contexto era claro, el advenimiento de un reconocimiento del control difuso en sede administrativa, a pesar que muchos se mostraban reacios al criterio que venía consolidándose en el Tribunal Constitucional, como desarrollaremos más adelante.

En este contexto, el tercer nivel de evolución del Tribunal Constitucional llegaría con la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC publicada el 11 de octubre del 2006 y su Resolución

Aclaratoria del 13 de octubre del 2006. Esta sentencia no solo marcaría el inicio de un nuevo periodo, sino que reabrirla el debate vivamente, con posiciones encontradas sobre el “control difuso administrativo”. En seguida, hacemos un estudio más detallado de dicha sentencia, que para los fines del trabajo, permitan una mejor comprensión de tan trascendente fallo.

2.2.1. LA SENTENCIA 3741-2004-AA Y SU RESOLUCIÓN ACLARATORIA (CASO SALAZAR YARLENQUE)¹¹⁵

Como desarrollamos en el primer capítulo, la supremacía constitucional resulta siendo un principio de plena eficacia en la actividad administrativa, bajo este mismo criterio el Tribunal Constitucional Peruano ha reconocido la facultad de la Administración pública de la aplicación del control difuso, a través de la Sentencia 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlenque).

A través, de este caso el Tribunal Constitucional, ha establecido una pauta general del control difuso administrativo. Que hasta antes de este fallo no tenía reconocimiento expreso por parte del Tribunal. Sin embargo, poco después, vía una Resolución de Aclaración el Tribunal matizó, con ciertos parámetros el uso de la facultad de control constitucional, por parte de los Tribunales Administrativos, reduciéndose su alcance a la interpretación conforme a los precedentes vinculantes emitidos por dicho Tribunal Constitucional.

A continuación exponemos brevemente dicha sentencia, y sus diferentes implicancias dentro del control difuso administrativo, seguidamente repasaremos cada una de las dificultades que representa su aplicación en la actividad administrativa.

2.2.1.1. RESUMEN DE LOS HECHOS

El ciudadano Hernando Salazar Yarlenque presenta un recurso de impugnación contra una Resolución de Multa emitida por la Municipalidad de Surquillo, negándosele su admisión por la falta de pago previo, conforme establecía el Texto Único de Procedimientos

¹¹⁵ Hemos creído conveniente hacer un estudio unitario de la Sentencia y Resolución aclaratoria para no confundir el criterio impuesto por el Tribunal Constitucional.

Administrativos de dicha Administración Municipal. Razón por la cual el administrado recurre al Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima al obstruirse su normal ejercicio de sus derechos de defensa y de petición consagrados en la Constitución.

El Juzgado Civil declara infundada dicha demanda al establecer que: el pago previo se encontraba dispuesto en el TUPA, además de encontrarse en conformidad con lo dispuesto en el Código Tributario; concluyendo que resulta legítimo el proceder de la Administración Municipal. Por lo que, finalmente, el administrado recurre vía acción de amparo al Tribunal Constitucional.

2.2.1.2. DESCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA Y RESOLUCIÓN ACLARATORIA 3741-2004-AA/TC (CASO SALAZAR YARLENQUE)

Ahora bien, como se puede apreciar del resumen, el caso en cuestión no exigía un pronunciamiento sobre el tema de control difuso administrativo, ya que el tema controvertido giraba en torno a la validez de la disposición del TUPA que exigía un pago previo para la admisión de recursos, frente a la limitación del derecho de petición y de defensa.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró oportuno referirse a la supremacía constitucional, frente a cualquier clase de norma. Señalando que la Administración, a través de sus Tribunales tiene:

“[E]l deber constitucional de realizar el control difuso de la normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haga el Tribunal Constitucional (artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)” más adelante agrega: *“si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.”*

Con posterioridad a la publicación de dicho fallo, el Tribunal Constitucional emitió una resolución aclaratoria, que no estuvo exenta de críticas¹¹⁶, en la que estableció las características mínimas que deben poseer los órganos administrativos que realicen control difuso estableciendo:

*“[E]l Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con **carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo** y que tengan por **finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados**(...)”*

Como es de apreciar, existen ciertas contradicciones entre la Sentencia y la Resolución Aclaratoria. Ya que la lectura de ambos textos requiere de una reinterpretación de la Sentencia y obliga a establecer un grado de razones justificativas del control difuso administrativo; cuestiones que seguidamente tratamos de desarrollar.

2.2.1.3. CARACTERÍSTICAS Y JUSTIFICACIONES DE LA SENTENCIA 3741-2004-AA/TC

A pesar de las críticas de las que ha sido objeto la Sentencia y en especial su Resolución Aclaratoria, no se puede soslayar el intento por parte del Tribunal Constitucional en introducir reglas de limitación del control constitucional de los Tribunales Administrativos.

¹¹⁶ Para TIRADO BARRERA, la aclaración no cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 121 del Código Procesal Constitucional: “[o]tra cosa es que, posteriormente, se haya podido advertir que se fue demasiado lejos o que lo dicho no reflejaba, necesariamente, la posición de los magistrados o que estos hayan cambiado de opinión. Pero ninguna de esas circunstancias habilitan a un órgano jurisdiccional a utilizar el mecanismo de la aclaratoria para corregir una sentencia ya expedida con todas las formalidades de ley.” (Vid. TIRADO BARRERA, José Antonio. “El Control Constitucional de las leyes por parte de la Administración pública / en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Lima, Grijley, 2008. p.57.). Siendo así, más que una aclaración nos encontramos frente a otro fallo, como refiere CASTILLO CÓRDOBA, citado por TIRADO BARRERA: “[u]na valoración crítica de la resolución aclaratoria obliga a formular al menos los siguientes dos grandes juicios de valor. El primero es que en estricto no estamos ante ninguna aclaración, sino ante una extensión de la sentencia al Exp.3741-2004-AA/TC. Como puede concluirse de una atenta lectura, el Tribunal Constitucional modifica-aunque por desgracia no en lo esencial- su criterio jurisprudencial al redefinir los entes de la Administración que a su entender podrán realizar control difuso de la constitucionalidad.” (Vid. TIRADO BARRERA, José Antonio. “El Control Constitucional de las leyes por parte de la Administración pública / en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Lima, Grijley, 2008. p.57.)

Así, las reglas introducidas por la Resolución aclaratoria resultan siendo verdaderos límites del control difuso administrativo; entendiendo que la atribución de la justicia administrativa integra el respeto de la Constitución, sin asignarles de manera explícita y directa una función de defensa de la Constitución, limitando su control constitucional de manera residual o excepcional y frente a determinados supuestos.

Tal como se reconoció el control difuso judicial en sus orígenes¹¹⁷, el control difuso administrativo reconocido por la sentencia (y su respectiva resolución aclaratoria) no vincula directamente a la Administración a un rol en el que se introduzcan potestades ilimitadas frente a una Constitución que lo pueda todo, sino otorgar reglas razonables que limiten en los Tribunales Administrativos una labor de contribución al respeto de la Constitución en conformidad de su supremacía.

Como vimos, dentro del neo-constitucionalismo la Supremacía de la Constitución no puede entenderse como una preferencia irrazonable, sino modulada, es decir su preferencia frente a cualquier otra norma debe operar bajo determinados parámetros que permitan subsumir valores y principios constitucionales en la decisión o resolución administrativa. La Supremacía de la Constitución, de acuerdo a lo desarrollado con anterioridad, no se basa en criterios anarquistas, sino ponderados y sustentados en derechos y garantías de los individuos, y ello en coherencia con el nuevo modelo de Estado constitucional.

En efecto el argumento de la supremacía, no es un principio de desbarajuste al contrario es un criterio de orden. Trayendo a cuenta que la Constitución es una norma de “ordenamiento” que proyecta su funcionamiento frente a cualquier otra norma de menor jerarquía, asegurando la armonía que todo sistema jurídico supone.

De otro lado, a pesar de las reglas de competencia instituidas por el Tribunal Constitucional, también supone una regulación por parte del Poder Legislativo. Como

¹¹⁷ Tal como reconoció SCHMITT al control difuso efectuado por los tribunales judiciales: *«los tribunales no son protectores de la Constitución, aunque ejerzan el control judicial de manera accesoria y difusa. La no aplicación de leyes anticonstitucionales sólo “puede contribuir” al respeto de la Constitución, pero no a su defensa. Según SCHMITT, “el protector no debe ser abstracto, sino que ha de proteger contra peligros determinados y concretamente temidos.”»* (Vid. HERRERA, Carlos Miguel. “La polémica de Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en: Revista de Estudios Políticos (Nueva época), Número 86. Octubre - Diciembre. 1994. p. 208)

análogamente ocurre en el caso del Poder Judicial, que mantiene reglas de competencia, además, de reglas de procedimiento de la aplicación del control constitucional judicial. Creemos que en el caso del control difuso administrativo, la labor de su correcta aplicación debe recaer en manos del Poder Legislativo, quien debe disponer las reglas necesarias de competencia, ejercicio y procedimiento para optimizar el control de constitucionalidad por parte de los Tribunales Administrativos.

Por todo ello, resulta razonable introducir reglas de carácter procesal que permitan la real aplicación del control constitucional por parte de los Tribunales Administrativos. El Tribunal Constitucional hace bien en instalar las primeras pautas de competencia, sin embargo, existen carencias de normas procesales que señalen los causes que se debe seguir: por ejemplo no está señalado el lugar y la forma de la solicitud de control difuso; sus efectos en el caso de pluralidad, la adhesión, la prueba en esta clase de derechos; etc. Como vemos, el rol del Derecho Procesal vuelve a ser preponderante en el caso del control constitucional.

a. COMPETENCIA DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO

Como hemos podido advertir, la resolución aclaratoria resulta introduciendo nuevos elementos a la Sentencia; de los que podemos extraer requisitos y presupuestos del control difuso administrativo. Dentro de este nuevo desarrollo expuesto por la Resolución aclaratoria, encontramos características de calidades que se exigen en los Tribunales Administrativos para ejercer el control difuso; como el tener un carácter nacional y ser adscritos al Poder Ejecutivo. Así, la Resolución Aclaratoria indica que:

*“[E]l Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con **carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo** y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados. (Las negritas son propias de la Resolución)”.*

Bajo este enunciado, se puede concluir que el Tribunal Constitucional fija las competencias del ejercicio del control de constitucionalidad. Como es de apreciar se trataría de una delimitación subjetiva de competencias, que asigna dicha atribución a Tribunales de carácter nacional, en tal sentido dichos Tribunales fundan su atribución de poder realizar una labor de comprobación de valores y principios constitucionales frente a normas de aplicación administrativa. Por ello, se puede afirmar que la razón que responde a esta lógica es introducir a la Constitución en la interpretación que hagan los Tribunales Administrativos.

Sin embargo, pareciera existir cierta contradicción en establecer, en un primer momento, la preferencia de la Constitución sobre toda otra norma que debía materializar toda la Administración en su conjunto; y en un segundo momento, establecer que solo se puede materializar dicha preferencia constitucional por Tribunales Administrativos de competencia nacional y dependientes del Poder Ejecutivo.

En tal sentido, creemos que el Tribunal Constitucional hace bien al reducir el espacio de aplicación de control difuso por parte de la Administración, limitándose a Tribunales de carácter nacional¹¹⁸, de ahí que se pueda afirmar que este criterio obedece a dos motivos principalmente; el primero, se debe a delimitar la competencia de “control difuso administrativo”, pues el control constitucional administrativo requiere marcar las competencias de su ejercicio; en el entendido que el ejercicio de control constitucional asignado a toda la Administración, y por ende a todo funcionario público puede llevar a problemas de seguridad jurídica y a un ejercicio desmedido de discrecionalidad.

El segundo motivo estribaría en considerar a los Tribunales Administrativos dependientes del Poder Ejecutivo con una mayor aptitud frente a otro tipo de Tribunales, pues dichos tribunales poseen una mayor garantía que la justicia administrativa municipal o regional.

¹¹⁸ De similar criterio es MORALES GODO, al respecto de la limitación del control difuso en órganos colegiados: “[a]sumimos que se trata de una actitud prudente, que trata de equilibrar los resultados de las decisiones administrativas entre la seguridad jurídica y el respeto de los valores y principios que recoge la Constitución. (Vid. MORALES GODO, Juan. “Control difuso por parte de los tribunales administrativos / a propósito de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, de fecha 14 de noviembre de 2005, en el expediente N° 3741-2004-AA/TC.”, en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007. p. 125.)

En efecto, pues los Tribunales Administrativos dependientes del Poder Ejecutivo son de composición colegiada, lo que presumiría un mayor análisis y crítica sobre el sentido de la decisión a tomar por parte de estos órganos administrativos.

De igual manera, estos Tribunales (de competencia nacional) vienen cimentándose en el quehacer jurídico, de tal forma que hoy constituyen órganos administrativos con cierto grado de independencia; que se traduce en autonomía jurídica de poder pronunciarse libremente; asimismo, sus resoluciones son de un sustento técnico-jurídico, lo que hace que sus criterios no sean simples opiniones advenedizas, dotando a sus decisiones de un alto grado de especialización sobre la materia¹¹⁹.

La creciente actividad estatal demanda cada vez más de órganos especializados preparados para poder hacer viable un desarrollo de su actividad dentro de los correctos márgenes constitucionales; por lo que es necesario asegurar que su tarea sea lo más eficiente, es decir, que la realización del interés público no puede estar de espaldas al sentido del Estado constitucional de Derecho, lo cual restaría de verdadera utilidad de los pronunciamientos de la Administración.

Por ello es que un Estado moderno requiere contar dentro de su estructura administrativa con órganos jurídicos que permitan realizar sus distintas actividades en armonía con la Constitución, capaces de producir justicia administrativa eficiente. Estos órganos especializados competentes son los Tribunales Administrativos, quienes pueden proveer ese resguardo y control a los propios actos de la administración.

Asimismo, los Tribunales Administrativos son los encargados de pronunciarse frente a las justas peticiones de los administrados, como también deben resguardar el cumplimiento y

¹¹⁹ En este sentido MORALES SARAVIDA refiere: “los tribunales administrativos son mucho más que en el pasado, además del crecimiento de la propia Administración. tenemos, entre los más antiguos, al Tribunal Fiscal, al Tribunal de Competencia, el Indecopi, al Tribunal del Consucode, a los órganos colegiados de los Organismo Reguladores y Supervisores de Servicios Públicos (OSIPTEL, OSINERG, SUNASS, OSITRAN) y al Tribunal Registral, entre otros. Tienen equipos de profesionales de alta calidad y competencia y aún cuando sus nombramientos dependen del Gobierno de turno, constantemente, dan muestra de independencia funcional.” (Vid. MORALES SARAVIDA, Francisco. “Tribunales Administrativo y control constitucional / Comentario a la posición del Tribunal Constitucional del Perú” en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007. p. 136.)

respeto de los derechos fundamentales de los administrados, de ahí que no se justifique la negativa del reconocimiento y aplicación de los derechos constitucionales en sede administrativa, esperando que sea otro órgano de carácter “judicial” el único que pueda hacer efectivo las garantías y derechos legítimos de los interesados, no sólo implicaría cortar los efectos de la Constitución, además, se crearían retardos innecesarios por parte de la Administración, pues sabiendo que un órgano de carácter “jurisdiccional” sea el encargado, después de un periodo de tiempo, de hacer cumplir los derechos de los administrados, cuando en su momento lo pudo hacer la Administración por medio de un control constitucional¹²⁰.

Finalmente, no obstante todo lo esgrimido a favor del fallo hasta aquí, llama la atención que la resolución aclaratoria termine siendo lacónica, pues no proporciona razones de reducir el marco de la supremacía constitucional, únicamente a Tribunales Administrativos de competencia nacional; pues este déficit advertido, es gravitante por la naturaleza del fallo del que estamos hablando; el control constitucional es un paso hacia un nuevo Estado, como hemos visto a los largo de este trabajo, por lo que no debe existir precariedad argumentativa en la Sentencia.

b. CONTROL DIFUSO A PEDIDO DE PARTE

Uno de los elementos llamativos, introducidos por la resolución aclaratoria, es el ejercicio del control difuso administrativo únicamente a pedido de parte. Así dispone que:

*“[E]l ejercicio del control difuso administrativo **se realiza a pedido de parte**; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados.(negritas nuestras)”*

¹²⁰ Al respecto MORALES SARAIVA dice: “[n]o podemos pretender que en el supuesto de una manifiesta inconstitucionalidad o de una evidente lesión a los derechos fundamentales le digamos al administrado que tiene razón pero que la Administración le rechazará su petición porque la ley así lo dice, aunque sea contraria a la Constitución.” (Vid. MORALES SARAIVA, Francisco. “Tribunales Administrativo y control constitucional / Comentario a la posición del Tribunal Constitucional del Perú” en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007. p. 136.)

Bajo este entender para el Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad no pertenecería a una facultad de la Administración, como parte de sus atribuciones de discrecionalidad, sino que se trataría de una función a solicitud de parte, este criterio parecería resultar opuesto al sentido que tiene la preferencia y supremacía de Constitución, frente a cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.

A favor de este extremo de la sentencia, se señala que es consubstancial a la imparcialidad que el mecanismo de control difuso opere a pedido del Administrado. Que al involucrar la inaplicación de una disposición no sería ir en contra de los intereses de una de las partes¹²¹.

Sin embargo, dicha posición resultaría nuevamente rígida o positivista, en donde no exista fines valiosos como la emisión de fallos justos; y estos, necesariamente, requieren la observancia de las disposiciones constitucionales. De lo que desprendemos, que la imparcialidad del juez administrativo no supone desviarse de preceptos constitucionales.

La justicia, como valor tiene su máxima concretización de sus principios en el “*pacto social*”¹²² que se traduce en la Constitución de cada Estado. Así pues, no hay justicia, sino hay una debida observancia a lo dispuesto por la Constitución¹²³.

¹²¹ En este sentido BULLARD y HIGA, han señalado: “[l]a autoridad no puede de oficio determinar si es que una ley afecta los derechos de una persona, dado que ella está llamada a resolver un conflicto entre dos partes, y no puede promoverlo. En efecto, si es que ella señala que una ley afecta los derechos de una las partes se está sustituyendo en el lugar de una de ellas, perdiendo su papel de imparcial, poniendo en desventaja a la otra. Esta ultima ya no tendría que defenderse de su contraparte sino también de la autoridad” (Vid. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y HIGA SILVA, César. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007. p. 52.).

¹²² Como entiende RAWLS: “[p]ara quien comprende y acepta la doctrina contractual, el sentimiento de justicia no es un deseo diferente del deseo de actuar según unos principios en los que los individuos racionales estarían de acuerdo en una situación inicial que da a cada individuo igual representación como persona moral (...) a la luz de la Teoría de la Justicia, comprendemos que los sentimientos morales puedan ser normativos en nuestra vida y que desempeñen el papel que las condiciones formales les atribuyan sobre los principios morales. El hecho de estar regidos por estos principios significan que deseamos vivir con otros términos que todos reconocerían como justos, desde una perspectiva que todos aceptarían como razonable.” (Vid. RAWLS, John. “Teoría de la justicia”. México, fondo de Cultura Económica, Quinta reimpresión, 2004, p.232.)

¹²³ Como bien ha resumido TIRADO BARRERA: “el juez no puede ser imparcial frente a la inconstitucionalidad de una ley. Una vez que la aprecia se encuentra en el deber ineludible de hacer todo lo necesario para eliminarla del ordenamiento jurídico o, en sentido más estricto, inaplicarla.” (Vid. TIRADO

Por todo lo dicho hasta aquí, no habría una justificación debida, por parte de la resolución aclaratoria, para limitar el control difuso solo a pedido de parte, sin embargo, tratando de hacer una lectura más amplia y tomando un criterio más ponderativo, debemos hallar razones que puedan dar pie a la disposición del control constitucional a pedido de parte, en tal sentido, es necesario partir de un criterio de operatividad, es decir ver como se materializa el pedido de control de oficio.

En atención a lo dicho, antes de elaborar un argumento a favor de lo dispuesto en este extremo por el Tribunal Constitucional, es preciso observar la mecánica del procedimiento administrativo y sus alcances, que en buena cuenta significa dar una óptica procesalista a la aplicación del control constitucional administrativo.

Así, se tiene que el procedimiento administrativo, se inicia con un recurso que va dirigido a la autoridad de primera instancia, que por lo general es la misma autoridad gestora del acto, ello naturalmente pasa por un filtro jurídico, siendo analizado el recurso en todos los extremos.

En consecuencia, un órgano de control jurídico de la Administración, puede llevar su análisis bajo niveles constitucionales, que en todos los casos resulta correcta, empero; no cuando existan normas de menor jerarquía que provean de alguna respuesta jurídica válida y justa.

Bajo este entender, la interpretación de la Administración puede caer en una proclividad de control constitucional, ello en vista que son los órganos administrativos de primera instancia (de composición monocrática) los encargados de recepcionar y dar vía a las solicitudes y recursos presentados¹²⁴. Así las cosas, los funcionarios públicos u órganos monocráticos, pueden ser presos por un “*entusiasmo constitucional*” de hacer un exacerbado control constitucional de todas las normas. Que algunas veces pueden ser fundadas, pero no se debe dejar de lado el conjunto de normas que puedan dar una respuesta justa, sin necesidad de apelar a un control constitucional.

BARRERA, José Antonio. “*El Control Constitucional de las leyes por parte de la Administración pública / en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Lima, Grijley, 2008. p.69.)

¹²⁴ En efecto, trayendo a cuenta que los órganos colegiados (como es el caso del Tribunal Fiscal) solo intervienen en segunda instancia.

Por todo lo dicho, creemos que es lógico reducir el control de constitucionalidad administrativo a pedido de parte; así pues, cuando el administrado vea que es factible alcanzar tutela de sus derechos e intereses con la aplicación de normas de menor jerarquía, que la Constitución (siguiendo el *principio de interpretación conforme a la Constitución*, que veremos más adelante); o que el cumplimiento de sus derechos se debe a algún error salvable por medio de otra norma ordinaria dentro de la escala normativa del sistema jurídico; el Administrado pueda optar por la vía más corta, en beneficio de sus intereses.

De tal modo, se puede concluir que el limitar a los funcionarios a no realizar juicios constitucionales cuando a pedido del Administrado no sea necesario, resulta lógico, por lo menos en la actualidad. Lo que no implica, que en otra vía se advierta la necesidad de “control difuso administrativo” por parte de los Tribunales Administrativos, que bajo un criterio independiente puedan considerar que exista una flagrante violación de derechos constitucionales.

No obstante hacemos la salvedad que lo argüido en este punto, nuevamente, parte de nuestra interpretación, pues tanto la Sentencia como su Resolución Aclaratoria evidencian la ausencia de razones justificativas que permitan hacer ver a los operadores jurídicos algún atisbo que justifiquen el sentido del fallo.

c. CONTROL DIFUSO EXCEPCIONAL DE OFICIO

Otro de los elementos distintivos dentro del fallo, es aquél que otorga a la Administración la facultad excepcional de poder realizar un control difuso de oficio cuando, tal como prescribe la sentencia en su Resolución aclaratoria:

“Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.(las negritas son nuestras.)”

Se puede apreciar que el Tribunal Constitucional esta señalando el acatamiento de todos sus Precedentes Vinculantes por parte de la Administración, a través de sus Tribunales Administrativos; relacionando el valor de sus precedentes con la inaplicación de leyes que sean contrarias a las mismas¹²⁵.

Por lo tanto, podemos establecer que en este extremo de la resolución aclaratoria de la sentencia no muestra más que una evocación de la fuerza imperativa de sus fallos; además de la limitación de interpretación que se traduce en una operación de actualización¹²⁶.

En efecto, pues el control de constitucionalidad en sustancia es producto del criterio particular de cada juez - que en el caso de la Administración serían sus Tribunales Administrativos- ; que dentro de su apreciación puedan determinar la existencia de reglas y principios de valor constitucional que entran a tallar en su decisión, lo que requiere que se haga una ponderación, en donde concluya en inaplicar una norma y operar la preferencia de la Constitución¹²⁷.

Otra lectura que puede hacerse, de esta parte del fallo, es que el Tribunal Constitucional está estableciendo que los Tribunales Administrativos deban hacer uso de sus pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en la argumentación de sus resoluciones. De manera que dichos Tribunales al momento de resolver casos que no impliquen

¹²⁵ A criterio de TIRADO BARRERA: “[r]esulta claro concluir, entonces, que en este extremo no nos encontramos ante un caso de control difuso de la constitucionalidad de las leyes sino de acatamiento y seguimiento de los precedentes vinculantes y la jurisprudencia obligatoria establecida por el Tribunal Constitucional, lo que es sustancialmente diferente.” (Vid. TIRADO BARRERA, José Antonio. “El Control Constitucional de las leyes por parte de la Administración pública / en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Lima, Grijley, 2008. p.74.)

¹²⁶ Como recuerda HESSE: “[a]sí no estaremos ante un supuesto de interpretación, aunque sí de “actualización”, cuando se cumple el contenido de las normas constitucionales, sin que, posiblemente, exista conciencia del acto de ejecución: cuando se funda una asociación, cuando se elige el Parlamento, cuando se dictan leyes, actos administrativos o resoluciones judiciales, en ejercicio todo ello de competencias constitucionalmente delimitadas.” (Vid. HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 36.)

¹²⁷ Como ha descrito la naturaleza del control difuso TIRADO BARRERA señala: “[u]na característica fundamental del juicio de constitucionalidad es, precisamente, que se trate del ejercicio intelectual realizado por el juzgador para determinar si una norma infraconstitucional ha respetado, formal y materialmente, las normas constitucionales, sometándose a la jerarquía y superioridad de la Constitución frente a cualquier otra norma del sistema de fuentes del derecho creado, además, por la propia norma fundamental.” (Vid. TIRADO BARRERA, José Antonio. “El Control Constitucional de las leyes por parte de la Administración pública / en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Lima, Grijley, 2008. p.73.)

necesariamente un ejercicio del control constitucional; puedan emplear criterios constitucionales dentro de su justificación.

Como bien ha señalado HESSE¹²⁸:

“...el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución con eficacia vinculante no sólo para el ciudadano sino también para los restantes órganos del Estado, la idea que origina y legitima esta vinculación, que no es sino la del sometimiento de todo el poder del Estado a la Constitución, aunque sea en la interpretación del Tribunal.”

En consideración a ello, podemos afirmar que los fallos de los Tribunales Administrativos puedan y deben integrar los pronunciamientos realizados por el Tribunal Constitucional, por su legitimidad dotada por la norma fundamental. Por ello es congruente plantear que el grado de obligatoriedad de los fallos del Tribunal Constitucional, se sustenta en poder materializar la justicia constitucional de manera directa, frente a cualquier justificación.

Finalmente, a pesar de lo expresado en este extremo, parece ser una obviedad, ya que los Tribunales Administrativos se encuentra vinculados a los fallos del Tribunal Constitucional, en virtud de lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional, además, su interpretación puede generar una distorsión en la vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional en la Administración (como en efecto lo viene haciendo, como veremos más adelante), pues de la aclaración nos lleva a pensar que los únicos entes obligados a cumplir los fallos del Tribunal Constitucional son los Tribunales Administrativos, lo cual resulta peligroso; atentando contra el respeto de la Constitución.

III. DIFICULTADES ADVERTIDAS EN EL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO

No obstante, del reconocimiento del control difuso por parte de la Administración pública en la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC (y su Resolución Aclaratoria) no resulta siendo del todo consistente, a pesar del intento saludable de dar paso al control constitucional administrativo. Pues, existen algunos vacíos que requieren ser colmados de contenido

¹²⁸ HESSE, Konrad. “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 36.

normativo; para poder hacer efectiva la supremacía constitucional. No han faltado detractores que han criticado arduamente el sentido de dicho fallo; que por ejemplo aseveran que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre las garantías para los miembros de los Tribunales Administrativos, tampoco se ha establecido la necesaria independencia de estos órganos administrativos, presupuesto insoslayable para tan delicada labor.

Este escenario, permite develar las dificultades que podían ser reconocidas en la aplicación del “control difuso administrativo”. A continuación repasamos algunas de las dificultades que hemos podido desprender de la Sentencia 3741-2004-AA/TC.

3.1. ORIGEN Y LEGITIMIDAD DEL PODER DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

Un primer contraargumento en la inaplicación de leyes inconstitucionales en el procedimiento administrativo, cuestiona la naturaleza del Órgano o funcionario administrativo, ya que no resulta equiparable con el control difuso judicial, que practican los jueces.

En ese sentido, se discute el origen del poder de la jurisdicción administrativa, contraponiéndose al control difuso ordinario, así pues se señala que los jueces provienen de una selección encargada a un ente independiente a cualquier otro poder, reforzando su “*garantía funcional*”¹²⁹; en oposición a lo que ocurre para la selección de funcionarios y los miembros de los Tribunales Administrativo, ya que la mayoría de ellos tienen un cargo a confianza del Poder Central.

Desde luego, muchos de los cargos tribunalicios en la Administración entrañan un contenido de confianza, a pesar, que dichos tribunales mantienen cierta independencia en

¹²⁹ Como crítica TIRADO BARRERA : “*las condiciones de garantía funcional que poseen los jueces frente a los funcionarios administrativos, ya que aquellos acceden a su cargo a través de un procedimiento de designación a realizado por una entidad autónoma (Consejo Nacional de la Magistratura) y porque su estabilidad en el cargo está garantizada constitucionalmente en el caso de los miembros de los tribunales administrativos no existe ninguna garantía de ese nivel, encontrándose actualmente limitada, en el caso de los tribunales administrativos (...)*”(Vid. TIRADO BARRERA, José Antonio. “El Control Constitucional de las leyes por parte de la Administración pública / en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Lima, Grijley, 2008. p.105.)

sus decisiones, lo que los ha llevado muchas veces en no concordar con el actuar de la Administración Gestionaría. No obstante ello, es necesario implementar medidas garantistas para estos órganos administrativos, con el propósito de poder abordar el tema del control difuso administrativo.

De otro lado urge la necesidad de reestructurar la organización del Poder Ejecutivo, y proveer de la máxima independencia a los Órganos de Control –comprendiendo a los Tribunales Administrativos–, esto último lleva consigo la tarea de hacer reformas normativas de compromiso constitucional. De ahí, que se hace necesaria la reforma normativa, de carácter orgánico, para los Tribunales Administrativos, resultando medidas necesarias para una real materialización de un Estado constitucional de Derecho. Las reformas planteadas significarían un gran avance en la tarea de dar contenido a una verdadera justicia administrativa.

El Tribunal Constitucional a pesar de establecer la competencia de control constitucional en determinados Tribunales Administrativos, no ha dicho nada en torno al cómo poder hacer efectivo dicho control constitucional, y menos aun se ha pronunciado acerca de cómo garantizar la independencia de dichos tribunales. En ese orden de ideas, en tanto no se fijen los elementos necesarios para poder hacer un real y justo control difuso administrativo, los tribunales administrativos se encuentran limitados en su ejercicio.

En atención a ello, la independencia institucional y funcional y el reconocimiento a la categoría jurisdiccional administrativa son elementos que se deben desarrollar para poder cumplir un serio control constitucional. Y ello implica reformas normativas y administrativas que deben empezar desde el mismo Poder Ejecutivo para poder liberar de cualquier yugo de dependencia a dichos tribunales.

El nivel de legitimidad de los tribunales administrativos, es otra de las dificultades que se advierte en el ejercicio del control de constitucional. Ello debido a que los ciudadanos aún no reconocen a los miembros de los tribunales administrativos, como órgano jurídicos capaces de proveer respuestas jurídicas validas. La legitimidad de los jueces administrativos requiere de medidas más participativas y democráticas en la selección y nombramiento de los mismos.

Fuera de todo lo dicho, la administración de justicia supone legitimidad del operador jurídico a decidir, elemento necesario que debe estar intrínseco dentro de toda actividad del proceso o procedimiento administrativo: como la valoración de la prueba, la deliberación, etc. Razón por la cual, decidir una controversia de trascendencia entraña el acatamiento del conjunto de garantías que significan el proceso o el procedimiento, evitando los prejuicios que puedan trastocar la imparcialidad del juzgador.

En tal sentido, se puede apreciar que es el respeto a las garantías y derechos de los procesados administrados, el elemento que permite establecer el equilibrio necesario en un proceso o procedimiento. Es decir, permitir que las partes sean las encargadas de mostrar y demostrar sus verdades, siendo el juez quien valore y justifique sus decisiones en torno a lo alcanzado por las partes, y es en esto último donde se materializa su labor de hacer justicia¹³⁰.

3.2. LOS PODERES OMNÍMODOS DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

A primera vista no resulta coherente el otorgar poderes a la Administración, por encima de los poderes de un Juez Ordinario de Primera Instancia, pues éstos se encuentran subordinados a las decisiones que establezca su superior¹³¹. Consecuentemente, la Administración pública no puede practicar un control difuso a pesar de encontrarse al frente de una vulneración a derechos fundamentales.

¹³⁰ Es interesante apreciar la participación del juez en el proceso y sus formas de actuación que se traducen en la labor de administrar justicia. En ese sentido GRANDA y HERNÁNDEZ haciendo referencia al Tribunal Constitucional Colombiano señalan: *“la Sentencia C-836 de 2001 expone que la labor del juez, no puede reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo. De ahí se deriva la importancia del papel del juez como un agente racionalizador e integrador del derecho dentro de un Estado. En ese orden de ideas, el juez, debe mediar en la búsqueda de la verdad, la justicia y la equidad, con base en los elementos probatorios aportados al proceso.”* (Vid. GRANDA VIVEROS, Mónica Lucía y HERNÁNDEZ DÍAZ, Francia Inés. *“Legitimidad en el Procedimiento Administrativo Tributario y Aduanero”*, en: MERCATEC. Edición N° 45, febrero 2009. p. 17.)

¹³¹ Como afirma TIRADO BARRERA: *“[E]l control difuso de la constitucionalidad de la leyes ejercido por los jueces es muchos más estricto que el propuesto por Tribunal Constitucional para la Administración ya que, en realidad, la Ley Orgánica del Poder Judicial al exigir que todo proceso en el cual se haya dispuesto la inaplicación de una ley por inconstitucional deba ser elevado en consulta ante la Corte Suprema lo que hace es, en buen a cuenta, concentrar dicho control en el órgano supremo del Poder Judicial, tiene como consecuencia la uniformidad de la jurisprudencia y su centralización en un único órgano superior.”* (Vid. TIRADO BARRERA, José Antonio. *“El Control Constitucional de las leyes por parte de la Administración pública / en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, Lima, Grijley, 2008. pp.103-104.)

Por ello, se requiere diseñar procedimientos de control de segundo nivel, es decir de revisión del control administrativo. En tal sentido, es necesario proveer de controles jurídicos a los tribunales administrativos, función que puede recaer en la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción constitucional. El control difuso administrativo, requiere de un verdadero límite, vía un filtro, que garanticen la seguridad jurídica y el principio de igualdad.

Como interesantemente ha propuesto DEL POZO:

« [C]uando la administración se ve confrontada entre una norma de rango legal y una norma de rango constitucional; podría tener dos mecanismos para solucionar el problema de la compatibilidad de ambos principios: 1) la elevación consultada y 2) el incidente de inconstitucionalidad. / Mediante la consulta, la administración debería resolver inaplicando la norma legal a favor de la constitucional. Para ello debería “consultar” al Tribunal Constitucional; quien, como supremo intérprete de la Constitución debería declarar la adecuación de la resolución a los contenidos constitucionales. / Mediante el “incidente de la constitucionalidad” se suspende el procedimiento administrativo; a fin que el Tribunal Constitucional resuelva previamente acerca si la norma legal incoada reviste inconstitucionalidad en el procedimiento administrativo¹³².»

Al enfrentarnos actualmente a un cambio de Estado de legal de Derecho a un Estado constitucional de Derecho, ello supone también un cambio de mentalidad e ideología, a raíz de la re-evolución, ello conlleva el trasladar los fines del Estado a la defensa de los derechos de los ciudadanos, inspirados en valores prescritos en la Constitución. En consecuencia, toda la organización jurídica del Estado debe ser orientado en un sentido coordinado y coherente, por ello se deben proveer de mecanismos de revisión sobre el control practicado por los tribunales administrativos; sumándose así mayores límites razonables al control difuso administrativo.

¹³²DEL POZO, Claudia. “Control difuso y procedimiento administrativo”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 185.

3.3. EL POTENCIAL DESMEDRO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Quienes no comparten el “control difuso administrativo” mantienen, como argumento el desmedro de la seguridad jurídica. Señalando que el ejercicio del control difuso administrativo perjudica la normal obediencia de las normas, que principalmente afecta las expectativas de los administrados en la labor de querer controlar el sentido la mismas, ello debido a la multiplicidad de criterios interpretativos que pueden tener distintos funcionarios sobre una misma norma, es decir que el criterio no se unificaría y la estabilidad de las normas caerían inexorablemente en precariedad¹³³.

En ese mismo sentido, se agrega al escenario de múltiples criterios la carencia de un órgano jerárquicamente por encima de todos los funcionarios, no permitiendo la debida unificación de criterios, sumándose la falta de un control sobre el activismo de los funcionarios públicos¹³⁴.

En atención a lo señalado podemos decir que si bien es cierto que la potestad de control constitucional en manos de la Administración pública sin los adecuados límites puede resultar peligrosa. En ese sentido, coincidimos con la proscripción de un control constitucional desmedido. No obstante, en contraposición a dichas posturas, creemos que el

¹³³ Esta posición es mantenida por LÖSING, para quien no sería viable la tarea de control constitucional en sede administrativa, pues ello llevaría a un deterioro de la seguridad jurídica; así afirma: *“la seguridad jurídica y el tratamiento igual padecerían si todo funcionario administrativo pudiese decidir en un procedimiento informal sobre la aplicación o inaplicación de una ley o de otras normas. Puesto que la correspondiente ley no se hace ineficaz a través de la inaplicación ni tampoco es derogada, para el ciudadano sería totalmente imprevisible en cualquier momento en que medida puede todavía confiar en el derecho positivo.”* (Vid. LÖSING. Norbert. *“Estado de Derecho, Seguridad Jurídica y Desarrollo Económico”*, en: Revista: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Número 6, Enero - Diciembre. 2002. 284-289.)

¹³⁴ En este sentido TIRADO BARRERA refiere: *“[p]ensemos en la autonomía existente entre la Administración del Gobierno Nacional frente a tantas otras administraciones municipales o regionales para comprender, inmediatamente, que sería imposible sujetar a todas ellas a una interpretación uniforme de la Constitución. Incluso, dentro del mismo Gobierno Nacional, el citado caso de los organismos reguladores constituye un ejemplo de entidades administrativas que no podrían encontrarse subordinadas a las directivas impuestas por una supuesta autoridad superior inexistente.”* (Vid. TIRADO BARRERA, José Antonio. *“El Control Constitucional de las leyes por parte de la Administración pública / en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, Lima, Grijley, 2008. p.109.) Ciertamente, el problema se agudiza frente a determinadas administraciones que, efectivamente, carezcan de órgano de control y de jerarquía superior, en ese entender, creemos acertado lo señalado por el Tribunal Constitucional en su resolución aclaratoria, al establecer que el control difuso administrativo solo puede ser efectuado por un órgano que tiene jerarquía superior de carácter nacional, ello nos hace inferir que las distintas Administraciones Municipales y Regionales, carecerían del poder de control de constitucionalidad. Somos de la opinión, que para estas administraciones el único control de constitucional se efectuaría en sede judicial o constitucional.

control difuso administrativo establecido en el fallo del Tribunal Constitucional implica que los tribunales administrativos puedan realizar una actividad de interpretación y aplicación constitucional, en uno solo de sus órganos. Es decir, que se pueda reducir la competencia de control constitucional administrativo.

En consecuencia, resulta válida la aclaración de la Sentencia N° 3741-2004-AA, expedida por el Tribunal Constitucional al reducir la competencia en solo alguno de sus órganos, como son los Tribunales Administrativos de competencia nacional adscritos al Poder Ejecutivo (como son el Tribunal Fiscal, el Tribunal de Competencia del Indecopi, el Tribunal del Consucode, hoy OSCE, el Tribunal Registral y los órganos colegiados de los Organismo Reguladores y Supervisores de Servicios Públicos de OSIPTEL, OSINERG, SUNASS, OSITRAN, entre otros). Como se puede colegir en el fondo se establecen límites, precisamente, para evitar el desmedido uso del control difuso que si pueda atentar contra la certeza y seguridad jurídica del ordenamiento jurídico preestablecido.

De tal manera que el control constitucional que materialice la Administración en sus Tribunales no se caracterizaría por ser exagerado; pues, la Administración al poder basar su actuación en principios y valores constitucionales, estos deben responder a criterios de razonabilidad; es decir, no puede hacerse dentro de un uso desmedido sino solo cuando estos sean necesarios e idóneos.

En dicho supuesto, el control constitucional supone un ejercicio jurídico por el que se materializa la norma fundamental por la incompatibilidad de una norma inferior por medio de la interpretación constitucional. De modo que la aplicación de los criterios constitucionales debe provenir de fuentes confiables, como es la jurisprudencia que pueda desarrollar el Tribunal Constitucional. Por lo que resulta coherente el poder disponer de los precedentes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, como elementos de una correcta interpretación constitucional por parte de los Tribunales Administrativos.

Siendo el bien común la finalidad del quehacer de la administración pública, está no puede ser vista como único criterio para sus pronunciamientos jurídicos, pues como señalamos anteriormente, toda actuación de la administración debe vincular necesariamente la consideración de los derechos fundamentales de las personas, que no se vean perjudicados.

De tal forma que el criterio de razonabilidad es necesario en los casos en que se deba preferir la Constitución.

Desde esta posición garantista, considerar peligrosa la actividad de control constitucional que ejercería los tribunales administrativos, resulta paradójica, pues en realidad lo que se hace es establecer mayor seguridad jurídica en los administrados al fijarse la certeza de la aplicación y primacía de la norma fundamental asegurando una armonía en el propio sistema jurídico, por encima de posiciones legalistas que reducen el Derecho a la ley¹³⁵.

En este orden de ideas, el control constitucional procura la validez y eficacia de la Constitución como norma jurídica frente al ordenamiento jurídico. La seguridad jurídica implica el respeto por las normas ya establecidas, asegurando así su estabilidad y su debido cumplimiento, lo que en suma se traduce en certeza y previsibilidad en sus normas.

Entonces, de lo expuesto puede concluirse que, al hacer efectivo sus derechos fundamentales el administrado no se ve en necesidad de recurrir a Tribunales Judiciales o Constitucionales para hacer valer sus derechos. Teniendo en consideración el costo que significa llevar un procedimiento, que por más eficiente que sea, siempre figura un desgaste de energía, tiempo y esfuerzo. Asimismo, los gastos dinerarios, que no son pocos, si consideramos el pago de tasas que deba pagar el administrado sumado a la asesoría jurídica y demás.

Para concluir, debemos tener en consideración que el principio de seguridad jurídica se encuentra directamente vinculado con el principio de legalidad; principio que como vimos en la primera parte de este trabajo viene siendo integrado por el principio de constitucionalidad que implica una preponderancia de los valores y principios constitucionales frente a cualquier otra ley o norma que contradiga sus contenidos esenciales.

¹³⁵ Tal como establece DEL POZO: *“creemos que es incorrecto el identificar la seguridad jurídica con una actuación que no se condiga con la Constitución. Es más lesivo para la seguridad jurídica el encontrar dentro de un ordenamiento jurídico compartimento estancos, no integrados entre sí. Precisamente, la Constitución es la que cumple el rol integrador de la totalidad del ordenamiento jurídico, sin la observancia de las disposiciones constitucionales, no es posible identificar la existencia de seguridad jurídica en un ordenamiento.”* (Vid. DEL POZO, Claudia. *“Control difuso y procedimiento administrativo”*, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 149.)

COLOFÓN

A lo afirmado podemos señalar que el camino del desarraigo a criterios tradicionales significa una tarea ardua, pues el cambio de un Estado legal de Derecho a un Estado constitucional de Derecho, no simplemente representa un reto doctrinario, sino también un cambio de mentalidad en los distintos operadores jurídicos. De igual forma la encomiosa tarea que se tiene al frente que significa una mejor asignación y distribución de recursos en la Administración pública.



CAPÍTULO III

EL CONTROL DIFUSO EN EL TRIBUNAL FISCAL

Finalmente, nos adentramos en el “*control difuso administrativo*” dentro de la jurisprudencia del Tribunal Fiscal, para poder analizar sus principales dificultades e incongruencias que surgen a nivel normativo y aplicativo.

Como hemos podido advertir preliminarmente, el camino para el ejercicio del control constitucional administrativo se ha iniciado; ciertamente, con algunas dificultades, pero ello no obsta su reconocimiento y aplicación por parte de los Tribunales Administrativos adscritos al Poder Ejecutivo. Las dificultades antes advertidas, dificultan el camino para una diáfana aplicación del “Control difuso administrativo”. En efecto, si bien es importante el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el mismo no resulta siendo suficiente.

Es correcto aseverar que la mayoría de los requisitos que exige el control constitucional administrativo significan un esfuerzo de restructuración de instituciones, que son necesarias para poder hacer efectiva la consolidación de un Estado constitucional de Derecho. Siguiendo el verdadero sentido superior de la norma fundamental dentro de nuestro ordenamiento, siendo la encargada de armonizar todo el sistema, además de fundar bajo el amparo de la misma toda clase de actividad jurídica de un Estado. Por lo tanto, la Administración pública, como parte de Poder Ejecutivo; debe adaptarse con la finalidad de seguir el programa constitucional establecido.

Por esto último, consideramos que es necesario orientar la discusión a sentar nuevos lineamientos que aseguren una real Supremacía Constitucional en el quehacer administrativo. Teniendo en cuenta que el control constitucional solo alcanzará real consistencia cuando se provean de elementos materiales; además de normativos, coherentes y reales; que hagan viable su desarrollo y aplicación.

Como parte de ello se debe tener en consideración que se impone la necesidad de contar con una Administración que disponga con Tribunales Administrativos que se asemejen a los órganos jurisdiccionales ordinarios. En razón a ello, los Tribunales Administrativos deben contar con ciertos presupuestos básicos que permitan consolidar su actividad

jurídica, y para ello es necesario incorporar ciertos elementos y principios operativos de la jurisdicción judicial.

Sin embargo, esta labor de integración no implica insertar de manera plena todas las instituciones de la jurisdicción judicial a la jurisdicción administrativa; sino, como veremos más adelante, se debe tener en cuenta las propias necesidades y características del servicio administrativo, como también a la realidad misma de los conflictos que se presentan dentro de la actividad de la Administración pública.

Todo lo dicho apunta a poder equiparar la labor jurídica de los órganos jurisdiccionales judiciales a los tribunales administrativos y darle independencia funcional e interpretativa a estos últimos. Así podríamos concluir diciendo que los elementos centrales para poder abarcar el control de constitucionalidad por parte de los tribunales administrativos, pueden resumirse en: independencia en los miembros del tribunal y el afianzamiento de una jurisdicción administrativa.

I. TRIBUNAL FISCAL

El Tribunal Fiscal es la última instancia contenciosa-administrativa de la Administración Tributaria, encargada de resolver las reclamaciones y quejas que se susciten dentro de las potestades de la Administración en relación con el contribuyente. Así resulta siendo un órgano jurídico especializado en materia tributaria, ajeno a la actividad de gestión; como es por ejemplo la SUNAT que es la encargada, directamente de recaudar los impuestos de todos los contribuyentes.

El Tribunal Fiscal, fue creado por Ley N° 14920¹³⁶, bajo la dependencia del Ministerio de Hacienda, - Hoy Ministerio de Economía - dentro del Consejo Superior de Contribuciones; su origen responde a la necesidad de poder contar con un órgano especializado y técnico que permita un efectivo control jurídico en temas de naturaleza tributaria¹³⁷.

¹³⁶ Del 27 de febrero de 1964.

¹³⁷ Como precisa CHIRI GUTIERREZ: “[s]e constituyó con la finalidad de extraer del Consejo Nacional de Contribuciones la función de resolución de las controversias tributarias, y pasarla a un órgano técnico y especializado, cuyos miembros estén ajenos a las funciones de gestión, a diferencia de lo que ocurría con el Consejo.” (Vid. CHIRI GUTIERREZ, Isabel. “El control difuso del Tribunal Fiscal / la paradoja del control

Tal como establece el artículo 101 del Código Tributario, el Tribunal Fiscal es la última instancia administrativa que conoce y resuelve las apelaciones presentadas por los administrados contra las resoluciones emitidas por la Administración Tributaria (SUNAT, ADUANAS, Gobiernos Locales, entidades parafiscales como SENATI, SENCICO, entre otros) que resuelven reclamaciones interpuestas contra órdenes de pago, resoluciones de determinación, resoluciones de multa y otros actos administrativos que tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria, y las correspondientes a las aportaciones administradas por el ESSALUD y la ONP, así como las apelaciones respecto de las sanciones de comiso de bienes, internamiento temporal, y cierre de establecimiento. Asimismo resuelve los Recursos de queja planteados contra actuaciones o procedimiento que infrinjan lo establecido en el Código y normas y reglamentos aduaneros¹³⁸.

En tal sentido, siendo un ente administrativo de carácter resolutivo, el Tribunal Fiscal constituye un órgano más de la Administración pública, subordinado por lo tanto al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía y Finanzas; es decir, del mismo Ministerio que propone la designación del Superintendente de la SUNAT y nombra a los funcionarios de dicha entidad. Esto último, entendemos, podría dificultar la independencia de criterio con que deben conducirse los vocales de dicho tribunal al momento de resolver asuntos contenciosos entre la Administración Tributaria y los administrados, lo cual obviamente coloca en una situación de desventaja a estos últimos¹³⁹.

En la actualidad el Tribunal Fiscal sigue constituyéndose en un Órgano dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas; siendo un organismo de apoyo en la recaudación que realiza por medio de las Administraciones Tributarias (Gobierno Central y Gobiernos Locales). Con autonomía en sus decisiones, con capacidad de resolver. De tal manera que el Tribunal Fiscal se constituye en un mecanismo de control en la propia Administración,

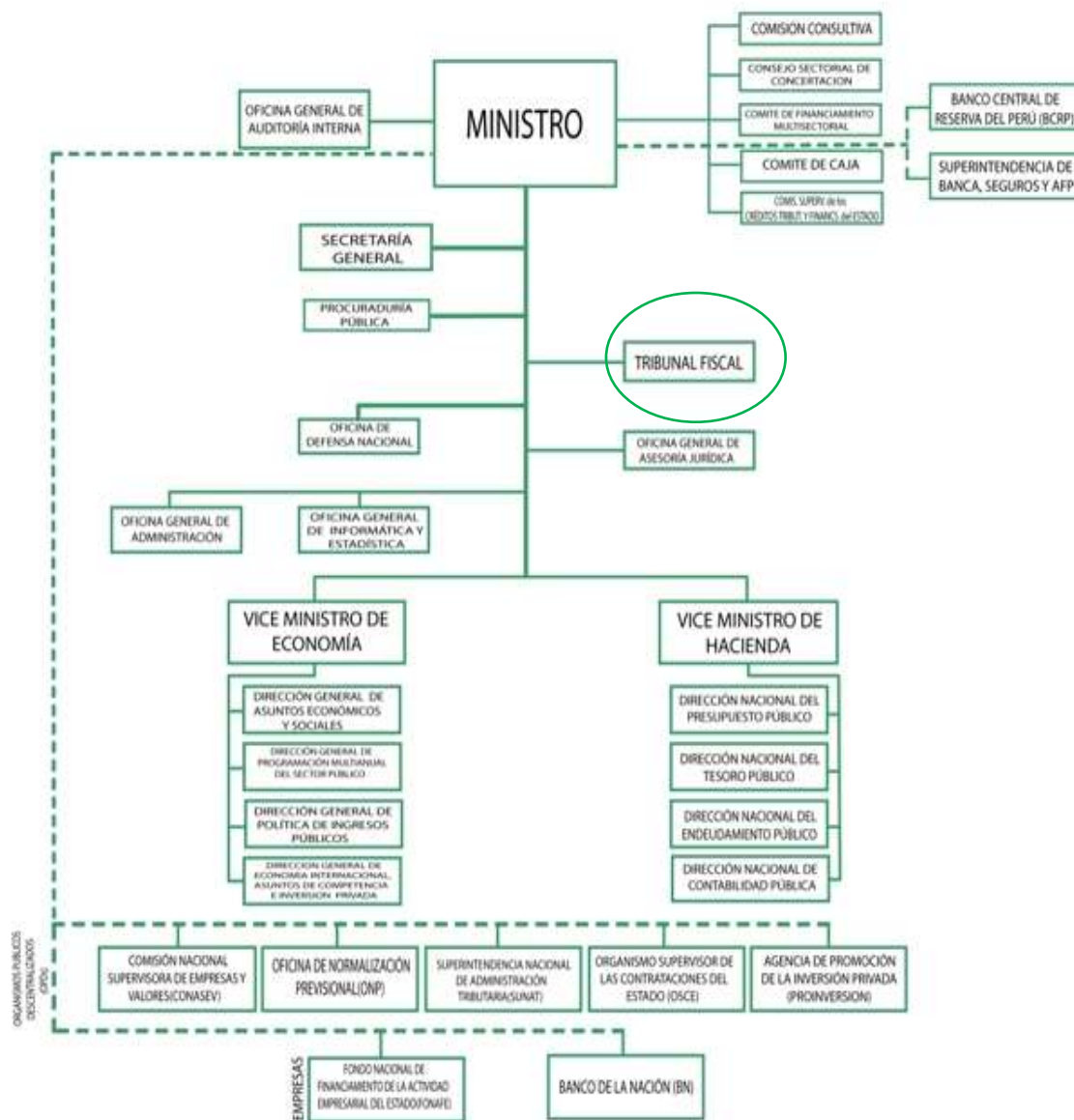
difuso en un tribunal atado de manos”, en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007. p. 155.)

¹³⁸ ROBLES MORENO, Carmen del Pilar y AA.VV. “Código Tributario: Doctrina y Comentarios”, Instituto de Investigación el Pacífico, Lima, 2005. p.365.

¹³⁹ Ibídem. ROBLES MORENO, Carmen del Pilar y AA.VV. pp.365-366.

que permita dotar de mayor legitimidad la actuación administrativa tributaria¹⁴⁰. Tal como podemos apreciar en el organigrama del Ministerio de Economía y Finanzas¹⁴¹:

ORGANIGRAMA DEL SECTOR ECONOMIA Y FINANZAS



Oficina de Racionalización

¹⁴⁰ Ibídem. ROBLES MORENO, Carmen del Pilar y AA.VV. pp.155-156.

¹⁴¹ Fuente: http://www.mef.gob.pe/imagenes/organigrama_sec_MEF1.jpg, Consultado el 26 de agosto del 2009.

Ahora bien, dentro de las funciones reconocidas al Tribunal Fiscal, se pueden entender que las mismas no se extienden, en estricto, a una actividad jurisdiccional. No obstante, de tener funciones que se configuran dentro de la *“justicia administrativa”*. Ya que las respuestas que esta proporcione alcancen valor constitutivo, dentro del quehacer de la Administración Tributaria, ello significa que sus pronunciamientos tienen efectos en las esferas jurídicas de los administrados. Por lo señalado, la función jurídica que desarrolla el Tribunal Fiscal no se remite a una mera opinión parcializada, sino que alcanza rigurosidad jurídica.

En suma, si bien es cierto que el Tribunal Fiscal no alcanza a realizar una función jurisdiccional, en sentido estricto; ello no significa una limitante para poder pronunciarse en armonía con la Constitución. De tal modo, que los conflictos que resuelve el Tribunal Fiscal, no son extraños a materia constitucional; pues, estos deben ajustarse a los principios constitucionales tributarios¹⁴².

En cuanto a la parcialidad que pudiera ser objeto de duda en la *“justicia administrativa”* practicada por el Tribunal Fiscal, su evolución ha permitido reconocerle un grado de independencia frente a la Administraciones Tributarias. Al respecto, se puede señalar que si bien es cierto los Tribunales Administrativos no dejan de pertenecer a la Administración sus pronunciamientos se sujetan a la ley y al Derecho, lo que conlleva un grado de independencia en su quehacer jurídico. Independencia que garantiza objetividad y seguridad jurídica en sus decisiones, que no necesariamente serán las mismas que las distintas administraciones tributarias. Por lo que se reafirma su función de control *“jurídico”* del Tribunal Fiscal. En tal sentido, esta independencia no puede ser traducida en los mismos términos de las de un tribunal jurisdiccional, ello no puede negar su validez dentro del Tribunal Fiscal¹⁴³.

¹⁴² Como se sabe la Constitución Política del Perú contiene todo un programa tributario desde su artículo 74, que consagra los distintos principios que sirven de límites a la Potestad Tributaria, de cómo también de principios de la jurisdicción administrativa.

¹⁴³ Como bien precisa CHIRI GUTIÉRREZ: “[l]a independencia en el ámbito de la justicia administrativa no puede ser leída en los mismos términos que se plantean respecto de La justicia desarrollada a nivel jurisdiccional, pero debe contener lo esencial y lo razonable teniendo en cuenta el ámbito administrativo en que se desarrolla.” (Vid. CHIRI GUTIERREZ, Isabel. *“El control difuso del Tribunal Fiscal / la paradoja del control difuso en un tribunal atado de manos”*, en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia

Por lo dicho, podemos deducir que la independencia dentro de los tribunales administrativos, en particular del Tribunal Fiscal, requiere de libertad para poder sujetar sus decisiones a criterios constitucionales. Para tal efecto es imprescindible tocar la independencia que involucra al Tribunal Fiscal.

II. INDEPENDENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL

Como venimos sosteniendo, una de las condiciones para poder establecer una “*justicia administrativa*” imparcial, es la independencia de la misma frente a otros poderes del Estado y en la aplicación racional del Derecho¹⁴⁴. La independencia es la esencia misma de la labor de hacer y decir derecho que permite garantizar la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos que se tutelan al amparo de la decisión de los jueces o Tribunales¹⁴⁵.

En ese orden de ideas, la independencia como tal supone un marco de libertad sin ninguna clase de subordinación en la actividad jurídica que se desarrolla. Así pues, la independencia como institución jurídica procesal es entendida como una cualidad intrínseca de los Tribunales, sean judiciales o administrativos, que garantizan la seguridad jurídica y el principio de igualdad en las decisiones jurídicas que se emitan.

No obstante lo señalado, la independencia no únicamente se reduce en términos subjetivos, es decir como postulado en los jueces o en los miembros de los Tribunales Administrativos, sino también en dimensiones institucionales; desde organizativas y materiales. Por ello, una independencia real requiere también contar con una institución provista de libertad organizativa dentro del conjunto de instituciones y/u organismos que pertenezcan a la misma Administración.

constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007. p. 157.)

¹⁴⁴ En ese sentido PECES-BARBA al referirse a la independencia judicial señala: “*junto al derecho de la jurisdicción, conviene hacer una breve referencia a las condiciones del órgano jurisdiccional. Ciertamente, a la hora de plantearnos qué principios son los que deben definir la labor de los jueces, dos parecen ser los esenciales: la independencia y el sometimiento al Derecho.*” (Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “*Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*”, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 517.)

¹⁴⁵ Tal como ha referido de manera acertada MONTERO AROCA: “*la independencia no se predica sólo de los jueces y magistrados integrantes del poder judicial organización, sino que ha de referirse a todos los titulares de potestad jurisdiccional.*” (Vid. MONTERO AROCA, Juan. “*Derecho Jurisdiccional*” T.1, Barcelona, José María Boch Editor, 1994, p. 108).

En suma, para poder colmar de independencia a los tribunales se requiere de independencia institucional e independencia funcional. En seguida desarrollamos a *grosso* modo ambas proyectadas en la jurisdicción administrativa del Tribunal Fiscal.

2.1. INDEPENDENCIA INSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL FISCAL

La independencia institucional supone una garantía de los órganos jurisdiccionales, que como ya dijimos alcanza también a los de naturaleza administrativa, que consiste en no estar condicionado a cualquier otro interés que no sea el jurídico, ello en salvaguarda de los miembros de los tribunales a fin de protegerlos de cualquier tipo de presión que puede influir en la decisión que adopten. Dichas presiones que pueden provenir de la propia Administración a la que pertenecen; u otro tipo presión de origen exógeno; como de cualquier persona o entidad, de modo que quedan comprendidos los partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los medios de comunicación¹⁴⁶.

De acuerdo con lo dicho, sin independencia institucional el Tribunal Fiscal sería blanco fácil de interferencias en ejercicio de su jurisdicción que se traducirán en decisiones injustas para los administrados.

Razón por la cual podemos concluir, anticipadamente, que es un presupuesto para la independencia institucional establecer marcos normativos que doten de una garantía material al Tribunal Fiscal, debiéndose concretizar por medio de una norma con rango de ley (y no reglamento¹⁴⁷) que sirva de protección a la actividad independiente del Tribunal Fiscal, en tal sentido se requiere desarrollar marcos normativo los suficientemente sólidos capaces de poder blindar la independencia de los miembros del Tribunal.

¹⁴⁶ La cita es tomada de MONTERO AROCA, al referirse a la independencia de los jueces: “[n]aturalmente las declaraciones de independencia no se realizan sólo contra el poder ejecutivo, sino también contra cualquier persona o entidad, de modo que quedan comprendidos los partidos políticos.” (Vid. MONTERO AROCA, Juan. “Derecho Jurisdiccional” T.1, Barcelona, José María Boch Editor, 1994, p. 111).

¹⁴⁷ Creemos que es necesario no delegar el desarrollo de un Estatuto vía Reglamento, debido al origen de los mismos, resultan siendo la expresión de voluntad del Poder Ejecutivo, lo que no traduciría una independencia verdadera. En este sentido precisa. MOLERO ALONSO: “[d]esde el paradigma social se considera que los reglamentos pueden regular cualquier materia, salvo las que se encuentran reservadas. En las materias no reservadas a la Ley.” (Vid. MOLERO ALONSO, Eduardo. “El concepto de reglamento en nuestra Constitución, desde una comprensión paradigmática”, en: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furio Ceriol, N°38/39, Valencia, 2002, p. 204).

De tal manera que a la única sujeción a la que respondería el Tribunal Fiscal, sería al sistema normativo y por ende a la Constitución¹⁴⁸. Ningún Poder alcanzaría a interferir o condicionar los fallos que emita, tampoco podría ser objeto de algún mandato de la misma organización, que limite u obstruya su atribución. Por todo lo señalado el Tribunal Fiscal en general no debe estar incluido como organismo dependiente de ningún otro, para poder estar completamente liberado de una futura revisión, que no sea el jurídico, de sus decisiones.

Asimismo, una verdadera independencia del Tribunal Fiscal se configuraría con una garantía de inamovilidad del cargo en sus miembros, y ello se justifica en la potencial puesta a disposición del cargo por parte de organismos superiores, que obedezcan a razones políticas o de otros intereses ajenos a la institución administrativa; vulnerándose así, claramente, la independencia del Tribunal.

Como bien ha precisado MONTERO AROCA:

“En si misma considerada la inamovilidad no es una característica exclusiva de los jueces y magistrados. (...) Para los jueces la inamovilidad es garantía de la independencia, y un ataque a aquella es un ataque a ésta, lo que llevaría a la inconstitucionalidad de la ley que lo realizara y a la ilegalidad del acto administrativo concreto¹⁴⁹.”

De lo dicho, podemos señalar que la sustitución o remoción en el cargo resultan una amenaza permanente en los miembros de los Tribunal Fiscal, que tienen fundado temor en proceder de distinta manera a los intereses de coyuntura que pueda tener frente al Poder

¹⁴⁸ Tal como ha precisado MONTERO AROCA: “[l]a sumisión a la ley no supone sujeción a cualquier ley, sino sólo a la ley constitucional”. (Vid. MONTERO AROCA, Juan. “Derecho Jurisdiccional” T.1, Barcelona, José María Boch Editor, 1994, p. 109).

¹⁴⁹ MONTERO AROCA, Juan. “Derecho Jurisdiccional” T.1, Barcelona, José María Boch Editor, 1994, p.113. En ese mismo sentido PECES-BARBA ha dicho que: “la inamovilidad, que implica una permanencia en el oficio sin temor a la destitución o al cambio de lugar de ejercicio de la profesión y constituye, como hemos dicho, el medio tradicional de garantizar su independencia. También puede citarse la autonomía, que supone que el juez no está ligado en sus resoluciones más que por el Derecho, sin tener que seguir instrucciones de otras autoridades y poderes”. (Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 518.)

Ejecutivo. Como fluye la inamovilidad del cargo supone un presupuesto insoslayable para la cimentación de una plena independencia institucional del Tribunal Fiscal.

En suma, la independencia supone que la institución pueda tener el marco de acción sin subordinación alguna, proveniente del mismo Poder o de distintos intereses, que puedan trastocar su libertad de decisión. Ello incluye a los criterios del Poder Judicial a excepción de aquellos que resuelvan un caso concreto¹⁵⁰.

En línea de lo señalado, resulta necesario el dar independencia normativa organizativa al Tribunal Fiscal, en tal sentido se deben crear mecanismos de control que permitan hacer real su independencia. Pues en la actualidad, como señalamos anteriormente, sigue siendo un organismo de apoyo dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas (conforme se pudo apreciar en su organigrama institucional).

La independencia institucional del Tribunal Fiscal debe partir por el reconocimiento de su capacidad cuasijurisdiccional, ya que el mismo no solo desarrolla una actividad diferente a la actividad de la Administración-gestora; es decir, que su función se aleja de la Administración Tributaria como órgano recaudador; pasando a enmarcar su existencia al control eminentemente jurídico.

De igual forma, no es menos importante la independencia de recursos, que permitan realizar su actividad jurídica, pues, constituyendo el Tribunal Fiscal toda una organización, requiere ser renovada. De manera que, el tema de la dotación recursos resulta siendo vital para poder hacer frente a los nuevos desafíos que impone este nuevo rol de control de constitucionalidad. El actual Tribunal Fiscal cuenta con un presupuesto independiente¹⁵¹ que en cierta medida garantiza su independencia frente a las Administraciones Tributarias.

¹⁵⁰ Tal como lo ha señalado al actual Presidenta del Tribunal Fiscal Zoraida Olano Silva: “[e]l Tribunal Fiscal al resolver los distintos casos de su competencia tiene en cuenta las sentencias del Poder Judicial cuando respondan a un caso concreto, pues recordemos que las resoluciones que se emiten a nivel judicial solo tienen efecto entre las partes involucradas, es más, un proceso de amparo puede culminar en un juzgado de primera instancia de cualquier jurisdicción, lo que no garantiza la unidad de criterio, sin perjuicio de ello, los fallos del Poder Judicial también son material de análisis por otra institución.” (Vid. Entrevista a Zoraida Olano Silva Presidenta del Tribunal Fiscal, en: Análisis Tributario, N° 248, setiembre del 2008, p. 8.)

¹⁵¹ En efecto, el Tribunal Fiscal cuenta con un presupuesto separado, que de algún modo le brinda independencia de recursos. Así por Ley N° 29291 (LEY DE EQUILIBRIO FINANCIERO DEL PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO PARA EL AÑO FISCAL 2009) conforme a su Primera

Al margen, del debate propio que encarna la actividad interpretativa, para una independencia del Tribunal Fiscal requiere elementos que permitan una adecuada interpretación. De tal forma que la actividad interpretativa de los Tribunales Administrativos exige ciertos presupuestos como son: implementar una Administración más grande, y; una Administración capaz de asumir un rol garantizador.

Sobre el agrandamiento de la Administración, se requiere introducir nuevos organismos y elementos materiales, que permitan una labor eficiente en el control jurídico. En consideración a esto último, es necesario: redistribuir los recursos con los que cuenta la Administración, que permitan el redimensionamiento y división de organismos que puedan servir a un verdadero control de legalidad; la creación dentro de la misma organización de entes encargados a brindar apoyo técnico y jurídico a los tribunales administrativos.

En cuanto al nuevo rol garantizador, entendiendo que bajo el nuevo Estado constitucional el protagonismo recae sobre el individuo. La Administración no únicamente reduce su finalidad al interés público, sino que debe respetar los derechos fundamentales, en ese empeño debe crear vínculos inminentes con los derechos e intereses de los ciudadanos. De ahí, que toda Administración debe satisfacer los intereses generales, pero con un debido correlato con los derechos individuales; respetando cada uno de ellos, para evitar una transgresión lesiva a los fines propios de un Estado constitucional de Derecho.

De otro lado, el Tribunal Fiscal debe ser reconocido como un órgano administrativo de justicia, lo que no implica el desconocimiento del Poder Judicial como titular principal de la Administración de Justicia, sino que admite la potestad de poder resolver controversias tributarias a razón de su especialización en esa materia. Que consecuentemente significa atribuirle libertad en su pronunciamiento, permitiendo que sus fallos sean más apegados a Derecho antes que a los intereses de la Administración recaudadora.

Disposición Complementaria y Final; ha establecido que el 2.3 % del monto total que percibe la SUNAT, proveniente de porcentaje de todos los tributos que recauda y/o administre, cuya recaudación sea ingreso del Tesoro Público; son considerados como ingresos propios del Tribunal Fiscal. El depósito en este caso debe hacerse en efectivo en la misma oportunidad que la SUNAT capta recursos propios, mediante la transferencia al cuenta correspondiente. Igualmente, en caso que al vencimiento fiscal existiera diferencias entre los ingresos anuales y los gastos devengados de los recursos propios del Tribunal Fiscal. El Ministerio de Economía y Finanzas depositará dentro de los quince días siguientes a tal vencimiento anual, en la cuenta principal de Tesoro Público, bajo responsabilidad.

Esta idea no es nueva, si tomamos en consideración los Tribunales Administrativos Franceses, que pueden convivir dentro del marco general e institucional del Poder Ejecutivo, sin tener dependencia directamente con él. De tal modo que dichos tribunales funcionan como órganos de jurisdicción delegada. Es decir, sus pronunciamientos no tienen influencia o determinación del Poder Ejecutivo; pues, sus distintos pronunciamientos son independientes del mismo (como vimos anteriormente)

Finalmente, la independencia también requiere de procedimientos más democráticos en la elección de los miembros de dichos tribunales evitando que correspondan a criterios puramente políticos y/o subjetivos, ni de ninguna clase de interés privado; sino que requieren de procedimientos que provean de legitimización en cada uno de los miembros del Tribunal¹⁵². Logrando que el nombramiento obedezca a razones totalmente objetivas y posibles de control ciudadano. También, puede sumarse a su elección y nombramiento a órganos de mayor experiencia y conocimiento, tales como el Consejo Nacional de la Magistratura, como propuesta conclusiva. Pues a pesar de existir normativa que regule la selección y elección de vocales del Tribunal Fiscal estos deben ser reforzados. En esta tarea es posible combinar la selección de miembros del Tribunal Fiscal, al Consejo Nacional de la Magistratura que es el ente, constitucionalmente reconocido, encargado de dotar de un procedimiento democrático la selección de jueces y fiscales del país¹⁵³.

Es evidente que dejar tan importante tarea en manos exclusivas del Poder Ejecutivo no garantiza criterios objetivos y razonables de la elección de los miembros del Tribunal Fiscal; pues, al dejar al Ministerio de Economía y Finanzas en plena libertad la elección de

¹⁵² Como bien ha precisado NAVA NEGRETE la actual coyuntura de elección de miembros del Tribunal Fiscal mexicano : “[e]scoger buenos jueces y magistrados para la justicia administrativa del referido tribunal y la que imparten jueces del poder judicial federal es un problema actual y más grave.” (Vid. Prólogo de NAVA NEGRETE, Alfonso en: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La justicia administrativa en el cambio de siglo”, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2003. p. 17.)

¹⁵³ De tal forma que cabría la posibilidad de ampliar el Artículo 150 de la Constitución Política del Perú. “**Artículo 150°**. El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular. [Además, de colaborar en la selección de miembros de tribunales administrativos de carácter nacional.] (el agregado con bastardillas es nuestro).”

miembros del Tribunal Fiscal, no se está haciendo otra cosa que un acto discrecional, con matices de arbitrariedad¹⁵⁴.

2.2. INDEPENDENCIA FUNCIONAL DEL TRIBUNAL FISCAL

La Constitución tiene en su contenido un mayor número de normas que se caracterizan por su contenido abierto, dando casos típicos de amplitud interpretativa en su aplicación; no obstante, también encuentra normas de contenidos concretos que requieren ser aceptados y aplicados conforme a lo dispuesto expresamente.

En ese sentido, las normas de contenido concreto deben ser obedecidas y acatadas por la Administración, como parte de la configuración del Estado. Así pues, la Administración no se debe limitar a interpretar y utilizar normas infralegales. Pues, la limitación interpretativa es oponible dentro de un Estado constitucional. En consecuencia, se debe reconocer que la Administración tiene una posición activa para la materialización de la norma fundamental, por lo que es conforme a sus actividades realizar los mandatos establecidos por la Constitución.

De otro lado, las normas de contenido abierto, es decir los principios y valores, que son desarrollados por el texto constitucional, poseen una amplitud en sus disposiciones. Pero, ello no debe significar un grado de discrecionalidad por parte del intérprete; ya que el desarrollo del contenido de los principios y valores constitucionales debe estar justificado razonable y racionalmente; y de preferencia sustentado en precedentes anteriores¹⁵⁵.

Dentro de la operatividad del Tribunal Fiscal, resulta siendo de importancia determinante la debida observancia de la Constitución, siendo el dique de control de constitucionalidad de

¹⁵⁴ Tal como ha descrito CHAIRES ZARAGOZA el problema de la selección de jueces: “[e]l problema real se presenta cuando el control de la selección y nombramiento de los jueces es manejado de forma arbitraria y discrecional ya por el Ejecutivo, ya por las cámaras legislativas o el mismo poder judicial, respondiendo a intereses de clientelismo y corporativismo.” (Vid. CHAIRES ZARAGOZA, Víctor. “La independencia del Poder Judicial” Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, pp. 538).

¹⁵⁵ Tal como ha indicado DIAZ REVORIO: « [la] labor creativa [de la interpretación constitucional se da] cuando sea necesaria [y] siempre ha de tener como base la Norma Fundamental, cuyo texto ha de ser interpretado basándose tanto los criterios interpretativos “comunes” como en los específicamente constitucionales.» (Vid. DIAZ REVORIO, Francisco Javier. «La “Constitución abierta” y su interpretación», Lima, Palestra Editores, 2004, p.227.)

la Administración una de sus manifestaciones de la supremacía constitucional, se debe desarrollar una justicia administrativa conforme a la Constitución, respondiendo a un sistema armónico y unitario de la legislación, es decir los fallos del Tribunal Fiscal deben ser rigurosos en la observancia de la jerarquía de normas, encargándose en convalidar el sistema normativo en el cual se manejan.

Por todo, puede entenderse de manera válida que la sujeción a la ley por parte de la Administración no puede ser a espaldas de la Constitución; pues como venimos sosteniendo, esta es la norma primera del ordenamiento jurídico. Tal como ha destacado la actividad jurídica de los jueces MONTERO AROCA ha referido:

“Es cierto que los jueces y magistrados ordinarios no pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución, pero no lo es menos que deben examinar, y de oficio, la constitucionalidad de la ley que deben aplicar (...)”¹⁵⁶.

Lo dicho también puede ser de aplicación en el caso de los miembros de los tribunales administrativos. Así, el Tribunal Fiscal, no puede soslayar la contravención que se presente entre cualquier norma infralegal y la Constitución, prefiriendo esta última, por lo que es válido afirmar que los miembros deben encontrar libertad interpretativa en la aplicación de la ley frente a la Constitución.

De modo tal que, los miembros del Tribunal, para poder aplicar las disposiciones constitucionales (concretas y abiertas) requieren libertad en su interpretación de la ley. Así la interpretación es un elemento consustancial de toda jurisdicción, siendo entendida como la herramienta jurídica utilizada para poder dar sentido jurídico a las normas. Por ello, resulta necesaria afianzar la libertad interpretativa del Tribunal Fiscal, como ejercicio de su jurisdicción administrativa, teniendo como único límite la justificación racional de sus criterios vertidos en el sentido jurídico asignado a una norma.

¹⁵⁶ MONTERO AROCA, Juan. “Derecho Jurisdiccional” T.1, Barcelona, José María Boch Editor, 1994, p. 109.

En tal sentido, este ejercicio supone una actividad racional del los jueces que debe estar libre de toda sujeción distinta que no sea el sistema normativo (tanto normas principios como normas reglas). Por ello, la interpretación de los tribunales es una manifestación de la independencia misma de la que goza todo miembro del Tribunal.

Ahora bien, esta libertad interpretativa no basta, pues es necesaria orientarla a un fin, como el respeto de los Derechos Fundamentales. Así podemos afirmar que la independencia funcional de los Tribunales Administrativos, y en particular del Tribunal Fiscal, se define como el respeto de los derechos fundamentales, en relación con la protección del individuo, como parte de la responsabilidad de una administración coherente y eficiente¹⁵⁷. Es decir, asumir la independencia por parte de los tribunales administrativos supone controlar la actividad de la administración gestora bajo parámetros constitucionales, ya sea vía el control difuso o por la aplicación de principios. De tal forma que, la independencia del Tribunal Fiscal en un Estado constitucional de Derecho asume una función garantista.

Bajo esto último, el respeto de los derechos fundamentales involucra considerar a la Constitución dentro de la justicia administrativa, en efecto, pues no se puede concebir un debido acatamiento de los derechos fundamentales sino es bajo el propio marco que dispone la norma fundamental. Siendo que los derechos fundamentales tienen su principal fuente en los valores y principios constitucionales¹⁵⁸. En consecuencia, no se puede concebir una defensa material de los mismos sin seguir a la norma fundamental.

De otra parte, es necesario tener en consideración el programa tributario que contiene nuestra Constitución, que cuenta con principios que pueden servir de marco interpretativo en especial el principio de respeto de los derechos de los contribuyentes, es decir, el respeto

¹⁵⁷ Como ha señalado GONZALES MANTILLA, en cuanto a la independencia de los jueces en bajo un Estado constitucional de Derecho: “[e]n las democracias constitucionales (...) la independencia judicial, se define por la defensa de los derechos fundamentales, esa es la condición del juzgador, como parte de su cuota de responsabilidad política (...) con la democracia, a través de un desempeño activo en la defensa de los ciudadanos.” (Vid. GONZALES MANTILLA, Gorki. “[l]as garantías para el desempeño profesional del Juez y la independencia judicial en un Estado constitucional”, en: Derecho y Sociedad, N°28, 2007, p.234.)

¹⁵⁸ Siguiendo en la clásica definición de derechos fundamentales ensayada por PÉREZ LUÑO: “[L]os derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en a la normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.” (Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. “Los Derechos Fundamentales”, Madrid, Tecnos, Cuarta Edición, 1991, p.46.)

a los derechos fundamentales. Esta cláusula resulta gravitante para sustentar que el programa tributario recogida por nuestra Constitución, resulta concordante con un Estado constitucional de Derecho. Tal como ha descrito LANDA ARROYO:

“[C]uando la Constitución ha previsto que la potestad tributaria del Estado debe respetar los derechos fundamentales no ha hecho otra cosa que recoger un principio inherente al actual Estado constitucional: el principio de eficacia directa de los derechos fundamentales¹⁵⁹.”

De la cita, podemos extraer que la potestad tributaria debe ponderar debidamente los derechos fundamentales, que no son otros que los consagrados constitucionalmente y aquellos reconocidos por la jurisprudencia constitucional; ello implica, que la actividad judicial debe controlar el debido respeto de los mismos por parte de las administraciones tributarias, y consecuentemente, pronunciarse frente a cualquier vulneración que tenga oportunidad de constatar.

Podemos concluir que el Tribunal Fiscal requiere la libertad subjetiva o funcional que se debe instalar dentro de las atribuciones como órgano encargado de la justicia administrativa, manifestándose como la atribución de poder pronunciarse dentro de los márgenes del Derecho sin interferencias, limitaciones, ni condicionamientos de ningún tipo¹⁶⁰. De otro lado, podemos advertir que la independencia funcional es subsidiaria de la independencia institucional; en efecto, la garantía de la libertad interpretativa por parte de los Tribunales Administrativos, solo puede ser garantizada teniendo una independencia institucional fortalecida¹⁶¹.

¹⁵⁹ LANDA ARROYO, César. “Los principios tributarios en la Constitución de 1993. “Una perspectiva constitucional”, en: “Constitución y Fuentes del Derecho”, Lima, Palestra Editores, 2006, p. 211.

¹⁶⁰ Tal como lo ha señalado MONROY GÁLVEZ, refiriéndose a la independencia de los jueces: “[l]a independencia del juez (...) es la aptitud de poder resolver un conflicto o eliminar una incertidumbre con relevancia jurídica, aplicando el derecho que le corresponde al caso concreto, sin interferencias, limitaciones ni condiciones.”(Vid. MONROY GÁLVEZ, Juan. “La independencia del juez y del abogado”, en: Ius Et Veritas, N°2, 1991, p. 6.)

¹⁶¹ En ese mismo sentido MONROY GÁLVEZ, refiere en el caso de la independencia del juez, solo puede lograrse si se llega a consolidar la independencia del Poder Judicial. Creemos, que ese presupuesto también se traslada a la independencia funcional de los tribunales administrativos, para poder consolidar una real libertad en las decisiones adoptada por parte de los organismos jurídicos de la Administración pública, se requiere,

En el mismo sentido, que la actividad realizada por el Tribunal Fiscal se relaciona directamente con la defensa de los Derechos fundamentales; y siendo que la independencia supone la defensa de los mismos, podemos entender que la independencia del Tribunal Fiscal deviene sustentado por el propio programa Constitucional. Por lo que, podemos decir que la viabilidad de la independencia funcional del Tribunal Fiscal es un presupuesto para poder cumplir de manera eficaz, y no únicamente declarativa, el mandato constitucional.

2.2.1. INDEPENDENCIA INTERPRETATIVA EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO

Entendiendo que la Constitución se presenta como un conjunto de valores y principios, los mismos requieren del ejercicio interpretativo para poder alcanzar concretización. Como señalamos en el primer capítulo, los principios y valores que alberga la Constitución hacen que se establezcan derechos de contenido abstracto e indeterminado, por lo que es necesario hacer uso de las distintas herramientas que provea la Teoría del Derecho, que permitan desentrañar y dar forma tangible a los distintos derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, la actividad del Tribunal Fiscal sigue también la lógica de la interpretación al momento de aplicar una norma al caso concreto. Así, la resolución de casos muchas veces trae consigo un problema de interpretación¹⁶², que debe ser salvada, en el caso del control constitucional por la herramienta de la interpretación constitucional.

Cómo advertimos a un inicio (Vid. capítulo I), el principal problema que implica el control constitucional, es un problema de interpretación de normas que contradicen la Constitución. Siendo que las normas de menor jerarquía resultan lesivas para las disposiciones constitucionales, no deben llegar a tener efectos jurídicos concretos, es decir no deben tener

previamente, dotarle de una debida independencia funcional. (Vid. MONROY GÁLVEZ, Juan. “*la independencia del juez y del abogado*”, en: *Ius Et Veritas*, N°2, 1991, p. 6.)

¹⁶² Los problemas de interpretación según MACCORMICK surgen debido a que las normas jurídicas son ambiguas y confusas en relación a los contextos de litigio. (Vid. MACCORMICK, Neil. “*Legal Reasoning and Legal Theory*”. New York, Oxford University Press, 1994. p.65.)

trascendencia dentro del mundo fenomenológico, pues eso sería contrario a una real democracia y contrario a los derechos de los ciudadanos¹⁶³.

Teniendo claro que el problema suscitado en el tema del control de constitucionalidad administrativo es un problema de interpretación, los Tribunales Administrativos requieren de un marco especial para poder desentrañar el sentido de la norma, para darle una correcta aplicación; esta actividad se traduce en una libertad en la interpretación jurídica.

a. Criterios Clásicos Interpretativos

El reconocimiento de la Constitución como norma fundamental de un Estado ha generado métodos interpretativos particulares frente a los tradicionales métodos o criterios clásicos interpretativos, a razón de su superioridad frente a todo el ordenamiento jurídico, a pesar que exista un sector que señala que los métodos tradicionales son de igual valor para su interpretación¹⁶⁴.

No obstante, los métodos tradicionales también son de utilidad dentro la interpretación constitucional; reconociendo que la interpretación constitucional supone un procedimiento que interrelacionan al intérprete, a la norma y al caso concreto. También reconocido como el *proceso de concretización* constitucional en alguna medida hace uso de los tradicionales métodos, en efecto, pues la interpretación constitucional supone un procedimiento que tiene como marco y límite, de su actividad, a la Constitución¹⁶⁵.

¹⁶³ Como bien afirma DIAZ REVORIO el problema que supone la transformación de los poderes del Estado. *“la respuesta a este problema depende sobre todo de dos factores: el contenido y significado de los propios valores constitucionales, y la interpretación de los mismo.”* DIAZ REVORIO, Francisco Javier. *«La “Constitución abierta” y su interpretación»*, Lima, Palestra Editores, 2004, p.229.

¹⁶⁴ Aunque, es necesario precisar que existe divisionismo; así, un sector opina que es posible la aplicación de los métodos tradicionales de interpretación, sin embargo, existe una creciente tendencia a reconocer métodos especiales de interpretación constitucional como ha señalado COMANDUCCI: *«[a]l interior de la teoría neconstitucionalista (...) se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación, con el mismo método pero con objeto (parcialmente) modificados, del iuspositivismo, otros sostienen por el contrario que las transformaciones del objeto de investigación comporta la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico.»* (Vid. COMANDUCCI, Paolo. *«Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico»*, en: ISONOMÍA, N°16, Abril 2002, p. 98.)

¹⁶⁵ En efecto, como reconoce HESSE: *«[p]uesto que el “programa normativo” se halla contenido básicamente en el texto de la norma a concretar deberá ser aprehendido mediante la interpretación de dicho texto en lo que se refiere a su significado vinculante para la solución del problema. Aquí encuentran su sitio*

El *proceso de concretización* se guía por métodos como la tópica; entendida como el conjunto de opiniones o puntos de vista fundamentados que se proponen a fin de dar solución a un caso concreto. De otro lado también, dentro del proceso de concretización se tiene presente el texto mismo de la Constitución, es decir de los dispositivos llamados a resolver el caso en particular (“programa normativo”). Adicionalmente, se debe integrar como forma de complementación del texto constitucional, los datos del caso en concreto dentro del marco normativo, entendiendo que son las mismas las llamadas a dar una solución más justa al caso (“ámbito normativo”).

En atención a esto último, ciertamente, no se puede negar la utilidad de los métodos clásicos, pues colaboran a una interpretación del texto de la norma constitucional, en efecto, si bien se reconoce la naturaleza especial de la Constitución, nada obsta en la labor interpretativa a echar mano de estos, pues se debe tener presente que las disposiciones no dejan de ser jurídicas, y cualquier método que contribuya de manera efectiva en esta tarea es plenamente válida.

Con acierto DIAZ REVORIO ha señalado:

“[L]as peculiaridades del objeto de la interpretación constitucional penetran de forma inevitable en el método de la misma. Pero ello no significa que no serán útiles, en la interpretación constitucional, los elementos o argumentos tradicionalmente empleados en la interpretación jurídica¹⁶⁶.”

Como también apuntamos preliminarmente, existe ciertos rasgos particulares que se centran por ejemplo en quién realice la interpretación¹⁶⁷, sin embargo, se debe reconocer de

los “métodos” de interpretación tradicionales: la interpretación literal, histórica, originales y sistemática...» (Vid. HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 46.)

¹⁶⁶ DIAZ REVORIO, Francisco Javier. «La “Constitución abierta” y su interpretación», Lima, Palestra Editores, 2004, p. 243.

¹⁶⁷ La interpretación de acuerdo a la clasificación de SACHICA se distingue: “la interpretación normativa y reglamentaria que fija el sentido de una norma constitucional por vía de autoridad y con efectos erga omnes, como la contenida en las leyes y decretos con fuerza de ley; las interpretaciones de aplicación a los particulares, efectuadas las más veces por autoridades administrativas o judiciales, o aun por el congreso, en que el efecto no trasciende la situación subjetiva que define, pero tiene en cada caso efecto de cosa juzgada; la interpretación jurisdiccional por vía general y con efecto de cosa juzgada formulada en las decisiones de la Corte Suprema de justicia en los casos de procesos de inexequibilidad y de control de normas para

manera preliminar los criterios interpretativos generalmente utilizados, de tal forma que revisaremos de manera preliminar cada uno de estos métodos tradicionales¹⁶⁸, para después analizar los métodos o criterios interpretativos particulares.

Método literal o gramatical: este método parte del propio texto de la Constitución, teniendo en cuenta que sus normas son un conjunto de palabras, y bajo su significado se deben aplicar. Así el método literal es el primer método, que surge de manera natural en el intérprete, ya que este tiene en consideración el sentido de la ley, a través de las palabras dispuestas en la Constitución. Sin embargo, este método no siempre será de aplicación en la interpretación constitucional, pues esta tiene disposiciones abstractas o abiertas, lo que significa que requieren ser provistas de contenido por el propio intérprete¹⁶⁹.

Método sistemático: este criterio es uno de los que mayor importancia tienen en la tarea interpretativa constitucional; por el mismo se provee de *coherencia* a la interpretación, es decir, la norma constitucional debe ser interpretada como un elemento integrante del conjunto de normas de la Constitución y la misma no puede ser contradictoria; además, de proporcionar un significado el lugar de ubicación de la norma dentro de contexto normativo, como también del resto del ordenamiento jurídico¹⁷⁰.

situaciones de excepción o exequibilidad de proyectos de ley; la interpretación judicial para inaplicar la ley incompatible con la constitución, con efecto restringido al caso sub judice; y la interpretación por vía consultiva que corresponde al consejo de estado, en los casos de estado de sitio, de emergencia económica, de créditos presupuestales extraordinarios, de retención de personar sospechosas de atentar contra la paz (...) la interpretación normativa es más amplia, permite formular políticas, programas de acción; la de aplicación, es restrictiva de completa subordinación a la norma. Pero en ambas puede lucir el ingenio jurídico y recrear la norma con implicaciones insospechadas por su autor y sus destinatarios.” (Vid. SACHICA, Luis Carlos. “El control de Constitucionalidad”, Bogotá, Temis, 1989, p. 22-23.)

¹⁶⁸ Métodos desarrollados por SAVIGNY (Vid. SAVIGNY, Friedrich Karl Von, “*Metodología Jurídica*”, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 12-13)

¹⁶⁹ DIAZ REVORIO, Francisco Javier. «*La “Constitución abierta” y su interpretación*», Lima, Palestra Editores, 2004, p.245.

¹⁷⁰ Para DIAZ REVORIO este criterio interpretativo engloba tres argumentos: “*el argumento de coherencia, según el cual los enunciados legales han de interpretarse teniendo en cuenta que no pueden expresar normas incompatibles; el argumento sedes materiae, por el que se atribuye un significado normativo a un precepto dudoso teniendo en cuenta el lugar que ocupa el texto normativo del que forma parte; y el argumento sistemático en sentido estricto, que atribuye un significado normativo a un enunciado teniendo en cuenta otros preceptos o normas, esto es, el “contexto” (jurídico)...*” (Vid. DIAZ REVORIO, Francisco Javier. «*La “Constitución abierta” y su interpretación* », Lima, Palestra Editores, 2004, p.245.)

Método histórico: se fundamentan en el contexto histórico en el que surgió la norma, dirigiéndose a las diversas formas de legislación de una misma situación a través del tiempo, remontándose a criterios constitucionales previos y debates parlamentarios.

Método teleológico: la labor interpretativa se centra en hacer coincidir el sentido de la norma con la finalidad de la misma, que como sabemos la mayoría de disposiciones constitucionales tienen una de sus más importantes finalidades en la promoción de los derechos fundamentales.

Método evolutivo: por medio de este método la norma constitucional debe ser interpretada de conformidad a las necesidades actuales, adecuándose al contexto histórico inmediato, respondiendo a la coyuntura actual. Así el intérprete orienta su actividad interpretativa y la encaminada a fin de poder proveer de la justicia¹⁷¹. De manera que el esfuerzo interpretativo, gracias a este método, se intenta dar solución a situaciones no previstas por el legislador al momento de la dación de la norma.

b. Principios interpretativos constitucionales

Ahora bien, como hemos señalado anteriormente si bien los tradicionales métodos o criterios clásicos son útiles; resultan insuficientes, en la actividad del control constitucional administrativo; en efecto, los criterios interpretativos usuales no siempre han de significar el camino más seguro de una correcta interpretación; pues muchos de ellos son limitados en su objeto¹⁷² en la tarea interpretativa de la norma suprema.

Como indicamos anteriormente, creemos que la herramienta más inteligente que permite la realización de la Constitución, es la interpretación constitucional resulta imprescindible para el operador jurídico para poder materializar la supremacía constitucional.

¹⁷¹ Al respecto DIAZ REVORIO dice: “se ha destacado la importancia de una “interpretación evolutiva” del texto normativo supremo, que lo vaya adecuando a las cambiantes circunstancias sociales, política, económica (...)” (Vid. DIAZ REVORIO, Francisco Javier. «La “Constitución abierta” y su interpretación», Lima, Palestra Editores, 2004, p.248.)

¹⁷² Como lo ha indicado HESSE: “en el curso de los cual estos elementos de interpretación se apoyan y complementan mutuamente, por ejemplo, al extraer conclusiones respecto del significado literal o de la finalidad de la norma a partir de su conexión sistemática o de su proceso de creación.” HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 39.

Como toda interpretación jurídica el operador jurídico debe integrar el enunciado de una norma frente un caso concreto, con la finalidad de dar una real eficacia a la norma. En ese cometido de conciliar norma y realidad, el intérprete no debe perder de vista el propio contexto que el problema suscita, medir sus efectos y elegir la postura más justa, que se apegue a Derecho. De lo dicho podemos concluir que la eficacia de la norma constitucional solo se alcanzará con el ejercicio de interpretación.

De igual importancia resulta la sujeción a principios superiores, como es el caso del valor justicia, para dotar de legitimidad a la norma aplicada. De modo que si la realidad obstruye el sentido de legitimidad que supone toda norma, el intérprete debe dotar de legitimidad y eficacia a una norma dentro de su ejercicio interpretativo.

En consecuencia, se torna en necesario el poder establecer criterios de interpretación particulares, que ayuden a verificar el verdadero sentido de sus disposiciones, que como ya indicamos, ello no supone el sobrepasar el nivel normativo. De manera que, la interpretación que compete a la norma fundamental es una interpretación particular que responda a su propia naturaleza, que permita dar respuestas razonables y, consecuentemente, provea de contenido a sus normas de naturaleza abierta, como son los principios y directrices.

En atención a esto último, la interpretación asume un rol protagónico, por la naturaleza de las disposiciones de carácter abierto de la Constitución¹⁷³, ya que sus disposiciones contienen principios y valores que requieren ser colmados; de manera que las disposiciones constitucionales pasan por un proceso de “concretización”¹⁷⁴, que responde a la actividad creativa del intérprete. Este proceso de “concretización” se puede materializar idóneamente por medio de la interpretación, la misma que se efectúa dentro de un marco de una jurisdicción.

¹⁷³ En tal sentido HESSE a destacado: “la importancia de la interpretación es fundamental, pues, dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas.” (Vid. HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 36.)

¹⁷⁴ Al respecto HESSE ha dicho: “[s]i la Constitución, como se ha podido ver, no contiene un sistema cerrado (...) y si la interpretación de sus normas no puede ser simple ejecución de algo preexistente, la misma hará necesario un procedimiento de concretización que responda a esta situación.” (Vid. HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 45.)

De acuerdo a lo antes señalado, el carácter particular de las normas constitucionales resultan razones de peso, que justifican la necesidad de implantar un criterio de interpretación particular frente a cualquier otro modelo de interpretación ordinaria¹⁷⁵, que generalmente se depositan en los Tribunales Constitucionales.

Conforme a lo descrito se puede admitir que el procedimiento de interpretación constitucional permite dar una solución más justa a un caso concreto, posibilitando, además, la evaluación de la coyuntura efectiva del caso en particular y los respectivos alcances de la norma en consideración a los efectos que pudiera irradiar. Como bien ha dicho HESSE:

«Esta forma de actuar no sólo proporciona efectos adicionales de concretización y una fundamentación racional y controlable, sino que, además, garantiza (...) en buena parte la adecuada solución del problema; supone pues lo contrario de ese “normativismo” unilateral y ciego frecuentemente reprochado a los juristas¹⁷⁶.»

Como se ha puesto de manifiesto, el procedimiento de concretización se guía de principios interpretativos constitucionales tales como: *la unidad de la Constitución, la concordancia práctica, la corrección funcional, la eficacia integradora, y la fuerza normativa de la Constitución.*

Así pues, según el *principio de unidad* se debe interpretar a la Constitución en su dimensión normativa como integridad jurídica¹⁷⁷, en tal sentido la interpretación que se

¹⁷⁵ Como ha justificado ATIENZA la existencia de la interpretación constitucional: “*en los últimos años, el problema de la interpretación –y, en particular, el de la interpretación constitucional– parece estar en el centro de la teoría jurídica. Las razones son, creo bastante obvias, una de ellas es el carácter de supralegalidad que se reconoce a las constituciones contemporáneas: la interpretación superior a la de las otras normas; o, si se quiere decirlo de otra manera, la interpretación constitucional marca los límites de posibilidad de la interpretación de todas las otras normas, establece para todos los niveles del orden jurídico la obligación de interpretar de acuerdo (o en conformidad) con la Constitución– la otra razón deriva de la peculiaridad que tienen las constituciones –en relación con los otros materiales jurídicos– en el sentido de que aquí predominan enunciados de principio o enunciados valorativos, cuya interpretación presenta una mayor complejidad –da lugar a mayores disputas– que la de las normas –entendida la expresión en su sentido amplio– del resto del ordenamiento jurídico (sic.).*” (ATIENZA, Manuel. “Los límites de la interpretación constitucional / de nuevo sobre los casos trágicos”, en: ISONOMÍA, N° 6, abril 1997, p. 7.)

¹⁷⁶ HESSE, Konrad. “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 47.

¹⁷⁷ Como dice HESSE: “[l]a única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con la decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos

haga de la misma debe respetar tal unidad como norma que representa, es decir que la interpretación constitucional debe tener en cuenta los diferentes elementos normativos que integran la Constitución, manteniendo la armoniosidad entre cada uno ellos. En consideración a ello, por ejemplo en caso de enfrentamiento de dos bienes jurídicos constitucionales, el conflicto debe ser resuelto bajo un ejercicio de “*optimización*”, estableciendo los límites de cada bien jurídico constitucional, al que deben ceñirse en apoyo del principio de proporcionalidad¹⁷⁸.

De otro lado, el *principio de concordancia práctica* busca una debida coordinación entre los bienes jurídicos constitucionales que viene aunado con el principio de unidad de la Constitución. De tal forma que la interpretación que se haga de un bien jurídico no debe trastocar la esencia inherente del otro, lo que significa que el ejercicio del intérprete no puede sacrificar bienes sin la debida atención a su núcleo esencial que erige al derecho a sacrificar, por lo que se puede concluir que la aplicación de un derecho sobre otro presupone una “*ponderación*” adecuada de los bienes constitucionales en juego sin menoscabar su existencia¹⁷⁹.

En cuanto a la *corrección funcional*, el interprete tiene una determinada función establecida por la Constitución, por lo que no puede ir más allá de lo establecido, y mucho menos trastocar las diferentes funciones destinados a otros agentes estatales, lo que quiere decir

parciales.”(Vid. HESSE, Konrad. “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48.)

¹⁷⁸ El mismo HESSE ha dicho: “[l]a unidad de la Constitución exige una labor de “*optimización*”: se hace preciso establecer los límites de ambos bienes a fin de que ambos alcancen una efectividad óptima. La fijación de límites debe responder en cada caso concreto al principio de proporcionalidad; no debe ir más allá de lo que venga exigido por la realización de la concordancia entre ambos bienes jurídicos.”(Vid. HESSE, Konrad. “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 49.)

¹⁷⁹ Al respecto del principio de concordancia práctica HESSE ha dicho: “los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad.” (Vid. HESSE, Konrad. “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 48-49.) En ese mismo sentido PRIETO SANCHÍS acerca de la ponderación entre principios ha dicho: “La ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. (...) se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.” (Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis. “*Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”, Lima, Palestra Editores, 2002, pp. 137-138.)

que la interpretación constitucional, debe ser respetuosa de las atribuciones del legislador, ciñéndose únicamente a una labor de control de la constitucionalidad de las normas¹⁸⁰.

Por su parte *la eficacia integradora* de la interpretación implica reconocer la orientación de integración de la Constitución, en efecto la actividad interpretativa está dirigida a promover y mantener la unidad política que entraña la Constitución¹⁸¹.

Finalmente, *la fuerza normativa de la Constitución* reconoce a la tópica como método argumentativo eficiente en el “*proceso de concretización*” de la norma¹⁸², así se muestra como la exposición de puntos de vista propuestos para dar una adecuada solución a los casos planteados. Las distintas opiniones que se provean deben ser dirigidas a servir de la manera más eficaz a la Constitución frente a la resolución del caso¹⁸³.

Por todo lo dicho podemos apreciar que la interpretación constitucional resulta una tarea jurídica compleja, ya que se rige bajo ciertos cánones que responden al objeto a interpretar que es la Constitución, por ello la naturaleza particular de estos criterios interpretativos. No obstante es necesario establecer que la tarea interpretativa no se presenta de manera discrecional del intérprete, sino que reafirmando lo expuesto, conoce límites dentro de su propia actividad

Así, la interpretación constitucional encuentra sus propios límites en la Constitución, de manera que todo aquello que no se encuentre contemplado como norma principio, como valor o como cualquier elemento constitucional, no encuentra sustento dentro de la interpretación. Pues, ahí donde no exista vínculo entre lo comprendido por la norma y el juicio u opinión que se pueda dar no existe interpretación constitucional válida.

¹⁸⁰ Como dice HESSE: “*al Tribunal Constitucional sólo le corresponde, frente al legislador, una función de control, le está vedado una interpretación que condujese a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los límites establecidos en la Constitución, o incluso, a una conformación llevada a cabo por el Tribunal mismo.*” (Vid. HESSE, Konrad. “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 50.)

¹⁸¹ HESSE, Konrad. “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 50.

¹⁸² Como reconoce HESSE: “[e]ste procedimiento tópico vinculado, en coherencia con el carácter de la Constitución, al problema concreto pero siempre guiado y orientado por la norma, tendrá las máximas posibilidades de llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables y controlables.” (Vid. HESSE, Konrad. “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 51.)

¹⁸³ HESSE, Konrad. “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 50.

En ese mismo sentido, es lógico suponer que las soluciones que se propongan no sean contrarias al texto constitucional, de admitir dichos supuestos se estaría ante respuestas interpretativas inválidas. De lo que podemos concluir que la interpretación constitucional otorga primacía a la Constitución Escrita¹⁸⁴ “*resultando un presupuesto de la función racionalizadora, estabilizadora y limitadora*”¹⁸⁵.

Ahora bien, el examen de compatibilidad entre la Constitución y cualquier otra norma, se encuentra delimitada. En tal sentido, el examen de compatibilidad no será arbitraria; puesto que desnaturalizaría la atribución del Poder Legislativo (no obstante del post constitucionalismo que esboza un “control total”¹⁸⁶), en su producción normativa. En salvaguarda del respeto a los poderes y cómo límite del intérprete se ha erigido al *principio de interpretación conforme a la Constitución*¹⁸⁷ como medio para trazar los marcos y/o límites del intérprete. El *principio de interpretación conforme a la Constitución* compromete al intérprete a realizar una labor interpretativa en consonancia con la Constitución, de tal forma que la norma controlada encuentre sustento en el propio texto constitucional y sólo ante una insalvable incompatibilidad, el intérprete deba inaplicar la norma controlada.

Conforme hemos señalado la Constitución es la norma que limita la eficacia y validez de las otras normas del sistema jurídico, sin embargo, de igual importancia resulta su función

¹⁸⁴ Como señala HESSE: “*puesto que el Derecho no escrito no puede hallarse en contradicción con la constitutio scripta (...), ésta última se convierte en límite infranqueable de interpretación constitucional.*” (Vid. HESSE, Konrad. “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 52.)

¹⁸⁵ HESSE, Konrad. “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 52.

¹⁸⁶ Como a puesto de manifiesto RODRIGUEZ GAONA, señalando que dentro del Postconstitucionalismo, se practicaría un control total: “[e]ste control total es posible porque se desmitifica al legislador que pretenda ampararse en el hecho político fundacional disfrazado de poder constituyente y en virtud de que se privilegia la supremacía de los derechos fundamentales (como fuente de la supremacía constitucional en sentido postconstitucional). Esto implica que se pueda controlar la propia norma constitucional (en tanto Constitución como texto histórico local) con el fin de garantizar el equilibrio entre dos teorías que influyen y coinciden en el objeto de estudio: una teoría política y una teoría jurídica.” (Vid. RODRIGUEZ GAONA, Roberto. “*El Control de Constitucionalidad del Siglo XXI: Elementos para un Modelo Integral*” en: Teoría General de Derecho Constitucional. CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús, (Coord). AA.VV. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2009, p. 592.)

¹⁸⁷ Sobre el origen del principio de interpretación conforme a la Constitución HESSE ha dicho: “*su formación y conformación [se debe] a prácticas a la implantación de la justicia constitucional, en la ley fundamental...*” (Vid. HESSE, Konrad. “*Escritos de Derecho Constitucional*”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 53.)

de suministrar contenido al resto del ordenamiento jurídico¹⁸⁸. De tal manera que el intérprete se encuentra comprometido a observar las normas producidas por el legislador, y darles contenido acorde a la Constitución, salvando la validez y eficacia de la norma cuestionada por medio de la interpretación constitucional.

Como se aprecia, a través del *principio de interpretación conforme a la Constitución* el intérprete tiene como consustancial labor, salvar la norma producida por el legislador. De manera que el intérprete constitucional no debe desbordar el sentido proporcional de su interpretación, es decir, no debe pretender sustituir al legislador; sino más bien, debe servir de un elemento de complementariedad a la validez y eficacia de las normas, así el intérprete solo debe inaplicar una norma cuando esta sea manifiestamente opuesta a la Constitución siendo evidente su inconstitucionalidad¹⁸⁹.

Aquí también destaca el *principio de unidad* de la Constitución, ya que se debe interpretar la Constitución como conjunto frente a la norma de menor jerarquía¹⁹⁰. En tal sentido, al momento de compatibilizar la norma cuestionada y la Constitución debe hacerse bajo todos los elementos, principios y valores. Así todos ellos deben pretender reforzar a la norma cuestionada, *dentro del proceso de concretización*.

c. La interpretación en el Tribunal Fiscal en el control constitucional

Ahora bien, bajo los principios y criterios interpretativos expuestos, es que debe el Tribunal Fiscal debe interpretar constitucionalmente la norma que analice, bajo su ejercicio de control difuso administrativo, si bien la sentencia N° 3741-2004-AA/TC y su Resolución Aclaratoria del Tribunal Constitucional, no reconocen el control difuso administrativo de oficio de manera general, si reconoce su ejercicio cuando existan interpretaciones

¹⁸⁸ Como bien precisa HESSE: «el marco de la interpretación conforme las normas constitucionales no son solamente “normas-parámetro” (*Prüfungsnormen*) sino también “normas de contenido” (*Sachnormen*) en la determinación del contenido de las leyes ordinarias.» (Vid. HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 54.)

¹⁸⁹ Como precisa HESSE: “[a] este respecto no tiene que ser determinante la voluntad subjetiva del legislador; más bien de lo que se trata es de mantener el máximo de aquello que él ha querido. En ningún caso debe ser declarada nula una ley cuando la inconstitucionalidad no es evidente, sino que únicamente existen reservas, por serias que puedan ser.” (Vid. HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 54.)

¹⁹⁰ HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 54-55

realizadas por el Tribunal Constitucional o precedentes vinculantes; en el caso del control difuso a pedido de parte, basta con que exista una *manifiesta* vulneración de Derechos Fundamentales, es ahí donde cobra valor la interpretación constitucional que realice el Tribunal Fiscal.

Bajo ese entender podemos señalar que si bien los precedentes jurisdiccionales que emita el Tribunal Constitucional, deben ser principal fuente de justificación del control difuso administrativo es decir, sirven para poder desarrollar de manera adecuada el ejercicio interpretativo; el Tribunal Fiscal, no debe negar la posibilidad de poder aplicar el control difuso en ausencia de precedentes previos, ya que en los casos de control difuso a pedido de parte, debe recurrir a una interpretación constitucional.

Es ahí donde son de utilidad los criterios y principios interpretativos constitucionales, que si bien son de naturaleza eminentemente constitucional, ello no significa que sean negados para su aplicación en predios administrativos, máxime si estos tienen reconocida la potestad de control de constitucionalidad; siendo así, los criterios y principios interpretativos constitucionales resultan vinculantes para la interpretación que realice el Tribunal Fiscal, dentro de su función “*cuasijurisdiccional*” de control constitucional reconocido por el Tribunal Constitucional.

Es decir, el Tribunal Fiscal, también debe reconocer otros derechos reconocidos por Tribunal Constitucional, tales como los derechos procesales: como es el debido proceso. En donde el Tribunal Constitucional ha desarrollado reiterada jurisprudencia.

En tal sentido, el Tribunal Fiscal no puede dejar de reconocer derechos fundamentales, aunque no sean de naturaleza tributaria, de los que el Tribunal Constitucional haya desarrollado criterios jurisprudenciales.

De otro lado, bajo el control difuso de oficio el Tribunal Fiscal, renovando su ejercicio “*cuasijurisdiccional*”, debe ejercer el control difuso en armonía con interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional en Sentencias o en precedentes vinculantes.

Finalmente, creemos que el control difuso administrativo representa una ruptura a solo interpretaciones literales; así el control constitucional en sede administrativa representa un

claro ejercicio de respeto de la Constitución que vincula al Tribunal Fiscal a tener criterios ponderativos, no bastando meros juicios de subsunción a la ley sin consideración a los principios y valores de la norma fundamental.

d) A MODO DE CONCLUSIÓN

Por todo lo dicho se puede apreciar, que el nuevo Estado constitucional reconoce nuevas jurisdicciones, como es el caso de la jurisdicción administrativa, capaces de concebir interpretaciones jurídicas, acordes con la Constitución. Lo que supone un grado de justificación mayor por parte los intérpretes, utilizando un modelo de argumentación jurídica¹⁹¹ que permitan desarrollar y producir fallos con un grado de legitimidad frente a los ciudadanos, y en caso de los tribunales administrativos frente a sus administrados.

En este sentido, la interpretación como la actividad intelectual del operador jurídico, implica libertad en la elección y aplicación de un método o criterio interpretativo. De ahí, que sea necesario garantizar el espacio de movilidad suficiente en donde el intérprete pueda elegir el sentido y el contenido de las disposiciones constitucionales. El diferente marco normativo dispuesto en la Constitución en muchos casos representa problemas complejos de interpretación, debido al contenido de principios, de normas de carácter abierto o de carácter indeterminado, como indicamos anteriormente, todo ello sirve de fundamento de un marco adecuado para la interpretación que se realice.

En razón a todo lo expuesto, podemos afirmar que los principios y criterios enunciados sirven de límite en la compleja tarea interpretativa, de tal forma que la interpretación constitucional que se aleje de lo cánones jurídicos establecidos, no puede ser entendida como un sentido valido que se pueda extraer de la norma constitucional. En este sentido, el criterio que se impone debe ser dentro de un contexto constitucional preestablecido, suponiendo éste el límite y el espacio de interpretación.

¹⁹¹ La Teoría General del Derecho ha elaborado diversas concepciones del razonamiento jurídico como son: la Tópica de Theodor Viehweg (Vid. VIEHWEG, Theodor, *"Tópica y Jurisprudencia"*.); la Retórica de Chaim Perelman (Vid. PERELMAN, Chaim, *"Tratado de la Argumentación: La nueva retórica"*); la concepción No Formal de Stephan Toulmin (Vid. TOULMIN Stephan, *"The uses of argument"*, Cambridge University Press, 1987.), la Teoría integradora de Neil MacCormick (Vid. MACCORMICK, Neil, *"Legal Reasoning and Legal Theory"*, Oxford University Press, 1978) y la teoría racional de Robert Alexy (Vid. ALEXY, Robert, *"Teoría argumentación jurídica"*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.).

De otro lado, podemos asociar a todo lo indicado que la interpretación de la Constitución resulta ser una interpretación que se complementa con distintos saberes y conocimientos humanos, y un compromiso con el desarrollo de la sociedad en un sentido humanista en amparo de los fines de un Estado constitucional de Derecho, así pues la interpretación constitucional resulta un ejercicio más exigente que cualquier otra norma¹⁹².

En suma, la interpretación constitucional se presenta como un ejercicio complejo en donde se debe integrar diversos elementos e ideologías de un Estado¹⁹³. Implicando una actividad que no se adormece en el tiempo, sino que responde al dinamismo y a la evolución constante de la sociedad; por todo ello, la interpretación constitucional es creativa y ello debido a que se trata de ajustar a la realidad¹⁹⁴.

Por todo lo dicho hasta aquí, podemos afirmar que la Constitución como principal fuente de derechos a través de principios y valores, traduce su fuerza normativa en la actividad interpretativa; actividad que debe ser lo más cuidadosa posible, en atención de todos los criterios y principios esbozados.

Razón por la cual, la labor interpretativa requiere rigurosidad, en afinidad a esto último, el interprete constitucional tiene un baremo de interpretación en el contexto circunstancial de

¹⁹² Como ha referido SACHICA: *“es más exigente la interpretación constitucional que otras [interpretaciones]. Desborda la hermenéutica usual. Porque es fundamental y directora de esta. No es compatible con el formalismo simplista y el apego a lo literal que puede revelar los alcances de las normas fundamentales del Estado. Impone, a más de la técnica jurídica, amplios conocimientos de derecho, una sensibilidad política, un hondo sentido histórico, una visión de futuro, un severo realismo, una postura humanista, una capacidad creadora y una vigorosa orientación ética no comunes.”* (Vid. SACHICA, Luis Carlos. “El control de Constitucionalidad”, Bogotá, Temis, 1989, p.4.)

¹⁹³ Como refiere SACHICA: *“[a]sí las cosas, la Constitución se transforma en un instrumento más de la lucha ideológica. Y su interpretación será liberal, individualista, democrática, pluralista, tolerante y abierta a todas las libertades y oposiciones, intentando el refuerzo del capitalismo, la libre iniciativa, la concurrencia económica, o tendrá sabor socializante, o clasista, para destruir estructuras o construir nuevas estructuras, contra privilegios y monopolios. O estará en el centro, con una concepción integral del hombre, no solo en función económica, colocando su capacidad creativa en la base del sistema, pero no al servicio del mismo.”* (Vid. SACHICA, Luis Carlos. “El control de Constitucionalidad”, Bogotá, Temis, 1989, p.13.)

¹⁹⁴ En tal sentido HESSE ha resaltado: *«[l]a interpretación constitucional es “concretización” (Konkretisierung). Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado de la “realidad” de cuya ordenación se trata (...). En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma. »* (Vid. HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 43.)

cada caso en particular; de tal modo, que el Tribunal Fiscal viene a ser revisor constitucional de la legislación errática, ahí radica su tarea de control.

Ello no significa que la interpretación constitucional opere de manera arbitraria, todo lo contrario la interpretación constitucional supone un ejercicio de ponderación equilibrando los intereses de naturaleza individual frente al interés de carácter social común¹⁹⁵. En efecto, la interpretación que se pueda realizar de los principios es de carácter ponderativo, que representa el método eficaz de salvar el conflicto entre principios¹⁹⁶.

De igual modo, el principio de *interpretación conforme a la Constitución* viene a constituir un límite que obliga al intérprete a salvar la norma controlada, en sustento del respeto del Poder Legislativo. En tal sentido el intérprete, no debe pretender inaplicar una norma por su aparente oposición a la Constitución, sino que debe preferir complementar dicha norma, auxiliando al legislador. Dotando de contenido constitucional a la norma controlada.

En un Estado constitucional de Derecho la tarea interpretativa se muestra como una labor innovadora: el intérprete tiene como marco en su tarea de dar significado a la ley en un contexto social e histórico, teniendo siempre como fin la promoción y protección del individuo, frente a los intereses colectivos arbitrarios, es decir no justificados.

III. EL CONTROL DIFUSO COMO FACULTAD EN EL TRIBUNAL FISCAL

Después de la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC en la que el Tribunal Constitucional se encargó en reconocerles competencia a todos los tribunales administrativos que tuvieran alcance nacional y que se encuentren suscritos al Poder Ejecutivo; pues bien, todos los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional son colmados por el Tribunal Fiscal.

¹⁹⁵ Respecto al equilibrio interpretativo SACHICA ha dicho: “[e]l intérprete ha de conciliar [en] estos términos: las prerrogativas del Estado, los derechos y las libertades individuales y el interés social.” (Vid. SACHICA, Luis Carlos. “El control de Constitucionalidad”, Bogotá, Temis, 1989, p.12.)

¹⁹⁶ Como ha descrito PRIETO SANCHÍS: « [l]a ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflicto entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constitutiva puede formularse así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción de otro.” » (Vid. PRIETO SANCHÍS, Luis. “Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, Lima, Palestra Editores, 2002, p. 136.)

En efecto, al tratarse de una dependencia que tiene competencia sobre todos los casos impugnados ante la Administraciones Tributarias, esto es ser la última instancia dentro del procedimiento contencioso tributario, el Tribunal Fiscal es el órgano encargado en última instancia de efectuar la justicia administrativa.

Asimismo, el Tribunal Fiscal es un Órgano de la Administración, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, es decir que cumple con ser un Tribunal Administrativo suscrito al Poder Ejecutivo.

Siendo así se puede esperar que el Tribunal Fiscal, gracias a la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC alcanza a ser competente para aplicar el control difuso sobre las leyes, cumpliendo así con la supremacía constitucional, que permiten alcanzar un grado de justicia administrativa en armonía con un Estado constitucional, de esta manera el principio de legalidad re-evolucionan en manos del Tribunal Fiscal.

Sin embargo, existen muchas dificultades que hacen difícil su aplicación, es el caso de la independencia, con la que aún no cuenta el Tribunal Fiscal ya que es un órgano que no tiene la suficiente garantía frente a la presión política de la que puede ser objeto, siendo así los miembros del Tribunal Fiscal no cuenta con el suficiente respaldo, por lo menos legal, que le permitan ser libre de cualquier interferencia.

Tal como hemos visto, el procedimiento de nombramiento y ratificación de sus miembros depende directamente de la discrecionalidad del titular del pliego, del Ministerio de Economía y Finanzas, en este sentido, se requieren disposiciones lo suficientemente claras, con requisitos tasados y una elección de carácter público y efectividad de las normas¹⁹⁷.

De otro lado, dada la actual configuración del Tribunal Fiscal, en su actual estructura, no se encontraría en capacidad de poder ejercer un control de constitucionalidad de manera idónea. Ello debido a que no cuenta con un área especializada en materia constitucional.

¹⁹⁷ No obstante el actual procedimiento de nombramiento y ratificación de miembros del Tribunal Fiscal ha sido regulado por el Decreto Supremo N° 097-2002-EF, el mismo ha venido aplicándose, recientemente, en los últimos concursos para relatores y vocales.

Así, la Administración ha venido reconociendo a la Constitución como norma suprema dentro del ordenamiento jurídico, no obstante la concretización de su contenido ha sido tímida, por decirlo de algún modo y no pocas veces esquivo, en el procedimiento administrativo¹⁹⁸. Llegando a crear una división del ordenamiento jurídico en su conjunto y la Constitución (Vid. RTF 00650- 4-2005). En consecuencia, la Administración ha ido interpretando de manera poco consistente las normas y autos que le ha tocado observar.

IV. ANÁLISIS DE LOS FALLOS DEL TRIBUNAL FISCAL

Bajo el panorama descrito, y admitido que a pesar de existir ciertos vacíos normativos y procedimentales que hagan viable un debido control de constitucionalidad por parte del Tribunal Fiscal, nuestro trabajo de investigación pretende mostrar un análisis de las resoluciones del Tribunal Fiscal, en los que haya ejercido el control difuso.

Es preciso anotar que el siguiente análisis se hace bajo las potestades y competencias fijadas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N°3741-2004-AA/TC y su Resolución Aclaratoria; con la finalidad de analizar el grado de cumplimiento por parte del Tribunal Fiscal, como Tribunal Administrativo competente para ejercer el control difuso.

A continuación pasamos a ver cómo se viene aplicando el control de constitucionalidad por parte de Tribunal Fiscal Peruano:

a. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL FISCAL (EN ADELANTE RTF) N° 11353-2-2007

- Hechos

El recurrente apela un conjunto de resoluciones de determinación y de multa, y alega como parte de su defensa la vulneración al derecho a un “*debido proceso*” y al “*principio de legalidad*”. Por lo que solicita la aplicación del control difuso de oficio por parte del

¹⁹⁸ Tal como señala DEL POZO: “*en la doctrina administrativa, no se discute el carácter de norma suprema de la Constitución. sin embargo, nos parece que – aún reconociendo la eficacia normativa de la Constitución– la dogmática administrativa, no se plantea una real integración entre el Derecho Administrativo y los principios y derechos fundamentales en el marco de un procedimiento administrativo.*” (Vid. DEL POZO, Claudia. “*Control difuso y procedimiento administrativo*”, Lima, Palestra Editores, 2005. p. 106.)

Tribunal Fiscal; al no haberse respetado la Constitución, siendo que los distintos actos emitidos por la Administración son inválidos por apoyarse en normas inconstitucionales.

La Administración Tributaria no se pronuncia sobre la invocación del control difuso de parte, presumiéndose que para la misma no existía vulneración a derecho alguno, pues sus actos fueron conforme a ley.

El Tribunal Fiscal niega que se trate de un caso que amerite la aplicación del control difuso, en razón a no haberse especificado o determinado el acto contrario a la Constitución, siendo un alegato ausente de contenido; así señala:

“Que respecto a la vulneración al debido procedimiento y a la aplicación del control difuso alegados por el recurrente, cabe señalar que éste no identifica acto alguno mediante el cual se haya vulnerado dicho derecho, ni ha señalado la norma inconstitucional, cuya inaplicación debe ser realizada por el Tribunal Fiscal, por lo que no son atendibles las alegaciones efectuadas.”

- **Análisis de la Resolución**

Conforme hemos establecido el control difuso supone el quebrantamiento de una norma (principio o regla) de carácter constitucional, por parte de otra norma de menor jerarquía, es decir, solo se hace necesario el control constitucional cuando existe una norma que sea, evidentemente, contraria a la Constitución.

En tal sentido, para el Tribunal Fiscal en el caso en autos no existiría una material vulneración a la norma constitucional por parte de una norma infralegal, sino más bien se estaría frente a un acto de la Administración activa, que presuntamente vulneraría principios constitucionales, como es el caso del “*debido proceso*” o del “*principio de legalidad*”.

En efecto, si bien es cierto estamos frente a un derecho fundamental, como es el debido proceso, en el caso no se exponen mayores argumentos que evidencien un agravio específico de algún derecho constitucional procesal vulnerado, que resultara contrario a la

Constitución, por lo que no sería viable el ejercicio del control constitucional, por parte del Tribunal Fiscal.

Para el Tribunal Fiscal, el argumento que la Administración sea cuestionada en un conjunto de actos, no hace evidente que sus actos sean contrarios a la Constitución; más aún, si se tiene en cuenta que es una de las partes la que invoca el control difuso, debe ser ésta la que fundamente, señalando de manera específica en qué radica la vulneración a principios constitucionales y el agravio material.

Así, se puede concluir del caso que no está dentro de las atribuciones cuasijurisdiccionales del Tribunal Fiscal llevar un análisis constitucional en casos no fundamentados.

b. RTF N° 03751-5-2008

- **Hechos**

El recurrente apela una Resolución de Intendencia, por la que se dispone el cierre de temporal de establecimiento, en razón de haber incurrido por segunda vez en la infracción de no expedir comprobante de pago. A raíz de la posterior reclamación por parte del contribuyente, de dicha Resolución de Intendencia, éste perdía el beneficio de gradualidad en la sanción, por lo que le correspondía una sanción doble del número de días de cierre.

El recurrente alega que la infracción se configuro bajo circunstancias ajenas a su voluntad, pues los comprobantes de pago estaban en proceso de impresión.

El Tribunal Fiscal se pronunció sobre la legalidad de la gradualidad de sanciones reglamentadas por SUNAT, aplicando para ello el control difuso de oficio, señalando:

« Que el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el expediente N° 1803-2004-AA/TC, declaró inaplicable la disposición del régimen de gradualidad de sanciones aprobado por la SUNAT, que establecía la perdida de los beneficios de gradualidad si habiendo impugnado la resolución que establece la sanción, el órgano resolutor mantiene en su totalidad y ésta queda firme o consentida en la vía administrativa, por resultar violatoria del derecho de defensa reconocido en el

numeral 14) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú y de la garantía que impide la reforma peyorativa o “reformatio in peius”.

Que de acuerdo con lo expuesto, corresponde que este Tribunal en el mismo sentido inaplique al caso de autos el numeral 9,3) del Artículo 9 de la Resolución N°00026-1- 2007 del 5 de enero de 2007. »

- Análisis de la Resolución

Como se puede apreciar el Tribunal Fiscal expone sus argumentos vía la motivación de la Sentencia del Tribunal Constitucional, revocando la Resolución que determinaba la pérdida del régimen de gradualidad de la sanción de oficio, en merito a lo establecido en por el Tribunal Constitucional.

Pues, en efecto la Resolución de la Administración que recortaba el beneficio de gradualidad, por el hecho de reclamar la Resolución Sancionatoria, indirectamente limitaba el derecho de impugnación del Administrado; pues si se ejercía el derecho de impugnación; el beneficio de gradualidad en la sanción se perdía, en consecuencia, se aumentaba los extremos de la sanción; lo que llevaba a un resultado más perjudicial al administrado.

Siendo la reforma peyorativa contrario a derechos fundamentales, como es el de igualdad y el derecho a la impugnación; el Tribunal Constitucional estableció que la perdida al Régimen de gradualidad por el hecho de impugnar era contraria a la Constitución, por lo que obligó a la Administración Tributaria inaplicar dicha resolución.

De manera que el Tribunal Fiscal en este caso cumple con aplicar el control difuso administrativo, reconocido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC y su Resolución aclaratoria; pues, reconoce la fuerza vinculante de un pronunciamiento del intérprete constitucional, en salvaguarda de derechos protegidos por la Constitución.

c. RTF N° 11366-4-2007

- **Hechos**

El recurrente, solicita las nulidades de las resoluciones y requerimientos expedidos por la Administración Tributaria dentro de un proceso de fiscalización, como también de la resolución de multa. Como parte de su alegato invoca el ejercicio del control difuso por parte del Tribunal Fiscal, a raíz de un quebrantamiento del principio de legalidad y al debido proceso; apoyándose en el artículo 102 del Código Tributario y a la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC y su resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional; por lo que debe aplicarse la norma de mayor jerarquía que es la Constitución.

El Tribunal Fiscal se niega a efectuar un control difuso por no encontrar sustento en el alegato del recurrente:

“Que con relación a la vulneración al debido procedimiento en la apelada y a la aplicación del control difuso alegados por el recurrente es preciso mencionar que éste no señala expresamente en qué consistió la vulneración al procedimiento, así como tampoco la norma inconstitucional, cuya inaplicación debe ser realizada por el Tribunal Fiscal, por lo que no son atendibles las alegaciones efectuadas”

- **Análisis de la Resolución**

El Tribunal Fiscal entiende que en los casos en los que no se haya establecido de manera clara y objetiva la vulneración de derechos, como el derecho al debido proceso, no es aplicable control difuso alguno. Implantando como presupuesto, al ejercicio del control difuso administrativo, la necesidad de probar la supuesta vulneración a derechos fundamentales.

Nuevamente, nos encontramos ante una invocación de control difuso sin precisar el acto o actos vulneratorios al orden constitucional. Se puede entender que en aplicación de la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC y su Resolución Aclaratoria, no es de fácil interpretación por parte de los administrados, pues el control difuso no debe entenderse como una facultad exorbitante –teniendo en cuenta el principio interpretativo constitucional de conservación–.

De manera que por la Resolución analizada, el control difuso administrativo es entendido por Tribunal Fiscal como una potestad debidamente delimitada. Pues, aunque existan posiciones desacordes a la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC y resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional, no es correcto intentar sobrepasar los límites actuales del control constitucional administrativo; y ésta pareciera ser la interpretación que viene asentándose en el Tribunal Fiscal.

d. RTF N° 01462-5-2007

- Hechos

El recurrente impugna una determinación de renta ficta de primera categoría, por arrendamientos presuntos de bienes inmuebles, en atención a ello indica que los valores emitidos por SUNAT son nulos; por no cumplirse con lo prescrito por el numeral 2 del artículo 62 del Código Tributario; ello debido a que no se consideraron los tres días mínimos que ha establecido el Tribunal Fiscal en sus anteriores pronunciamientos.

Por ello, el contribuyente solicita que se le aplique el control difuso al haberse vulnerado los principios de legalidad y debido procedimiento establecidos tanto en el Código Tributario como en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

El Tribunal Fiscal una vez más niega el control difuso bajo el siguiente argumento:

“Que respecto a la vulneración al debido procedimiento y a la aplicación del control difuso alegados por el recurrente, cabe señalar que éste no identifica acto alguno mediante el que se haya vulnerado dicho derecho ni ha señalado la norma inconstitucional cuya inaplicación debe ser realizada por el tribunal fiscal, por lo que no son atendibles a las alegaciones efectuadas.”

- Análisis de la Resolución

Es reiterativa la posición del Tribunal Fiscal, en cuanto a no aplicar el control difuso, si no se señala el acto que causa agravio y no se especifica la norma constitucional vulnerada. Aunque el Tribunal Fiscal no lo diga, éste considera que no está bajo su competencia el aplicar el control difuso, frente a la carencia argumentativa del Administrado.

Ahora bien, no obstante la ausencia de especificación del acto que cause agravio constitucional, el recurrente fija su pedido en la no observancia del debido procedimiento y la falta de cumplimiento al principio de legalidad.

En tal sentido entendiendo que el supuesto resquebrajamiento del debido proceso se enmarcaría en la falta de plazo razonable, dentro del procedimiento de fiscalización; este debe analizarse en cada caso concreto, para precisamente fundamentar su razonabilidad; por ello resulta congruente no aplicar el control difuso bajo el fundamento del debido proceso por falta de un plazo razonable; puesto que no se señala en específico cuál es el acto que vulnera la garantía.

e. RTF N° 01202-2-2008 (RESOLUCIÓN DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA)

- Hechos

En cumplimiento del Decreto de Urgencia N° 104-2001: que establecía que por razones de interés nacional o necesidad pública, el Estado mediante Decreto Supremo podía fijar tarifas mínimas del servicio de transporte. Es así que en uso de dicho dispositivo, el Ministerio de Transporte vía Decreto Supremo N° 049-2002-MTC estableció los costos mínimos del servicio de transporte, seguidamente por el Decreto Supremo N° 004-2003-MTC se implantó en diez por ciento (10%) la banda de variación porcentual mínima y máxima de costos. Los mismos que deberían consignar los montos del servicio prestado, como un requisito de los comprobantes de pago, en la Guía de Remisión.

Acorde a dichas disposiciones emitidas Ministerio de Transporte, la Administración Tributaria mediante la Resolución de Superintendencia N° 004-2003-SUNAT introdujo como requisito de la Guía de Remisión la consignación de los montos mínimos del servicio prestado.

Más adelante, El Tribunal Constitucional por la Sentencia N° 0008-2003-AI/TC advirtió la inconstitucionalidad del Decreto de Urgencia N° 140-2001, como de todo el conjunto de normas conexas que se habían dictado para su cumplimiento. En tal sentido, el Ministerio de Transportes derogó dicha norma como a todas las disposiciones conexas; dicha

derogación incluyó la regulación de la Guía de Remisión en el Reglamento de los Comprobantes de Pagos (Resolución N° 007-99/SUNAT).

No obstante, la Administración Tributaria bajo la vigencia de los Decretos Supremos emitidos por el Ministerio de Transporte multó a los transportistas que no hubiesen consignado los montos mínimos en la Guía de Remisión.

El transportista reclama la resolución de multa alegando que la Guía de Remisión no constituye un documento de valor referencial; pues su finalidad tradicional es la de describir los bienes que se transportan. En el mismo sentido alega, que las normas expedidas por el Ministerio de Transportes generan distorsión en el extremo de exigir un costo mínimo de los bienes transportados.

Igualmente, invoca la aplicación del control difuso, pues dichas normas dictadas por el Ministerio de Transporte fueron declaradas inconstitucionales

La Administración Tributaria alega que las infracciones del recurrente, relacionadas con la Guía de Remisión, fueron cometidas con anterioridad al conjunto de derogaciones (resultado de la Sentencia del Tribunal Constitucional) por lo que su actuación era conforme a ley.

Aquí el Tribunal Fiscal se encontraba en el problema de determinar la aplicación temporal del fallo del Tribunal Constitucional, si era o no aplicable para procedimientos administrativos en trámite, que aún no se encontraban concluidos.

Así, mediante acuerdo de Sala Plena, en cuanto a la derogación tácita concluye que:

« [S]i bien el Tribunal Constitucional no hizo referencia a las normas vinculadas al decreto de urgencia que fue declarado inconstitucional, debe tenerse en cuenta que conforme se ha expresado en la Sentencia N° 0012-2005-AI de 26 de setiembre de 2005, en aplicación del artículo 78 del Código Procesal Constitucional, la declaración de la inconstitucionalidad de las normas conexas resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico. Ello quiere decir que los efectos de una norma dictada en un proceso de inconstitucionalidad, se extiende a las normas que, como

es el caso de los decretos supremos y del requisito del “costo mínimo” a los que se refieren los numerales 2.16 y 3.15 del artículo 19 del reglamento de comprobantes de pago, se encuentran ligadas por conexión o consecuencia declarada contraria a la Constitución, aunque no hayan sido materia del petitorio del proceso de inconstitucionalidad. »

Más adelante, en cuanto a la aplicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional dijo:

«[P]or expreso mandato del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la Sentencia 3741-2004-AA/TC aclarada por la Resolución publicada el 6 de noviembre de 2006, este Tribunal, en el supuesto bajo análisis, está obligado a implicar los efectos jurídicos de las normas inconstitucionales antes descritas (artículo 4 del Decreto de Urgencia N°140-2001 y los Decretos Supremos N° 049-2002-MTC y 021.2003-MTC, así como de los numerales 2.16 y 3.15 del artículo 19 del Reglamento de Comprobantes de Pago), debido a que contravienen a disposiciones constitucionales. En consecuencia le corresponde a este Tribunal inaplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de normas que hayan sido declaradas inconstitucionales, como sucede en el caso de aquellas infracciones cometidas y sancionadas antes de que surtiera el efecto la Sentencia declaratoria de inconstitucionalidad, cuyas impugnaciones en sede administrativa aún no han concluido, lo que no supone la aplicación retroactiva de los efectos de esta última Sentencia.»

(...)

«De la lectura conjunta [de las] normas [referentes a la irretroactividad de las Sentencias del Tribunal Constitucional] se aprecia que son efecto de la irretroactividad de las Sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el impedimento para reabrir procesos fenecidos (salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución) y la no revivencia de normas (es decir las normas que fueron derogadas por inconstitucional, no recobran vigencia), en consecuencia, los efectos

de las Sentencias que declaran la inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma alcanzan a los procedimientos y procesos que aún se encuentren en trámite y que no cuenten con una resolución firme y consentida. Lo contrario conllevaría a la inaplicabilidad del artículo VII del Código Procesal Constitucional, el cual establece que las Sentencias del Tribunal Constitucional que adquieran la calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo.

“Además, debe tenerse en cuenta que para un caso concreto, el control difuso de la constitucionalidad que ejerce el Tribunal Fiscal a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 3741-2004-AI/TC, aclarada por la Resolución publicada el 6 de noviembre del 2006, implica la evaluación de conformidad de una norma respecto de la Constitución para proceder a su inaplicación, si se aprecia que dicha conformidad no existe.

En tal sentido, lo que corresponde es realizar el mencionado análisis para cada caso en concreto en las que haya impuesto sanciones por incurrir en las infracciones tipificadas en los numerales 3) y 6) del artículo 174 del Código Tributario, debido a la falta de consignación del costo mínimo en las guías de remisión, para lo cual se debe tomar en cuenta la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional de las normas en las que se sustentó la Administración Tributaria, y proceder a inaplicarlas al contravenir la Constitución, lo que en modo alguno implica la aplicación retroactiva de la Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC.”»

Concluyendo:

“La declaración de inconstitucionalidad de artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140- 2001, establecida en la Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, conlleva a la inaplicación de los numerales 2,16 y 3,15 del artículo 19 del Reglamento de Comprobantes de Pago, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 004-2003-SUNAT y N° 028-2003-SUNAT, tratándose de las infracciones previstas en los numerales Decreto Supremo N° 135-99-EF, cometidas

y sancionadas antes de que surtiera efecto la citada Sentencia, cuyas impugnaciones en sede administrativa aún se encuentra en trámite.”

- **Análisis de la Resolución**

De lo concluido se puede ver que el Tribunal Fiscal por medio de una decisión de Sala Plena asume que la Sentencia del Tribunal Constitucional es aplicable para los procedimientos que se encuentran en trámite. La decisión deja ver la posición garantista del Tribunal Fiscal, frente a una negativa de la Administración gestora de aplicar el fallo del Tribunal Constitucional a procedimientos en trámite.

Ello no debe entenderse como una aplicación retroactiva de la Sentencia del Tribunal Constitucional, pues las Sentencias que emite el Tribunal Constitucional, son de aplicación a situaciones y relaciones vigentes. O en otros términos a situaciones no definidas, lo que procesalmente puede entenderse a situaciones con un pronunciamiento definitivo (cosa juzgada o cosa decidida); en efecto, pues mientras no exista un pronunciamiento definitivo, no se puede entender que se varíe una situación, pues ésta aún no tiene un carácter determinado; por lo que puede y debe aplicarse el criterio del Tribunal Constitucional

También, es importante el criterio de inconstitucionalidad por conexidad, por la que asume el Tribunal Fiscal, que la regulación de las Guía de Remisión en el Reglamento de los Comprobantes de Pagos (Resolución N° 007-99/SUNAT); era igualmente incompatible a la Constitución; por tratarse de una norma complementaria al marco normativo del Ministerio de Transportes (Costo mínimo del servicio de transporte), que fue declarado inconstitucional.

De otro lado, se puede apreciar que el Tribuna Fiscal cumple formalmente con acatar el control difuso asignado por el Tribunal Constitucional vía su Sentencia N° 3741-2004-AA/TC con lo que concluyó en la inaplicación de una norma que resultaba contraria al sentido interpretativo que había realizado el Tribunal Constitucional previamente. Anticipándose al carácter de cosa decidida.

Finalmente, cabe destacar el rol asumido por el Tribunal Fiscal, a pesar de existir argumentos para asumir una posición contraria. El Tribunal toma una decisión saludable

acorde con un procedimiento garantista, bajo un nuevo rol que implica la justicia administrativa inaplicando una Resolución de la Administración gestora, que resultaba inconstitucional por conexidad.

f. RTF N° 01509-4-2008

- **Hechos**

El recurrente apela una Resolución de Multa, por la que se le impone una sanción por incumplimiento de los requisitos de Guía de Remisión, por no consignar el monto mínimo del servicio. El recurrente alega, que la sanción impuesta es inconstitucional por vulnerar los 74 y 118, en su numeral 19, de la Constitución, asimismo agrega como parte de sus argumentos la declaración del Tribunal Constitucional.

En el presente caso el Tribunal Fiscal se encontraba frente a un caso análogo al de la RTF N° 01202-2-2008 (sobre la inconstitucionalidad del Decreto de Urgencia N° 140-2001), por lo que termina inaplicando en marco regulatorio, así dispuso:

“Que al respecto, este Tribunal en la Resolución N° 01202-2-2008 de 30 de enero de 2008, que constituye precedente de observancia obligatoria, ha señalado que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001, establecido en la Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, conlleva a la inaplicación de los numerales 2.16 y 3.15 del artículo 19 del Reglamento de Comprobantes de Pago aprobado por la resolución de Superintendencia N° 004-20003-SUNAT y 028-2003-SUNAT, tratándose de las infracciones previstas en los numerales 3 y 6 del artículo 174 del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por el Decreto Supremo N° 135-99-EF, cometidas y sancionadas antes de que surtiera efecto la Sentencia, cuyas impugnaciones en sede administrativa aún se encuentran en trámite (...)”

- **Análisis de la Resolución**

Conforme se puede apreciar, el Tribunal Fiscal apoya íntegramente su decisión, en amparo a su precedente de observancia obligatoria; con el criterio de inaplicación de normas

inconstitucionales por conexidad, por la que se reconoce, también, como inconstitucional, el marco regulatorio de la consignación del costo mínimo del servicio en la Guía de Remisión.

Otro punto interesante de la Sentencia es la aplicación de un control difuso de oficio por parte del Tribunal Fiscal, pues el recurrente no es quién solicita el control difuso. Facultad permitida, excepcionalmente, en la Sentencia N° 3741-2004-AI/TC; ya que se encontraba en el supuesto de una declaración previa del Tribunal Constitucional por la que se determinó la inconstitucionalidad del Decreto de Urgencia que dio pie a todo el marco regulatorio de las Guías de Remisión.

g. RTF N° 00121-4-2007

- **Hechos**

El recurrente apela las Resoluciones de Determinación y de Multa, en cuanto al cobro del pago omitido del Impuesto Mínimo a la Renta, alega que no procede su cobranza porque dicho impuesto desnaturaliza el Impuesto a la Renta pues no grava el beneficio o la ganancia, solicitando al Tribunal Fiscal que aplique principios de alcance general que contengan las resoluciones de acción de amparo, así como el principio de economía procesal.

Asimismo sostiene que el Impuesto Mínimo a la Renta vulnera los principios de respeto de los derechos fundamentales de los contribuyentes y no confiscatoriedad consagrados en el artículo 74 de la Constitución.

La Administración sostiene que como resultado de la fiscalización realizada emitió una Resolución de Determinación por la que reparó la omisión del pago del Impuesto Mínimo a la Renta como parte de los valores emitidos, conforme a ley.

En tal sentido el Tribunal Fiscal consideró:

“Que de conformidad con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia del 14 de noviembre de 2005 y su aclaratoria del 13 de octubre de 2006, y dado que el Tribunal Fiscal es un órgano colegiado de la Administración pública

que imparte justicia administrativa de carácter nacional, corresponde a éste la facultad y el deber de inaplicar una disposición infraconstitucional que vulnera manifiestamente en los términos señalados en la referida Sentencia;

Que al respecto cabe señalar que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia tal como las Sentencias recaídas el los Expedientes N°s 0646-1996-A/TC, 0917-2003-AA-TC, 0676-2005-PA/TC, entre otras, ha dejado establecido que el Impuesto Mínimo a la Renta es inconstitucional por violar el principio de no confiscatoriedad de los tributos y que tal inconstitucionalidad radica en que en el seno de una ley, como el Decreto Legislativo N° 774, destinada a gravar la renta se termine gravando la fuente productora de la misma, en ese sentido la incongruencia de un medio (el impuesto mínimo a la renta) con los fines que perseguía el legislador tributario (gravar la renta) es lo que en dicho caso se consideró inconstitucional , por lo tanto no importa si la empresa ha generado beneficios ganancias o rentas o si ha incurrido en pérdidas, la aplicación de los artículos del Decreto Legislativo N° 774 referidos al impuesto mínimo a la renta no pueden surtir efectos;

Que en tal sentido, estando a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que se ha evaluado la constitucionalidad del impuesto mínimo a la renta en mérito a procesos de amparo planteados por diversos contribuyentes, corresponde revocar la apelada en tal extremo, debiéndose dejarse sin efecto la determinación del impuesto Mínimo a la Renta de los ejercicios 1996 y 1997, debiendo la Administración a proceder a la determinación el Impuesto a la Renta-Régimen General que corresponda de acuerdo a ley.”

- Análisis de la Resolución

El Tribunal Fiscal no reconoce como válida la aplicación del Impuesto Mínimo a la Renta, en virtud a pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional. Declarando fundada la apelación del contribuyente.

Se pudo apreciar el grado vinculante que adquieren para el Tribunal Fiscal las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional. Pues, en el caso del Impuesto Mínimo a la Renta la Administración actuó en estricto cumplimiento de la ley, sin embargo, dicho cobró resultaba contrario al principio constitucional de no confiscatoriedad, por lo que el hecho imponible vulneraba la Constitución.

En efecto, pues para el Tribunal Constitucional el Impuesto Mínimo resultaba confiscatorio en el sentido de tributar sin importar los ingresos efectivos de los contribuyentes; con lo que potencialmente pudiese trastocarse la fuente productora de renta. Es decir que al no considerarse el verdadero ingreso o ganancia de una empresa lo que se hacía era restarle importancia al mantenimiento de la fuente productora de la renta.

En razón a ello, el Tribunal Fiscal considero justificado el control difuso de oficio; pues a pesar de existir invocación de principios constitucionales en el alegato del contribuyente, éste no hace explícito su pedido de aplicación de control difuso.

De este modo el Tribunal Fiscal da cumplimiento a pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad del Impuesto Mínimo a la Renta. Asimismo, apoyándose una vez más en la Sentencia N° 3741-2004-AI/TC y en su resolución aclaratoria, ejercita su facultad de control difuso.

h. RTF N° 05649-4-2007

- Hechos

En virtud del Decreto Legislativo N° 774 Ley del Impuesto a la Renta, se estableció que para el ejercicio gravable de 1998 el impuesto de los perceptores de tercera categoría no podría ser menor al 2% de sus activos netos; es así que el artículo 114 de la referida ley se estableció que los pagos a cuenta, de dichos contribuyentes, no podían ser menores a un dozavo del Impuesto Mínimo que les correspondiera pagar por dichas rentas en el ejercicio, para lo cual debería comparar mensualmente el monto determinado de acuerdo con las normas del régimen general; y, el monto determinado por aplicación de las normas del Impuesto Mínimo, debiendo abonar el que resultara mayor.

En cumplimiento de dicho marco legal, el contribuyente recurrente, explica que cumplió con el pago a cuenta del Impuesto Mínimo a la Renta del periodo de 1998, no obstante de arrojar pérdidas. Fue después de sucesivas Sentencias del Tribunal Constitucional que declararon la inaplicación de las disposiciones del Impuesto Mínimo a la Renta a empresas que arrojan pérdidas que el contribuyente concluyó que sus pagos a cuenta realizados eran indebidos.

Fue así que, el recurrente planteó acciones de amparo en contra de los pagos a cuenta del Impuesto Mínimo a la Renta ante el Tribunal Constitucional, las mismas que fueron declaradas fundadas en dicho fuero (Expedientes 1136-2001-AA/TC y 1819-02-AA/TC); en tal sentido, el recurrente solicita la devolución de lo pagado a la Administración en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional.

Por su parte la Administración señaló que se encuentra ante el imperativo de dar cumplimiento a la Ley del Impuesto a la Renta que regula el Impuesto Mínimo a la Renta, pues de no hacerlo se irrogaría indebidamente el control de la constitucionalidad de normas, el cual es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, por lo que declaró improcedente la devolución, el mismo que fue reclamado y posteriormente apelado por el contribuyente.

El Tribunal Fiscal en amparo de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, además de su criterio establecido en la RTF N° 0121-4-2007, resolvió:

“[L]a resolución expedida por el Tribunal Constitucional emitida el 6 de diciembre del 2002 en el Expediente N° 1819-02-AA/TC, referido a la Acción de Amparo de la propia recurrente respecto del Impuesto Mínimo a la Renta correspondiente al mes de enero del 2001, en la que considerando que la recurrente mostraba una situación de pérdida, esto es, de ausencia de utilidades, conforme a la jurisprudencia del Tribunal, y en particular, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1136-01-AA/TC, frente al supuesto de pérdida económica de una empresa, señala que el cobro del Impuesto Mínimo a la Renta resulta confiscatorio, puesto que se estaría aplicando la intangibilidad del capital empresarial, declarando fundada la Acción de Amparo interpuesta (...)”

(...)

“Que en tal sentido estando a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que se ha evaluado la constitucionalidad del Impuesto Mínimo a la Renta en mérito a procesos de amparo planteado por diversos contribuyentes, así como al criterio establecido en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 0121-4-2007, corresponde revocar la Resolución de Intendencia N° 0850140000262/SUNAT, debiendo la Administración proceder a efectuar la devolución solicitada, previa verificación de los pagos efectuados por la recurrente...”

- Análisis de la Resolución

Tal como se puede apreciar el Tribunal Fiscal cumple con el control difuso de oficio en base a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. No obstante, al margen del caso evaluado los fallos que emite el Tribunal Constitucional solo vienen cumpliéndose por los Tribunales Administrativos –como es el caso del Tribunal Fiscal-, y no por la misma Administración gestora, ya que por una incorrecta interpretación, de la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC y su resolución aclaratoria, los funcionarios públicos no estarían vinculados a los fallos del Tribunal Constitucional, es decir se materializaría una vinculación de los fallos del Tribunal Constitucional a medias.

En tal sentido, se puede desprender del resumen de los hechos, que la Administración alega el debido cumplimiento de la ley para el cobro del Impuesto Mínimo a la Renta. Como se desarrolló en el primer capítulo, el principio de legalidad es el principal argumento para inaplicar interpretaciones constitucionales en un Estado legal de Derecho. Empero, en un Estado constitucional de Derecho el principio de legalidad cambia, ampliando su radio de acción al respeto de la Constitución en sujeción al principio de Supremacía Constitucional.

También se puede sumar a lo dicho, una incorrecta interpretación de la Sentencia N° 3741-2004-AI/TC y su resolución aclaratoria; pues, como se advierte de los fundamentos expuesto por la Administración Tributaria, el control constitucional es tarea exclusiva del

Tribunal Constitucional, y no reconoce su implicancia dentro de un procedimiento administrativo contencioso tributario.

Lo que devela que la fuerza vinculante de la Constitución frente a la Administración gestora, no sería reconocida, lo que significa que, a pesar de haber interpretaciones constitucionales que adviertan inconstitucionalidad de normas infralegales a la Constitución, no serían vinculantes para la Administración gestora, sino que se espera que sea el Tribunal Fiscal el encargado de declarar su inaplicabilidad.

i. RTF N° 00836-1-2007

- Hechos

La Administración Tributaria intervino un local por medio de su fedatario fiscalizador, comprobando que el contribuyente no cumplía con emitir comprobantes de pago por sus operaciones gravadas. Dejándose constancia de tal hecho en el acta probatoria. Por lo que se emitió una Resolución de Superintendencia por la que estableció el cierre del establecimiento comercial del contribuyente. La Administración en atención a la reclamación del sancionado, estableció la pérdida del régimen de gradualidad de sanciones.

El contribuyente apela al Tribunal Fiscal, arguyendo que él había emitido el comprobante de pago, y que dicho acto no fue debidamente valorado por la Administración Tributaria; por no considerar su declaración. Por lo que considera que se ha vulnerado el derecho a la igualdad, dispuesto en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, en consecuencia solicita la aplicación del control difuso frente al Decreto Supremo N° 086-2003-EF (Reglamento del Fedatario Fiscalizador).

El Tribunal Fiscal, hace dos interesantes análisis: el primero; referido a la aplicación del control difuso por vulnerarse el derecho a la igualdad, estableciendo:

«Que en cuanto a la vulneración al derecho: “a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”, consagrado en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, cabe señalar que el hecho que el

citado Reglamento del Fedatario Fiscalizador, aprobado por Decreto Supremo N° 086-2003-EF y modificado por Decreto Supremo N° 101-2004-EF establezca que una de las funciones del fedatario fiscalizador es dejar constancia de las acciones u omisiones que importen la comisión de las infracciones tributarias a que se refiere el artículo 174 del Código Tributario, para lo cual se establece que el acta probatoria expedida por dicho fedatario en ejercicio de sus funciones tenga la calidad de documento público, no vulnera de modo alguno el invocado derecho a la igualdad ante la ley, debiendo advertirse que dicha facultad no significa discriminación alguna con relación a los contribuyentes, careciendo igualmente de sustento la pretendida equivalencia legal entre lo consignado en un acta probatoria por un fedatario fiscalizador en ejercicio de sus funciones (entre las cuales se encuentra dejar constancia de la comisión de infracciones), y las afirmaciones no acreditadas de los contribuyentes....»

El segundo análisis que a continuación realiza el Tribunal Fiscal es con respecto a la pérdida de gradualidad de las sanciones, en tal sentido argumenta que el Tribunal Fiscal se encuentra sometido a lo dispuesto por la Primera Disposición Final de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la que señala:

“[L]os Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.”

De igual forma no deja de citar el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que estipula la interpretación constitucional en base a las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional, finalmente cita su poder de realizar control difuso oficio.

De tal manera establece:

«Que en el expediente N° 1803-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional, respecto a la pérdida de la gradualidad de las sanciones por haberse impugnado el acto administrativo que la contiene, ha señalado, entre otros, que:

“(…)el derecho de impugnar la decisión de la Administración – o derecho de recurrir – ha quedado sin contenido al establecerse con su ejercicio una sanción que, además de desproporcionada (...), ha terminado por conculcarlos, tras confirmarse la decisión de primera instancia, de este modo, el tribunal opina que la aplicación de las disposiciones que autorizan dicha actuación a la Administración, resulta contraria al derecho constitucional de ejercitar los recursos pertinentes incluso en sede administrativa y, por tanto, violan también el derecho de defensa.”

Que asimismo ha señalado que:

“(…) también se ha violado, en este caso, una garantía judicial clásica que si bien se ha desarrollado en el ámbito penal, debe contemplarse como garantía extensible al procedimiento administrativo sancionador, sin ninguna reserva, en base a las consideraciones expuestas, pero, además, porque el poder coercitivo de la Administración supone una clara intervención de los derechos de los ciudadanos, a quienes el sistema jurídico no puede dejar desprotegidos en ningún caso.

La prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial (cf. Exp. 1819-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar” el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia.

En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo

sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación.”»

Finalmente el Tribunal Fiscal concluye:

“Que en ese sentido y dado que en virtud al fallo contenido en el referido Expediente N° 1803-2004-AA/TC, se declaró inaplicable la norma que establecía que se perdería los beneficios de la gradualidad si habiendo impugnado la resolución que establece la sanción, el órgano resolutor la mantiene en su totalidad y ésta queda firme o consentida en la vía administrativa, por resultar violatoria, entre otros, del derecho de defensa reconocido en nuestro texto constitucional en el artículo 139 inciso 14 y de la garantía que impide la reforma peyorativa o reformatio in peius, garantía implícita en nuestro texto constitucional como parte del debido proceso, corresponde a este Tribunal fallar en el mismo sentido, inaplicando al caso de autos el numeral 8.2 del artículo 8 y el numeral 9.3 del artículo 9 de la resolución de superintendencia N° 141-2004/SUNAT, los mismos que contienen disposiciones similares a la que fue materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional.”

- Análisis de la Resolución

Del fallo es interesante advertir, primeramente, el ejercicio de subsunción al principio de igualdad que efectúa el Tribunal Fiscal, así en torno al principio de igualdad y el deber formal de inspección de la Administración, advierte que no existe vulneración al principio de igualdad en los actos realizados por el fedatario fiscalizador, por estar justificado el proceder del fedatario, pues actúa con la finalidad de poder hacer un verdadero control por parte de la Administración Tributaria.

En tal sentido la igualdad como plantea el recurrente: la igualdad a probar entre el contribuyente y el Fedatario; no sería subsumible. Pues, la ley da prevalencia al Acta levantada por el fedatario, otorgándole la calidad de documento público.

En efecto, no existe similitud entre lo que alega o llegó a alcanzar como prueba el contribuyente, frente al acta probatoria levantado, por el fedatario fiscalizador; pues, sus

funciones tienen como finalidad un efectivo control fiscal de los contribuyentes. Por lo que no existe igualdad entre quienes se encuentran en posiciones distintas, pues el propio sentido de igualdad fija la igualdad entre los iguales y la desigualdad entre desiguales. No obstante, faltó mayor argumentación en este extremo por parte del Tribunal Fiscal.

En cuanto, a la pérdida del régimen de gradualidad, se tiene definido, por parte del Tribunal Fiscal, que dicha pérdida es contraria a la Constitución. En ese mismo sentido, el debido proceso sirve de argumento para inaplicar la Resolución N°141-2004/SUNAT en el extremo de la pérdida del beneficio del régimen de gradualidad.

Es de destacar en el Tribunal Fiscal, que la argumentación se ciñe estrictamente a decisiones previas del Tribunal Constitucional, lo que hace que los criterios constitucionales sean realmente vinculantes en sede administrativa, no obstante el Tribunal Fiscal, puede y debe incorporar en su criterio distintas Sentencias del Tribunal Constitucional, que no sean precisamente de materia tributaria, lo que consolidaría aún más el criterio argumentativo del Tribunal Fiscal.

j. RTF N° 02761-1-2007

- Hechos

La Administración Tributaria por medio del fedatario fiscalizador intervino un vehículo: en dicho acto el transportista no exhibió la guía de remisión del remitente, consumando así la infracción prevista por el numeral 8 del artículo 174 del Código Tributario. El contribuyente apela la resolución de multa expedida por la Administración, alegando que el acta levantada por el fedatario está plagada de errores, además, que el acta presenta imprecisiones formales, como no precisar de manera clara la infracción y la sanción.

Asimismo, señala que se ha vulnerado principios de legalidad y debido procedimiento; pues, se vulneran dichos principios cuando la SUNAT establece una sanción de multa; aún cuando en las tablas respectivas sólo se establece como sanción el comiso. En todo caso si procediera aplicar la sanción de multa se debe proceder conforme a lo dispuesto en el artículo 184 del Código Tributario.

El Tribunal Fiscal establece que es válida la multa por la no exhibición de la guía de remisión del remitente, pues se presentan circunstancias especiales que son contenidas en la Ley no vulnerándose el principio de reserva de ley; así concluye que:

“[C]abe precisar que el acta probatoria materia de controversia no hace más que reproducir lo que el Código Tributario señala claramente no solo en el artículo 184 del Código Tributario, sino en la Tabla I de Infracciones y Sanciones y en su Nota 7, que forma parte de la misma tabla, la que al haber sido aprobada mediante Decreto Legislativo N° 953, respeta el principio de reserva de ley, es decir que si bien a la infracción cometida le corresponde en principio la aplicación de una sanción de comiso, podrá aplicarse en su lugar una multa, según se produzcan ciertas circunstancias y condiciones señaladas en la misma norma, es decir señala claramente que sanción corresponde aplicar a la recurrente, la de multa, tal como finalmente ha sido aplicada (...)

Que sin perjuicio de lo expuesto cabe precisar que en el caso de autos si se han producido las circunstancias a que se refieren dichas normas, ya que dada la naturaleza de los bienes transportados (Petróleo Diessel 2), al requerir depósitos especiales para la conservación y almacenamiento que la SUNAT no posee, por lo que la Administración estaba plenamente facultada a aplicar una multa sin necesidad de emitir resolución alguna aplicando la sanción de comiso, ya que la facultad que le otorga el Código Tributario, involucra la aplicación de una sanción en lugar de otra, no la sustitución de una por otra.

Que en virtud a lo expuesto resulta claro que no se ha otorgado una facultad omnipotente a la Administración, sino que ésta se encuentra reglada no solo de los supuestos en los que puede ejercitarse, sino en el monto de la sanción de multa que resultara aplicable, por lo que no se aprecia violación alguna al principio de reserva de ley.”

De otro lado, el Tribunal Fiscal se pronuncia de oficio, invocando la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC, además de invocarse la normativa de la Ley Orgánica del Tribunal

Constitucional y el Código Procesal Constitucional, en cuanto al régimen de gradualidad de las sanciones, se pronunció:

“Dado que en virtud al fallo contenido en el referido Expediente N° 1803-2004-AA/TC, se declaró inaplicable la norma que establecía que se perderían los beneficios de gradualidad si habiendo impugnado la resolución que establece la sanción, del órgano resolutor la mantiene en su totalidad y esta queda firma o consentida en la vía administrativa, por resultar violatoria, entre otros, del derecho de defensa reconocido en nuestro texto constitucional en artículo 139 inciso 14 y de la garantía que impide la reforma peyorativa o reformatio in peius, garantía implícita en nuestro texto constitucional como parte del debido proceso, corresponde a este Tribunal fallar en el mismo sentido, inaplicando al caso de autos el numeral 5.2 del artículo 5 de la Resolución de Superintendencia N° 159-2004-/SUNAT, el mismo que contiene una disposición idéntica a la que fue materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional...”

- Análisis de la Resolución

La presente resolución puede ser el ejemplo más claro de la aplicación de un control difuso de oficio por parte del Tribunal Fiscal; pues, únicamente reconoce el grado vinculante de las Sentencias del Tribunal Constitucional, sino además, el Tribunal Fiscal reconoce su competencia para ejercer un control constitucional; e introduce el tema del Régimen de Gradualidad; sin la invocación por parte del sancionado, con la finalidad de negarlo.

Por lo expuesto, el Tribunal Fiscal niega la posibilidad de una resolución a una impugnación que termine empeorando la situación de un contribuyente, por considerar que se vulneran derechos constitucionales, y haciendo uso de la Sentencia N° 1803-2004-AA/TC, fundamenta y rechaza la pérdida del régimen de gradualidad de sanciones.

Dado que en el caso de autos mediaba la aplicación de una norma que había sido declarada inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional, por lo que el Tribunal Fiscal se encontraba en la obligación de no reconocer los efectos de dicho Régimen, aunque el contribuyente no lo haya solicitado ni advertido.

Asimismo, esta resolución reafirma la argumentación en base a las Sentencias del Tribunal Constitucional; en efecto, la Sentencia es una muestra argumentativa en base a Sentencias previas del Tribunal Constitucional; lo que, probablemente, avizore una fundamentación estrictamente garantista; siendo un análisis constitucional remitido a interpretaciones ya realizadas por el Tribunal Constitucional.

k. RTF N° 11718-4-2007

- **Hechos**

La Administración Tributaria detectó el incumplimiento de la declaración del Impuesto General a las Ventas por parte del contribuyente; en tales circunstancias en cumplimiento con el artículo 176 del Código Tributario, que dispone como infracción la no presentación de la declaración jurada dentro de los plazos establecidos; la Administración Tributaria sanciona al contribuyente.

El contribuyente apela, dicha resolución por considerar que se trata de una medida desproporcionada que contraviene al principio de proporcionalidad en las sanciones, reconocido por la Ley de Procedimiento Administrativo General. Asimismo, invoca la aplicación del control difuso en su caso, puesto que dicha sanción vulnera su derecho de propiedad, así como también contraviene los principios de no confiscatoriedad y el principio de capacidad contributiva.

El Tribunal Fiscal señala que del expediente no se desprenden mayores elementos probatorios que sustenten de qué manera se vulnerarían los principios alegados por parte del recurrente; siendo así no procede aplicar el control difuso, disponiendo finalmente:

“Que con relación al argumento de la recurrente referido a que le corresponde a este Tribunal aplicar el control difuso de conformidad con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, toda vez que la multa impugnada vulnera su capacidad contributiva, corresponde señalar que la recurrente no acredita elemento o circunstancia alguna que evidencie como se habría producido dicho hecho, siendo que además conforme se ha expuesto

precedentemente la Resolución de Multa N° 0153-002-0031280 ha sido emitida de acuerdo a la ley, por lo que carece de sustento dicho argumento.

Que finalmente, con relación a lo alegado en la apelación en el extremo que la sanción impuesta contraviene derecho y principios consagrados en la Constitución Política del Perú, cabe señalar que la sanción impuesta se encuentra en el Código Tributario, tal como se ha señalado precedentemente, norma con rango de la ley, no contraviniendo la Constitución, no habiendo además la recurrente señalado explícitamente la forma de la supuesta contravención;”

- Análisis de la Resolución

El Tribunal Fiscal termina confirmando la Resolución de Multa establecida por la SUNAT, pues ésta se apega a las normas contenidas en el Código Tributario. El problema, para reconocer el ejercicio de control se centra en la carencia de argumentación del agravio.

Con relación a esto último se puede ver que la falta o insuficiencia de motivación, es un problema reiterativo por parte de los contribuyentes que solicitan el ejercicio del control difuso al Tribunal Fiscal, en tal sentido es necesario asegurar que los recurrentes puedan exhibir de mejor forma sus solicitudes de control difuso administrativo.

Ahora bien, de la resolución se puede apreciar la preferencia de las normas vigentes, frente a la invocación de inaplicabilidad. Siendo el control difuso a pedido de parte, éste debe ser fundamentado de manera clara, haciendo evidente la vulneración a derechos constitucionales, así como también, hacer la vinculación entre los hechos y la norma o principio constitucional que se ve vulnerado.

En efecto, si bien el control difuso es una potestad excepcional del Tribunal Fiscal, este no puede argumentar sobre vacío; pues, ahí existiría un quebrantamiento a la imparcialidad, ya que se estaría reemplazando a una de las partes, contraviniéndose la rectitud que implica la actividad de juzgar.

De similar juicio, es en cuanto a la invocación del principio de proporcionalidad de la Ley de Procedimiento Administrativo General, pues, en los hechos expuestos no se expone de manera clara y evidente la material desproporcionalidad de la sanción.

En ambos casos se puede apreciar una aplicación del principio de interpretación conforme a la Constitución, salvaguardándose la vigencia de la norma infralegal vigente, antes que una inaplicación sin el fundamento suficiente, puesto que el recurrente no alcanzó mayores elementos que permitieran ver un incumplimiento a derechos constitucionales.

1. RTF N° 10042-2-2008

- Hechos

La Administración Tributaria, comiso los bienes de un contribuyente, disponiendo una multa para su recuperación equivalente al 4% de su valor; pues, por tratarse de la primera vez en que el contribuyente cometía una infracción, era aplicable el régimen de gradualidad.

El contribuyente reclama dicha resolución, la misma es declarada infundada, además declara la pérdida del régimen de gradualidad en el caso de la multa establecida, por haber sido impugnada; aumentando la multa a un 15% del valor del bien.

El contribuyente apela la resolución que declaró infundada su reclamación de multa; asimismo impugna el extremo que dispuso la pérdida de gradualidad. La Administración declara inadmisibles dichos recursos por haber sido presentados fuera del plazo legal establecido. En consecuencia, la Administración expide otra resolución en la que dispone que el contribuyente pague la suma por la diferencia de la multa entre el monto determinado originalmente y el correspondiente como consecuencia de la pérdida del régimen de gradualidad.

El Tribunal Fiscal reconoce dos temas a tratar; el primero, orientado a establecer la calidad del acto firme de la resolución que declaró infundada la reclamación; pues la misma no fue apelada dentro del plazo legal establecido; y el segundo, que si pese a la no presentación del recurso dentro del plazo, procedía discutir la gradualidad de la sanción.

En tal sentido, el Tribunal Fiscal por un acuerdo en mayoría establece que la resolución no apelada dentro del plazo legal dispuesto en la norma queda firme, bajo el siguiente fundamento:

“Que en tal sentido y de acuerdo con el criterio establecido en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 07651-2-2007, que señala que vencido el plazo máximo para impugnar un acto administrativo, éste constituye un acto firme, y por tanto, inimpugnable en la vía administrativa de conformidad con lo establecido en el artículo 212 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, procede confirmar la resolución apelada.”

Por lo que el Tribunal Fiscal confirmó la resolución de intendencia que exigía el pago. Sin embargo, uno de los Vocales Miembro de la Sala (Espinoza Bassino), por medio de un voto discrepante, se aleja de la posición adoptada. Fundándose, en la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley N° 28301, y en la fuerza vinculante de los fallos del Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Además, en aplicación del control difuso administrativo dispuesto en la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC, indicando:

*« [La] resolución aclaratoria que el Tribunal Constitucional ha indicado como otra de las reglas integrantes del precedente vinculante establecido en el referido fundamento 50, “que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparte “justicia administrativa” con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, **ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto**, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos”, de conformidad con lo dispuesto por el último párrafo del artículo IV del título preliminar del Código Procesal Constitucional (fundamento B) (subrayado propio).»*

En tal sentido, dice:

“[S]i bien la recurrente no impugno oportunamente el pronunciamiento emitido por la Administración sobre el fondo del asunto, con lo cual se dio fin al procedimiento contencioso tributario respectivo, posteriormente, la administración para ejecutar la sanción de multa emitió una resolución de cumplimiento de la pérdida del régimen de gradualidad originalmente aplicado a la multa, al amparo del numeral 5.2 del artículo 5 de la Resolución de Superintendencia N° 159-2004/SUNAT, por haber sido reclamada y haber quedado firme y consentida, en virtud de lo cual se dispuso el incremento de la multa y la cobranza.

Por lo tanto, en el presente caso no puede afirmarse que se hubiese producido el agotamiento de la vía administrativa en los términos establecidos en el artículo 157 de Código Tributario y el artículo 218 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, más aun cuando lo que viene en grado es el cumplimiento de la pérdida del régimen de gradualidad por haberse impugnado la sanción impuesta por la administración, sobre lo cual el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamiento en la Sentencia recaída en Expediente N° 1853-2004-AA/TC, al analizar una norma con texto similar a la que sirvió de sustento a la Administración para declarar la gradualidad (...)”

Concluyendo finalmente:

“En consecuencia, con la ejecución en vía de cumplimiento de lo ordenado por la Resolución de Intendencia N° 025-014-0003653/SUNAT, que declaró la pérdida del régimen de gradualidad e incremento la multa disponiendo la cobranza de la diferencia, la Administración está aplicando una norma violatoria de la Constitución a las consecuencias de una relación y situación jurídicas aún existentes, y dentro de un procedimiento administrativo que aún se encuentra en trámite, más aun cuando la resolución de cumplimiento fue emitida por la administración con posterioridad a la fecha de publicación de la Sentencia antes comentada en la página web del Tribunal Constitucional, que ocurrió el 10 de junio de 2005, lo que además contradice lo dispuesto por el citado Tribunal en el

fundamento 8 de la Resolución de 13 de octubre de 2006, aclaratoria de la Sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC.”

- **Análisis de la Resolución**

La presente resolución, expone un claro debate entre la fuerza vinculante de una Sentencia del Tribunal Constitucional y los actos administrativos firmes, pues si bien se muestra que el acto reclamado tiene una reforma peyorativa, en el extremo de la multa a pagar; se tiene que la apelación se hace fuera del plazo legal establecido por el Código Tributario, por tanto la resolución quedaba firme.

Se puede apreciar que a pesar de existir presupuestos fijos en cuanto al plazo de impugnación, ello no debe ser óbice para aplicar la Sentencia del Tribunal Constitucional; sencillamente porque la primacía de la inaplicabilidad del extremo de la Sentencia, garantiza un procedimiento justo cautelando el derecho de defensa sin amenazas de una resolución que cause perjuicio en el recurrente.

Al fundamentarse la resolución en el carácter inimpugnable de los actos firmes, no se está más que argumentado sobre el viejo principio de legalidad por la que se daba preferencia a la ley, antes que a la norma fundamental. El argumento que esboza finalmente el Tribunal Fiscal, no es conforme con el carácter vinculante de la Constitución en el procedimiento de la configuración de los actos administrativos.

Ciertamente, la calidad de actos firmes es una garantía de la ley en arreglo con el principio de seguridad jurídica; empero, ello no puede verse traducido en dar calidad de actos firmes a aquellos que se erigen en contraposición de derechos fundamentales resguardados en la Constitución.

Ello no contraviene el sentido del principio de preclusión en el Procedimiento administrativo, pues el Tribunal Fiscal como última instancia administrativa, se encuentra en la obligación de desestimar la discusión sobre el tema de fondo, que en este caso reposa en el tema de la existencia de la infracción; pues esta no podrá ser discutida por haber sido consentida, al no haber sido apelada en el termino de impugnación dispuesto en el Código Tributario.

No obstante, el Tribunal Fiscal tiene el deber de controlar los actos que emita la Administración Tributaria, en este caso la regularidad constitucional de sus actos, por lo que si bien es cierto en respeto al principio de preclusión no tiene atribución para discutir temas de fondo; nada impide corregir aquellos actos que se encuentren en oposición a disposiciones emitidas por el Tribunal Constitucional, como es en el caso en cuestión. En consecuencia, el Tribunal Fiscal se encontraba plenamente facultado a ejercitar un control constitucional de oficio en armonía con la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC.

Como se puede ver del voto discrepante, el Vocal Espinoza Bassino se ubica en la posición a favor del ejercicio del control difuso, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional. Posición que se asemeja a una verdadera interpretación constitucional creativa¹⁹⁹ trascendiendo de la mera lectura de la norma y analizando el caso concreto; orientándose hacia una verdadera eficacia vinculante de la interpretación del Tribunal Constitucional.

m. RTF N° 08862-2-2007

- **Hechos**

La Administración Tributaria en aplicación de la Ley N° 27796 Ley del Impuesto a los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, reconoce como gastos deducibles solo aquellos relacionados con el mantenimiento de las máquinas.

Poco después la Ley N° 27796 fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional vía Sentencia N° 009-2001.AI/TC. En reacción a ello, el Congreso modificó la Ley N° 27796 sustituyendo la tasa del impuesto (del veinte por ciento a un doce por ciento) con efectos retroactivos, sin embargo, mantuvo el régimen de deducción es decir se limitó a los gastos de mantenimiento de las máquinas.

¹⁹⁹ Como bien describe SACHICA: “La legalidad es puesta en jaque, desde fuera por la dependencia cultural y económica que relativiza y esteriliza las instituciones; desde el interior, por la violencia y el terrorismo anarquizante; y aun la parálisis del propio Estado y sus poderes y servicios puede provenir de sus mismos servidores. / Se requiere imaginación interpretativa creadora y de renovación institucional que verifique las normas, para poner el orden jurídico no solo al servicio de la legalidad sino de la justicia. Sin esta, no hay orden ni paz, ni bienestar.” (Vid. SACHICA, Luis Carlos. “El control de Constitucionalidad”, Bogotá, Temis, 1989, p.159.)

El contribuyente solicita la devolución de lo pagado, alegando que conforme a la declaración de inconstitucionalidad de dicho impuesto, se deben considerar como gastos todos aquellos aceptados por las normas de contabilidad; de tal forma que tampoco procedía aplicar la Ley N° 27796 por no ajustarse a lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional.

En tal sentido, de conformidad al criterio del Tribunal Constitucional, se reconoce el derecho de los sujetos del impuesto a establecer una base imponible deduciendo todos aquellos gastos incurridos en la producción de utilidades; por lo que conforme a ello tanto la Administración Tributaria como el Tribunal Fiscal se encuentran en la obligación de dar cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional.

Ya en el transcurso del procedimiento contencioso, seguido por el contribuyente, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de las disposiciones establecidas en la Ley N° 27796 (Sentencia N° 1227-2005-PA/TC de carácter vinculante) declarando que las deducciones establecidas no eran contrarias a los derechos de los contribuyentes, en tanto no se probaran la vulneración material de los mismos.

Asimismo, la Sentencia resolvió que no era razonable extender las deducciones establecidas por el Impuesto a la Renta al Impuesto a los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas, ya que materialmente significaría un doble beneficio tributario.

El Tribunal Fiscal adoptó el criterio establecido por el nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, así fundamentó:

“[E]n lo concerniente al límite del 2% para la deducción de los gastos de mantenimiento de las máquinas tragamonedas y juego de casinos, [La Sentencia N° 1227-2005-PA/TC] estableció que la recurrente no demostró de manera fehaciente que, a consecuencia de las disposiciones que cuestiona, se hayan vulnerado sus derechos constitucionales, es decir, carece de sustento sostener afectación de derecho constitucional alguno sobre la base del sistema de deducciones y el límite que al mismo ha dispuesto el legislador para el caso del impuesto a la explotación de los juegos de casinos y máquinas tragamonedas, ya que las deducciones

permitidas para cada tipo de impuestos deben guardar razonable relación con la particular naturaleza del mismo, de tal manera que no puede pretenderse que un impuesto a la explotación, como el establecido por la Ley N° 27153, modificado por la Ley N° 27796, deba recibir exactamente el mismo trato respecto de las deducciones admitidas para el caso del impuesto a la renta, conforme expresamente lo dispone el artículo 37 de la Ley del Impuesto a la Renta, por lo que se infiere que finalmente lo que pretende la empresa demandante es recibir doblemente el beneficio de la deducción de los gastos de luz, agua, teléfono, alquiler y mantenimiento de locales, que ya le son permitidos para el caso del impuesto a la Renta.”

- Análisis de la Resolución

El Tribunal Fiscal en cumplimiento del artículo 82 del Código Procesal Constitucional adoptó la posición del Tribunal Constitucional, por ser un precedente vinculante. Podemos establecer que la resolución cumple con la aplicación del control difuso administrativo, conforme al criterio del Tribunal Constitucional; no obstante de no hacerse la invocación directa por parte del Tribunal Fiscal a la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC.

El Tribunal Fiscal en esta Sentencia cumple, materialmente, con interpretar las normas conforme al control constitucional establecido por el Tribunal Constitucional. No obstante, más allá de constituir una verdadera interpretación constitucional, esta actividad del Tribunal Fiscal, se asemeja más a una simple operación de actualización de los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional.

De otro lado, la resolución plantea el caso de la interpretación de las Sentencias del Tribunal Constitucional, que se presenta como un nuevo desafío para el Tribunal Fiscal. En tal sentido se puede atribuir que el Tribunal Fiscal se encuentra en la obligación de dar interpretaciones de los vacíos que se encuentren dentro de las Sentencias del Tribunal Constitucional, salvo que sea materia de consulta y posterior aclaración por parte del mismo supremo interprete.

n. RTF N° 02605-1-2008

- **Hechos**

La Administración Tributaria producto de un procedimiento de fiscalización sobre un contribuyente decide adoptar medidas cautelares previas, a fin de asegurar el pago de las dudas tributarias detectadas. Fundando dicha medida en lo establecido por el artículo 56 del Código Tributario, por configurarse lo establecido en los literales b) y e) de dicha norma.

El contribuyente presenta un recurso de queja contra la medida cautelar previa impuesta; por considerar que no se han configurado los supuestos establecidos en el artículo 56 del Código Tributario. Señalando que la aplicación objetiva del supuesto e) del Artículo 56 del Código Tributario colisiona con el principio de veracidad administrativa como una derivación del principio de presunción de inocencia reconocido por la Constitución, por lo que en tal supuesto corresponde a este Tribunal Fiscal inaplicarlo por inconstitucional, solicitando el ejercicio del control difuso por parte del Tribunal Fiscal.

El Tribunal Fiscal considera que no procede la aplicación del control difuso, solicitado por el contribuyente, debido a que este último no fundamenta la causal que fije su uso, asimismo, estima que los supuestos dispuestos en el artículo 50 del Código Tributario refieren a casos de incumplimientos concretos.

Así dispone:

“[L]a quejosa no ha acreditado que la aplicación de la referida causal cómo sustento de la citada medida haya vulnerado, en su caso específico, los principios de presunción de inocencia y de veracidad administrativa, por lo que no procede la aplicación del control difuso solicitada por ésta más aún cuando la indicada causal no implica una presunción de culpabilidad del contribuyente ni de falta de veracidad de la información y/o documentación dentro de los plazos legales.”

- **Análisis de la Resolución**

La presente resolución es interesante por plantear un control de constitucionalidad de inaplicación de una norma no declarada previamente inconstitucional por Tribunal

Constitucional. En este escenario el Tribunal Fiscal se muestra escéptico de inaplicar una norma; bajo el reiterativo argumento de falta de acreditación fehaciente, entre los hechos descritos y una vulneración de carácter constitucional.

De conformidad a la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC el control difuso a pedido de parte debe ser bajo criterios objetivos y razonables, en tal sentido, se debe entender que para habilitar al Tribunal Fiscal, los recurrentes deben fundamentar su solicitud exhaustivamente, proveyendo de elementos fácticos y jurídicos suficientes que evidencien, materialmente el agravio de derechos fundamentales.

Si bien la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC y Resolución Aclaratoria limitan el ejercicio del control difuso frente a normas declaradas inconstitucionales previamente por el Tribunal Constitucional, también permite un control constitucional de inaplicación frente a normas que sean claramente contrarias a derechos fundamentales; no obstante, el Tribunal Fiscal aún no se anima a realizar esta clase de control; conforme se puede observar en el presente caso.

o. RTF N° 07338-3-2007

- **Hechos**

La Administración Tributaria no admite a trámite recursos de reclamación en contra de órdenes de pagos giradas por el Impuesto a los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas; el contribuyente termina apelando al Tribunal Fiscal; a su vez éste considera que dichos recursos debieron ser declarados improcedentes, siendo así la resolución que declaró inadmisibile la reclamación, es declarada nula por inobservar el procedimiento preestablecido.

El Tribunal Fiscal con oportunidad de referirse a una medida cautelar interpuesta por el recurrente, por la que suspendió la aplicación del artículo 38 de la Ley N° 27153²⁰⁰

²⁰⁰ Ley N° 27153/ Artículo 38.- Base imponible del Impuesto

38.1 La base imponible del Impuesto está constituida por la ganancia bruta mensual proveniente de la explotación de los juegos de casino y de máquinas tragamonedas, entendiéndose por tal a la diferencia resultante entre el ingreso total percibido en un mes por concepto de apuestas o dinero destinado al juego y el monto total de los premios otorgados el mismo mes.

(referido a la base imponible del Impuesto de Juego de Casino y Maquinas Tragamonedas); invoca una Sentencia del Tribunal Constitucional señalando:

«Que acerca de la medida cautelar que el recurrente alega haber obtenido a su favor con fecha 14 de marzo de 2005 (...) y según la cual se suspendió, en su caso particular, la aplicación del artículo 38 de la Ley N° 27153, sustituido por el artículo 17 de la Ley N° 27796, cabe indicar que sin perjuicio de que la Administración verifique el estado de la medida, el 15 de febrero de 2006, recaída en el Expediente N° 4227-2005-PA/TC, referente a la Acción de Amparo interpuesta por Royal Gaming S.A.C. contra el artículo 17 la Tercera y Décima disposiciones transitorias de la Ley N° 27796, y la Tercera Disposición complementario y final del reglamento de la Ley N° 27796 en la que el Tribunal Constitucional se pronunció, entre otros, sobre la constitucionalidad del referido artículo 17.

Que en la mencionada Sentencia dicho Órgano señaló que:“(...) En tal sentido, y de conformidad con lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal declara que la presente Sentencia, que adquiere la calidad de cosa juzgada, constituye precedente vinculante. En consecuencia, al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N° 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N° 014-2003/SUNAT, y de la Resolución de Superintendencia N° 052-2003/SUNAT, en aplicación del primer párrafo del artículo VI del Código Procesal Constitucional – que resulta también de aplicación en aquellos casos en los que este Colegiado desestima la solicitud de ejercer el control difuso contra norma, por no encontrar en ella vicio alguno de inconstitucionalidad –, dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces

38.2 También se considera ganancia bruta las comisiones producto del juego que el sujeto pasivo del Impuesto perciba.

38.3 Si dentro de un mismo mes, el monto de los premios excediera al monto de los ingresos percibidos, el saldo pendiente se deducirá de los ingresos mensuales siguientes, hasta su total extinción.

38.4 La base imponible del Impuesto se determina de manera independiente por cada actividad y cada establecimiento.

en ejercicio de control difuso de constitucionalidad de normas(...) “asimismo”(…) Ordena a todos los poderes públicos y en particular, a las Cortes Judiciales del país, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por este tribunal en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino maquinas tragamonedas.”»

- Análisis de la Resolución

Como se puede concluir de la resolución del Tribunal Fiscal, su criterio es establecido en base de una Sentencia del Tribunal Constitucional que confirma la constitucionalidad de la Ley 27796, por no encontrar vicio alguno que evidencie la inconstitucionalidad de la norma.

En tal sentido, el Tribunal al hacer uso material de una Sentencia del Tribunal Constitucional, estaría acorde con el control difuso aplicativo que se le atribuye la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC²⁰¹, en efecto, pues se da cumplimiento a una Ley que ha sido confirmada como constitucional.

p. RTF N° 11228-2-2007

- Hechos

La Administración Tributaria archiva recursos de reclamación planteados por un contribuyente en contra de un conjunto de órdenes de pago, por considerar que se tratan de valores ya decididos por el Tribunal Fiscal en un procedimiento de apelación de puro derecho.

El contribuyente apela dicha resolución de archivo de recurso, argumentando que conforme al control difuso, realizado en sede judicial que consideró inconstitucionales tanto a la Ley

²⁰¹ Como precisa en su resolución aclaratoria en su séptima disposición: “Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.”

N° 27153 como a su posterior modificatoria Ley N° 27796 y demás normas complementarias, resultan improcedentes en su cobranza bajo órdenes de pago.

El Tribunal Fiscal considera que los recursos de reclamación contra las órdenes de pago, ya fueron analizados en la apelación planteada por el recurrente con anterioridad. De otro lado, al respecto de los fallos de control difuso judicial, sustentó:

«(...)Cabe indicar que mediante Sentencia del 13 de febrero de 2007 recaída en el Expediente N° 0006-2006-PC/TC, el Tribunal Constitucional, ha señalado que: “Frente a la fuerza vinculante de las Sentencias dictadas dentro del control abstracto de las normas, los jueces ordinarios no pueden recurrir a la autonomía (artículo 138 de la Constitución) y a la independencia (artículo 139 inciso 2) que la Constitución les reconoce para desplazarse de ella (...). Por ello, cuando el Poder Judicial aduce autonomía e independencia para justificar su desvinculación de las Sentencia del Tribunal Constitucional, en realidad con ello no sólo está poniendo en cuestión tales ejecutorias, sino que también se está desligando de la Constitución misma, al ser aquellas, finalmente, una concreción de ésta. El juez ordinario no puede ampararse en su independencia para desvincularse de las Sentencias del Tribunal Constitucional, pues ello significaría, en último término, una vulneración de la propia Constitución.”

Que en ese sentido, en la referida Sentencia, el Tribunal Constitucional en cuanto al incumplimiento del precedente vinculante dictado en la Sentencia 4227-2005-AA/TC, ha señalado que: “(...) también se ha afectado la atribución constitucional del Poder Ejecutivo de cumplir las resoluciones de los órganos jurisdiccionales, tal como lo señala la Constitución en su artículo 118, inciso 1(...). Por ende, en aplicación del artículo 113 del Código Procesal Constitucional, el cual establece que junto a la determinación de las competencias o atribuciones controvertidas, el Tribunal Constitucional anula las disposiciones o actos viciados de incompetencia, debe declararse la nulidad de todas aquellas resoluciones judiciales que ha estimado sendas demandas de amparo o de cumplimiento con desconocimiento de las Sentencias 009-2001-AI/TC y que el Poder Ejecutivo, de acuerdo con el

artículo 118, inciso 9, tenía la atribución constitucional de cumplir y hacerlas cumplir, en consecuencia la resolución indicada por la recurrente no surte efecto en el caso de autos.»

Además agrega:

“(…) [A] mayor abundamiento, resulta pertinente indicar que el 15 de febrero de 2006, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Sentencia del 2 de abril de 2006, recaída sobre el Expediente N° 4227-2005-PA/TC, en la que, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de acción de amparo interpuesta por la recurrente, Sentencia que constituye precedente vinculante, tal como señala en el considerando anterior.”

- Análisis de la Resolución

Como se puede ver el Tribunal se adhiere a la posición del Tribunal Constitucional en todos sus extremos, de tal forma se desconoce el control difuso practicado por el fuero ordinario en el caso particular. Argumentando que la autonomía e independencia del Poder Judicial reconocida constitucionalmente, no justifican un alejamiento a lo preestablecido en la Constitución. Y que habiendo Sentencias del Tribunal Constitucional que lo justifique, la Administración pública no está en la obligación de aplicar las resoluciones judiciales prescritas.

q. RTF N° 05522-4-2008

- Hechos

La Administración Tributaria intervino un vehículo requiriendo los documentos que sustente la remisión de los bienes que se transportaban, al revisar su guía de remisión se comprobó que el mismo no contenía todos los datos requeridos por ley, como el motivo de traslado, el peso de los bienes, además el número de RUC del transportista no correspondía a la empresa encargada.

Por lo que se levantó el acta probatoria, para dar conformidad a la comisión de una infracción conforme al numeral 9 del artículo 174 del Código Tributario; por la que, seguidamente se expidió la Resolución de Multa.

El contribuyente, apela dicha resolución alegando la falsedad de los hechos sustentados por la Administración Tributaria, asimismo refiere que la sanción interpuesta vulnera los principios de razonabilidad y proporcionalidad, conforme a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 230 del al Ley de Procedimiento Administrativo General.

Por ello, solicita que el Tribunal Fiscal en aplicación de su control difuso, reconocida por el Tribunal Constitucional; determine la inconstitucionalidad de la misma e inaplique las normas vigentes, teniendo en cuenta que no se ha causado perjuicio alguno al fisco. Asimismo, que se tenga en atención el criterio establecido en la Sentencia N° 1803-2004-AA/TC.

El Tribunal Fiscal tras un minucioso estudio de los documentos probatorios comprueba la infracción sancionada con multa por la Administración Tributaria. En lo que respecta al control difuso administrativo es de la opinión que la sanción se ajusta a ley, no habiendo una material vulneración al texto constitucional, así dijo:

“Que de la revisión del Informe de Valuación de Bienes obrante a folio 32, se aprecia que la multa acotada es el equivalente al 25% del valor de los bienes, conforme al o establecido en la nota (7) de la citada Tabla I, según lo previsto por el artículo 184 del Código Tributario, en tal sentido la multa impuesta se encuentra arreglada a Ley, no apreciándose que las citadas normas sean contrarias a la Constitución ni alguna interpretación que el Tribunal Constitucional haya realizado de ella, por lo que carece de sustento lo alegado por la recurrente al respecto...”

De otro lado, en cuanto a la invocación de la Sentencia N° 1803-2004-AA/TC el Tribunal Fiscal señala:

“Que en cuanto a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1803-2004-AA/TC, del 25 de agosto de 2004, cabe indicar que la citada

Sentencia del Tribunal Constitucional declaró inaplicable la Resolución de Superintendencia N° 112 – 2001 /SUNAT en el extremo que disponía la pérdida de los beneficios de la gradualidad cuando al impugnarse la resolución que estableció la sanción, el órgano resolutor la mantenía en su totalidad y ésta quedaba firme y consentida en la vía administrativa, por cuanto dicha norma resultaba violatoria del derecho de defensa reconocido constitucionalmente, caso distinto al de autos, en el que la Administración no ha declarado la pérdida de gradualidad alguna, por lo que carece de sustento tal alegato.”

- **Análisis de la Resolución**

De lo que fluye de la resolución se puede comprobar una omisión, por parte del Tribunal Fiscal, en hacer un verdadero análisis constitucional, sobre la vulneración al principio de razonabilidad en la sanción impuesta por la Administración. En este punto era necesario recurrir a un juicio de ponderación entre la sanción y su razonabilidad, en los hechos. Sin embargo, de la Sentencia no fluye mayor argumentación por parte del recurrente de la naturaleza de agravio, que contravenga la razonabilidad.

En cuanto a la consideración de la Sentencia N° 1803-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional se puede apreciar no era el tema poner en consideración de la Administración Tributaria la inaplicabilidad de la *reformatio in peius*, ya que de los hechos alcanzados en la resolución, no se devela una intención de no reconocer el beneficio de gradualidad en la sanción por parte de la Administración gestora. Por lo que no resulta lógico introducir el tema de la pérdida de la gradualidad cuando ésta no ha sido discutida.

r. RTF N° 04924-2-2007

- **Hechos**

La Administración Tributaria declara inadmisibles un conjunto de reclamaciones en contra de órdenes de pago, a razón de no haberse cumplido con el pago previo requisito exigido por el artículo 136 del Código Tributario. Dadas estas circunstancias el contribuyente apela, alegando que el pago previo, como condición para resolver una impugnación en sede administrativa; es un acto de la Administración Tributaria sustentado en una norma

violatoria de la Constitución: siendo que por el principio de *solve et repete* impide o disuade pagos irrazonables para el acceso a un tribunales de justicia; por lo que solicita que el Tribunal Fiscal aplique su control difuso de normas infralegales.

El Tribuna Fiscal considera que el proceder de la Administración Tributaria se ajusta a lo dispuesto en el Código Tributario, por lo que se considera que es válida la inadmisibilidad del recurso de reclamación; así señala:

« [E]n cuanto a la exigencia del pago previo (principio del solve et repete) previsto por el Código Tributario, el Tribunal Constitucional mediante Sentencia recaída en el Expediente N° 4242-2006-A/TC del 19 de enero de 2007, ha señalado en relación a la aplicación del precedente constitucional establecido en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, que en la referida Sentencia (...) se cuestionó la existencia de un cobro por el solo hecho de impugnar un acto administrativo. Justamente este tipo de trabas irracionales o condicionantes al ejercicio del derecho de petición y defensa de los ciudadanos en sede administrativa, motivó que el Tribunal Constitucional estableciera el precedente que corresponde aplicarse a todos los casos que presenten circunstancias idénticas.

Que de este modo el Tribunal Constitucional ha establecido que “(...) el supuesto previsto en la regla sustancial B de la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC es, a todas luces, distinto al de la impugnación de una orden de pago, donde la exigencia del pago previo no se origina necesariamente en un acto de la propia Administración pública, sino antes bien, en la constatación de una obligación sobre cuya cuantía se tiene certeza, la cual puede originarse, por ejemplo, cuando media lo declarado por el propio contribuyente (autoliquidación), supuesto que se constata con mayor claridad en los tres primeros incisos del artículo 78 del Código Tributario. Es así que puede diferenciarse la naturaleza de una orden de pago de la resolución de determinación, en cuyo caso sí media.”»

- *Análisis de la Resolución*

Conforme a lo indicado por el Tribunal Fiscal no puede hacer control de constitucionalidad sobre lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional. En efecto, habiendo argumentos de validez constitucional (desarrollados en la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC) para el pago previo de una impugnación de una orden de pago, no procede hacer un control constitucional frente a uno ya realizado por el Tribunal Constitucional.

De manera que, podemos concluir que otra norma limitante al control difuso administrativo, es aquel que proscribe contradecir precedentes del Tribunal Constitucional.

V. DIAGNÓSTICO DE LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL

Conforme se desprende del estudio de las distintas Resoluciones emitidas por el Tribunal Fiscal, la aplicación del “*control difuso administrativo*” reconocido por la Sentencia 3741-2004-AA/TC y su Resolución Aclaratoria; viene siendo cumplida con ciertas limitaciones. En ese sentido, El Tribunal Fiscal ha desarrollado sus pronunciamientos en torno al control de constitucionalidad en base a los distintos precedentes emitidos por el Tribunal Constitucional; en especial, en aquellos de directa vinculación en materia tributaria.

En efecto, el Tribunal Fiscal ha cumplido con efectuar el control de constitucionalidad, bajo la premisa del respeto de la Constitución. En la mayoría de los casos en estricto cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional; las mismas que contenían directa incidencia tributaria, como es el caso de la inconstitucionalidad del régimen de gradualidad de sanciones (Expediente N° 1803-2004-AA/TC) como se pudo apreciar en las RTFs N° 03751-5-2008, 05522-4-2008, 00836-1-2007, 02761-1-2007; la inconstitucionalidad de la Ley N° 27796 Ley del Impuesto a los Juegos de Casino y Máquinas Tragamonedas (Expediente N° 009-2001.AI/TC) también de un control constitucional del Tribunal Fiscal en las RTFs N° 08862-2-2007, 07338-3-2007, 11288-2-2007; y, la inconstitucionalidad del Impuesto Mínimo a la Renta (Expedientes N°s 0646-1996-A/TC, 0917-2003-AA-TC, 0676-2005-PA/TC.) en las RTFs N° 00121-4-2007 y 05649-4-2007.

Es necesario puntualizar que el cumplimiento de Sentencias de control de constitucionalidad de la justicia ordinaria no han tenido el mismo grado de reconocimiento

y aplicación que los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional (como se puede ver en la RTF N° 11228-2-2007). Estos casos, han sido reconocidos por el Tribunal Fiscal como resoluciones de trascendencia particular, sin alcance general para otros casos análogos.

Por otro lado, se puede aseverar que no únicamente se deben invocar precedentes vinculantes de carácter estrictamente tributario, para justificar el control constitucional administrativo, sino que también se deben obedecer Sentencias de distinta naturaleza a la tributaria: como es el caso de los derechos procesales, el derecho a la igualdad, derecho al patrimonio, derecho a la intimidad, etc.; derechos arduamente desarrollados en otras Sentencias por el Tribunal Constitucional para casos no vinculados a materia tributaria.

Bajo esa premisa el Tribunal Fiscal ha preferido dar prevalencia a todos aquellos casos en los que ha encontrado pronunciamientos directos en materia tributaria. No obstante, somos de la opinión que si bien es cierto que el Tribunal Fiscal, hace hincapié en no encontrar pruebas objetivas o razones que sustenten tal vulneración, se puede también resolver dichos casos bajo una debida ponderación de los principios enfrentados (como excepcionalmente se hizo en la RTF N° 00836-1-2007), para fines de proporcionar mayor fuerza argumentativa a sus pronunciamientos. Lamentablemente, muchos de sus pronunciamientos carecen del ejercicio de ponderación, como parte de la justificación de los mismos.

Otra de las aristas que se desprende del conjunto de Resoluciones del Tribunal Fiscal es la falta de una posición clara, frente a casos de naturaleza compleja, de ahí que en algunos casos resulta más garantistas que en otros, por ejemplo en la RTF N° 10042-2-2008 se anteponen normas formales de procedimiento frente a derechos de los contribuyentes, donde se denota una falta de ponderación que el caso exigía, entrampándose el verdadero sentido del control difuso administrativo. De otro lado en las RTFs N° 01202-0-200 y 801509-4-2008 frente a un problema de aplicación temporal de una Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 008-2003-AI/TC) se interpreta a favor de los derechos de los contribuyentes, reconociendo efectos a proceso en trámite de las Sentencias del Tribunal Constitucional.

Como se puede apreciar, si bien existe una aplicación obsecuente a los fallos del Tribunal Constitucional por parte del Tribunal Fiscal, las dificultades surgen al presentarse en casos

difíciles: es decir en casos en los que no sea tan sencillo establecer premisas y aplicar el criterio constitucional expuesto por alguna Sentencia del Tribunal Constitucional; pues frente a dichos casos difíciles el Tribunal Fiscal no asume un criterio aún definido.

Otra de las notas particulares que se coligen de las resoluciones del Tribunal Fiscal es la negación a la solicitud del control difuso a pedido de parte. Pues, para el Tribunal Fiscal los solicitantes alegan la vulneración al “*debido proceso*” o el principio de “*legalidad*”, (como son las RTF N° 11366-4-2007, 11353-2-2007, 02761-1-2007) entre otros derechos quebrantados (RTFs N°11718-4-2007 y 02605-1-2008) no cuentan con una debida motivación que acredite el agravio en contra de derechos constitucionales, que demuestren de manera objetiva y clara la necesidad del ejercicio del control de constitucionalidad por parte del Tribunal Fiscal.

Del conjunto de Resoluciones emitidas por el Tribunal Fiscal, se ha podido advertir que existen ciertas dificultades en establecer la aplicación del control difuso de oficio. Muchos de los pedidos de los contribuyentes son rechazados bajo el juicio de subsunción insuficiente en sus solicitudes, que hagan necesario el control constitucional. Al parecer la dificultad radicaría también en un problema de motivación de las solicitudes de los recurrentes, que determinen la premisa de vulneración de derechos como válida.

En tal sentido, se puede afirmar que no en todos los casos serán problemas de calificación de los hechos, pues puede aplicarse criterios de ponderación, ya que la interpretación de principios, no debe hacerse a espaldas a los métodos constitucionales establecidos, sobre todo en cuanto a la concordancia práctica, que supone un juicio de ponderación.

En efecto, las resoluciones del Tribunal Fiscal que niegan el control difuso en muchos de los casos se reducen a realizar subsunciones, lo cual nos parece un criterio precipitado, pues no será de común aplicación para todos los casos. De manera, que como venimos afirmando, la ponderación resulta el camino idóneo para confrontar principios, al contrario de lo que ocurre con las reglas. Tal como ha afirmado PRIETO SANCHÍS:

“Las reglas serían objeto de subsunción, donde, comprobado el encaje supuesto fáctico, la solución normativa viene impuesta por la regla; los principios, en

cambio, serían objeto de ponderación, donde esa solución normativa es construida a partir de razones en pugna²⁰².”

En tal sentido, se debe observar cada caso en concreto antes de arribar a la conclusión de inaplicar el control de constitucionalidad, pues de lo contrario el Tribunal Fiscal no realizaría un verdadero ejercicio de control; sino una mera subsunción sin un juicio de ponderación. De ahí, que se requiera ajustar de manera plena el control difuso de oficio de futuros casos, en donde sea posible subsumir premisas y, consecuentemente, ponderar principios.

Finalmente, el Tribunal Fiscal aun no ha inaplicado alguna ley vigente vía control difuso. Dado que el control difuso supone un ejercicio de inaplicación, el Tribunal Fiscal aún por la reducida casuística no se ha visto colocado de manera directa bajo dicho supuesto, lo que no niega la posibilidad de establecerse, a futuro, fallos en ese sentido.

De otro lado, advertimos una severa distorsión en el cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Constitucional, pues se entiende que esta son vinculantes para todos, sin embargo, la Administración recaudadora (como es la SUNAT) no las cumple esperando que sea el Tribunal Fiscal la que se encargue de cumplir con los fallos del Tribunal Constitucional, tal como vimos en la RTF N° 05649-4-2007.

²⁰² PRIETO SANCHÍS, Luis. *“Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”*, Lima, Palestra Editores, 2002, p. 138.

CONCLUSIONES

1. La jurisprudencia constitucional peruana fue evolucionando favorablemente al control constitucional por parte de la Administración pública. en concordancia con la jurisprudencia internacional; reconociendo finalmente el control difuso administrativo, establecido en la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC y su Resolución Aclaratoria la facultad de control constitucional en los Tribunales administrativos.
2. La resolución aclaratoria introdujo nuevos elementos a la Sentencia tales como: el determinar la competencia y establecer distintos límites al control difuso administrativo. Así, lo limitó solo a pedido del Administrado. Lo que no implica, que si se advierte una flagrante violación de derechos constitucionales en los que el Tribunal Constitucional se haya pronunciado antes; el Tribunal Fiscal, bajo un criterio independiente, pueda aplicar un control de constitucionalidad de oficio.
3. El Tribunal Fiscal es la última instancia administrativa que conoce y resuelve las quejas y apelaciones presentadas por los administrados contra las resoluciones emitidas por la Administración Tributaria. No obstante, constituye un órgano más de la Administración pública, subordinado, por lo tanto, al Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía y Finanzas; es decir, del mismo Ministerio que propone la designación del Superintendente de la SUNAT y nombra a los funcionarios de dicha entidad.
4. El Tribunal Fiscal, requiere de libertad para poder sujetar sus decisiones a criterios constitucionales. Ello presupone independencia institucional e independencia funcional; siendo elementos que se deben desarrollar para poder cumplir un serio control constitucional por parte de los Tribunales Administrativos. Ello implica reformas normativas (desde la propia Constitución, que reconozca la independencia de la justicia administrativa) y organizativas que deben empezar desde el mismo Poder Ejecutivo para poder liberar de cualquier yugo a dichos tribunales.
5. La interpretación que corresponde al control difuso administrativo responde a los criterios especiales de naturaleza constitucional, pues, la interpretación

constitucional resulta una tarea jurídica compleja, resultando insuficientes los métodos tradicionales de interpretación. Por ello el Tribunal Fiscal debe tener criterios ponderativos, para un correcto ejercicio de control constitucional.

6. El Tribunal Fiscal ha mostrado dificultades en la aplicación del control difuso administrativo. Debido a la ausencia de un marco regulatorio adecuado que garantice su independencia (institucional y funcional); pues evidencia limitación en sus criterios de aplicación, así; solo ha venido recogiendo sentencias del Tribunal Constitucional de directa incidencia tributaria; dejando de lado otras Sentencias que interpretan otros derechos (es el caso del debido proceso). En cuanto al pedido de control difuso, el Tribunal Fiscal ha declarado infundado gran parte de ellos por no estar probado debidamente el agravio, dejando de lado un debido examen constitucional en cada caso; lo que explica que el Tribunal Fiscal aún no ha inaplicado alguna ley vigente vía control difuso administrativo.
7. El cumplimiento de las sentencias de control difuso provenientes de la justicia ordinaria no han tenido el mismo grado de reconocimiento y aplicación que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional. Así, el Tribunal Fiscal solo ha reconocido el carácter particular de las sentencias de la justicia ordinaria.
8. El Tribunal Fiscal no ha fijado una posición clara frente a casos de naturaleza compleja. Para salvar dicha dificultad el Tribunal Fiscal debe hacer mayor uso de la ponderación constitucional, a fin de poder realizar una verdadera interpretación constitucional.

SUGERENCIAS

PRIMERO.- Se deben realizar las reformas normativas y organizativas, a fin de poder consolidar el control difuso administrativo. Las reformas normativas deben iniciarse desde la propia Constitución para que pueda hacerse un efectivo control constitucional por parte de los Tribunales Administrativos; para tales efectos es necesario el reconocimiento constitucional de la justicia administrativa.

SEGUNDO.- A pesar de las reglas de competencia instituidas por el Tribunal Constitucional, también supone una regulación por parte del Poder Legislativo. Como análogamente ocurre en el caso del Poder Judicial, que mantiene reglas de competencia, además, de reglas de procedimiento de la aplicación del control constitucional judicial. Creemos que en el caso del control difuso administrativo, la labor de su correcta aplicación debe recaer en manos del Poder Legislativo, quien debe disponer las reglas necesarias de competencia, ejercicio y procedimiento para optimizar el control de constitucionalidad por parte de los Tribunales Administrativos, con la finalidad de encaminar de manera correcta el control difuso administrativo.

TERCERO.- Los Tribunales Administrativos requieren elementos que permitan una adecuada interpretación. De tal forma que la actividad interpretativa de los Tribunales Administrativos exige ciertos presupuestos como son: implementar una Administración más grande, y; una Administración capaz de asumir un rol garantizador.

CUARTO.- A fin de poder limitar de manera proporcional al control de constitucionalidad que practican los jueces ordinarios, es necesario disponer procedimientos de segunda instancia que supervisen el control de constitucionalidad practicada por los Tribunales Administrativos. Así se puede reconocer como una segunda instancia al Poder Judicial o al Tribunal Constitucional.

QUINTO.- Para asegurar la legitimidad de los miembros del Tribunal Fiscal es necesario asegurar procedimientos democráticos de la elección de sus miembros. Además de hacer

participar a instituciones democráticas, como el Consejo Nacional de la Magistratura; para tal fin se deben ampliar las facultades constitucionales de este ente público.

SEXTO.- Es necesario que el Poder Ejecutivo desvincule sus Tribunales Administrativos dentro de sus organigramas como organismos subordinados y dependientes. En el caso del Tribunal Fiscal es necesario que se le desvincule su dependencia al Ministerio de Economía y Finanzas, constituyéndolo en un organismo independiente, de manera que pueda tener independencia funcional e institucional.



PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

POR INICIATIVA CIUDADANA

**SOLICITUD: INICIATIVA DE REFORMA
CONSTITUCIONAL.**

SEÑOR PRESIDENTE DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

LIMA.-

RENIERD RIOS GOMEZ, peruano de nacimiento, identificado con DNI 10101010, domiciliado en la Av. Abancay N °1000, de la provincia y distrito de Lima, en representación de 50 000 ciudadanos; ante usted me presento y digo:

Haciendo uso de la facultad de los ciudadanos de presentar iniciativas de reforma constitucional conforme al artículo 206 de la Constitución Política del Perú; y en cumplimiento de los artículos 8°, 17°, 18° y 19° de la Ley N° 26300 la Resolución N° 050-2003-JNE ; y el artículo 4° de la Ley N° 27706 Resolución N° 109-2002-JNE.

Presentamos la siguiente Iniciativa de Reforma Constitucional a fin de ser aprobado por el Congreso de la República del Perú, conforme a los artículos 139. Numeral 1, que agrega a su texto el reconocimiento de la jurisdicción administrativa.

Asimismo, agregar en el artículo 150 de la Constitución Política del Perú. Que agrega a su texto, la atribución del Consejo Nacional de la Magistratura de colaborar en la selección de miembros de tribunales administrativos de carácter nacional.

Por lo expuesto, solicitamos se cumpla con el trámite regular y legal de la presente iniciativa de Reforma constitucional, por ser de justicia.

Lima, 15 de diciembre del 2010.

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

FÓRMULA LEGAL

AGRÉGUESE EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 150 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, LA ATRIBUCIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA DE COLABORAR CON LA SELECCIÓN DE MIEMBROS DE TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER NACIONAL:

ARTÍCULO ÚNICO: Agréguese en el texto del artículo 150 de la Constitución Política del Perú:

“Artículo 150° .El Consejo Nacional de la Magistratura se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular. **Además, de colaborar en la selección de miembros de tribunales administrativos de carácter nacional.**”



PROYECTO DE REFORMA AL TEXTO DE LA LEY N° 29158 LEY ORGÁNICA DEL PODER EJECUTIVO

FÓRMULA LEGAL

**INCORPÓRESE AL TEXTO DE LA LEY N° 29158 LEY ORGÁNICA DEL
PODER EJECUTIVO EL TÍTULO VI, DENOMINADO TRIBUNALES
ADMINISTRATIVOS, Y EL ARTÍCULO 49:**

ARTÍCULO ÚNICO: Agréguese en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo el Título VI denominado Tribunales Administrativos; y el artículo 49 cuyo texto será el siguiente:

TITULO VI

TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

“Artículo 49.- Son tribunales administrativos los órganos administrativos independientes estructuralmente de un ministerio; encargados de resolver en última instancia las impugnaciones administrativas, que la ley señale.

Los tribunales administrativos, están dotados de plena autonomía para dictar sus fallos que tengan a su cargo dirimir; de las controversias que se susciten entre la administración pública y los particulares, así como para imponer sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa que determine la ley. Sus fallos son vinculantes para la administración pública.”

Es tarea de cada sector prestar el apoyo técnico al Poder Legislativo, para que éste establezca las normas para su organización, su funcionamiento, los procedimientos y los recursos contra sus resoluciones.”

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN, Manuel. «*Constitución y Control del Poder: introducción a una teoría constitucional de control*», Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

ATIENZA, Manuel. “*Los límites de la interpretación constitucional / de nuevo sobre los casos trágicos*”, en: ISONOMÍA, N° 6, abril 1997.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y HIGA SILVA, César. “*Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional*”, en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007.

CAPELLETTI, Mauro. «*El control judicial de las leyes en el derecho comparado*», en: Justicia Constitucional del Control judicial, 1978.

CARBONELL, Eloísa y MUGA, José Luis. “*Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*”, Marcial Pons, Madrid, 1996.

COMANDUCCI, Paolo. «*Formas del (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico* » en: ISONOMÍA N°16, Abril, 2002.

CHAIRES ZARAGOZA, Víctor. “*La independencia del poder judicial*” Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004.

CHIRI GUTIÉRREZ, Isabel. “*El control difuso del Tribunal Fiscal / la paradoja del control difuso en un tribunal atado de manos*”, en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007.

DE LORA DEL TORO, Pablo “*La interpretación originalista de la Constitución: una aproximación desde la filosofía del Derecho*”, Madrid, Boletín Oficial del Estado / Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

DEL POZO, Claudia. “*Control difuso y procedimiento administrativo*”, Lima, Palestra Editores, 2005.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. «*La “Constitución abierta” y su interpretación* », Lima, Palestra Editores, 2004.

DROMI, Roberto, “*Derecho Administrativo*” T.I, Lima-Buenos Aires, Gaceta Jurídica-Ciudad Argentina, Primera Edición peruana, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. “*Pasado y futuro del Estado de Derecho*” en: “*Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*”. México, Siglo XXI editores, s.a. de c.v., 2002.

GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. “*Derecho procesal administrativo*”. V. I., Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*”, Madrid, Civitas, 1981.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “*Democracia, jueces y control de la administración*”, Madrid, Civitas, Quinta Edición, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “*La construcción técnica del principio de legalidad de la Administración*”, en: *Miscelánea en honor a Juan Becerril y Antón Milares*, V 2, 1974.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “*La justicia administrativa en el cambio de siglo*”, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2003.

GARCÍA PELAYO, Manuel. «*El “status” del Tribunal Constitucional*», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Vol. I, N°1, enero-abril, 1981.

GRANDA VIVEROS, Mónica Lucía y HERNÁNDEZ DÍAZ, Francia Inés. “*Legitimidad en el Procedimiento Administrativo Tributario y Aduanero*”, en: MERCATEC. Edición N° 45, febrero 2009.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. “*Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo*”, en: *Revista de Administración pública*, Número 150. Septiembre - diciembre. 1999.

GONZALES MANTILLA, Gorki. “*Las garantías para el desempeño profesional del Juez y la independencia judicial en un Estado constitucional*”, en: *Derecho y Sociedad*, N° 28, 2007.

GONZALES PÉREZ, Jesús. “*El derecho administrativo*”, en: *La Ciencia del Derecho durante el Siglo XX*, México II.UNAM, 1998.

HÄBERLE, Peter. “*El Estado constitucional*”, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HAMILTON, Alexander. “*El federalista*” Artículo LXXVIII, México: Fondo de Cultura Económica, 1974.

HAYEK, Friedrich A. *“El Ideal Democrático y la Contención del Poder”*, Santiago de Chile, en: Estudios Públicos. N°1, 1980.

HERRERA, Carlos Miguel. *«La polémica de Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución»*, en: Revista de Estudios Políticos (Nueva época), Número 86. Octubre - diciembre. 1994.

HESSE, Konrad. *“Escritos de Derecho Constitucional”*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KELSEN, Hans. *«La garantía jurisdiccional de la Constitución»*, México, en: Serie de Ensayos Jurídicos N° 5. S/A.

KRENT, Harold J. *“Separating the Strands in Separation of Powers Controversies”*, en: Virginia Law Review. Vol ° 74, N° 1253.

LANDA ARROYO, César. *“Los principios tributarios en la Constitución de 1993. “Una perspectiva constitucional”*, en: *“Constitución y Fuentes del Derecho”*, Lima, Palestra Editores, 2006.

LÓPEZ MENUDO, Francisco. *“Los principios generales del procedimiento administrativo”* en: Revista de Administración pública, Madrid, septiembre-diciembre 1992.

LÖSING. Norbert. *“Estado de Derecho, Seguridad Jurídica y Desarrollo Económico”*, en: Revista: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Número 6, Enero - Diciembre. 2002.

MACCORMICK, Neil. *“Legal Reasoning and Legal Theory”*. New York, Oxford University Press, 1994.

MONTERO AROCA, Juan. *“Derecho Jurisdiccional”* T.1, Barcelona, José María Boch Editor, 1994.

MOLERO ALONSO, Eduardo. *“El concepto de reglamento en nuestra Constitución, desde una comprensión paradigmática”*, en: Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furio Ceriol, N°38/39, Valencia, 2002.

MONROY GÁLVEZ, Juan. *“La independencia del juez y del abogado”*, en: Ius Et Veritas, N°2, 1991.

MORALES GODO, Juan. *“Control difuso por parte de los tribunales administrativos / a propósito de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, de fecha 14 de noviembre de 2005, en el expediente N° 3741-2004-AA/TC.”*, en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales

administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007.

MORALES SARAVIA, Francisco. *“Tribunales Administrativo y control constitucional / Comentario a la posición del Tribunal Constitucional del Perú”* en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007.

NIETO, Alejandro, *“La Vocación del Derecho Administrativo de Nuestro Tiempo”*, en: Revista de Administración pública, Madrid. Enero – Abril, N° 76. 1975.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *“Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General”*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *“Los Derechos Fundamentales”*, Madrid, Tecnos, Cuarta Edición, 1991.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *“Derechos Fundamentales, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”*, Lima, Palestra Editores, 2002.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *«Tribunal Constitucional y positivismo jurídico»*, Materiales de Postgrado de la Universidad Castilla La Mancha, S/A.

RAWLS, John. *“Teoría de la justicia”*. México, fondo de Cultura Económica, Quinta reimpresión, 2004.

REQUEJO PAGES, Juan Luis. *“Sistemas Normativos, Constitución y Ordenamiento / La Constitución como norma sobre la aplicación de normas”*, Madrid, McGraw-Hill, 1995.

RIOS A., Lautaro. *“El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile”*. Ius et Praxis, Talca, v. 8, n. 1, 2002.

ROBLES MORENO, Carmen del Pilar y AA.VV. *“Código Tributario: Doctrina y Comentarios”*, Instituto de investigación el Pacífico, Lima, 2005.

RODRIGUEZ GAONA, Roberto. *“El Control de Constitucionalidad del Siglo XXI: Elementos para un Modelo Integral”* en: Teoría General de Derecho Constitucional. CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús, (Coord). AA.VV. Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2009.

SACHICA, Luis Carlos. *“El control de constitucionalidad”*, Bogotá, Temis, 1989.

SAGÜES, Pedro Néstor. *“Del juez legal al juez constitucional”*, en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/8/AIB_004_337.pdf,

SAVIGNY, Friedrich Karl Von, “*Metodología Jurídica*”, Buenos Aires, Depalma, 1994.

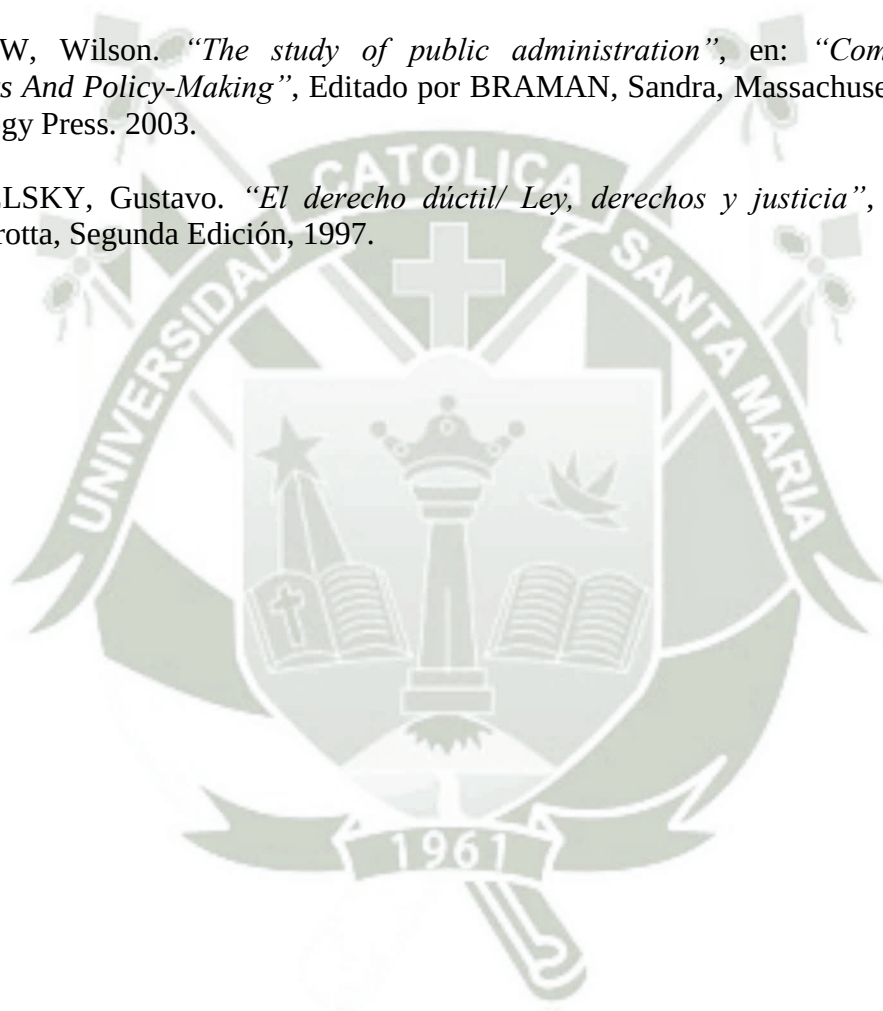
SPISSO, Rodolfo. «*Derecho Constitucional Tributario*», Buenos Aires, Depalma, 1991.

TIRADO BARRERA, José Antonio. “*El Control Constitucional de las leyes por parte de la Administración pública / en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, Lima, Grijley, 2008.

VÁZQUEZ ALFARO. José Luís “*Evolución y perspectiva de los órganos de la jurisdicción administrativa en el ordenamiento mexicano*”. México, Universidad Nacional Autónoma de México” 1991.

WOODROW, Wilson. “*The study of public administration*”, en: “*Communication Researchers And Policy-Making*”, Editado por BRAMAN, Sandra, Massachusetts Institute Of Tecnology Press. 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. “*El derecho dúctil/ Ley, derechos y justicia*”, Valladolid, Editorial Trotta, Segunda Edición, 1997.



ANEXOS

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL Y ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

**“EL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO EN LOS FALLOS DEL
TRIBUNAL FISCAL”**

Tesis presentada por el Bachiller:

RENIERD RIOS GOMEZ

Para Optar El Grado De Magister en:

**DERECHO PROCESAL Y ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA**

AREQUIPA -PERÚ

2010

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Título:

“El control difuso administrativo en los fallos del Tribunal Fiscal”

1.2. Enunciado del problema:

El control difuso en sede administrativa ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, justificado en principio de supremacía constitucional consolidando de este modo el Estado Constitucional de Derecho. En el caso de la Administración Tributaria, esta debería materializarse en los fallos del Tribunal Fiscal, como última instancia administrativa; es por ello que surge la necesidad de ver si en la práctica viene ocurriendo. Por ello, es nuestro propósito, en la presente investigación, diagnosticar el debido cumplimiento del control difuso en las resoluciones del Tribunal Fiscal.

1.3. Descripción del problema

1.3.1. Campo: Ciencias Jurídicas y Políticas.

1.3.2. Área: Derecho Procesal y Derecho Tributario

1.3.3. Variables:

1.3.3.1. Variable: “El Estado constitucional de Derecho, Supremacía de la Constitución y control constitucional”

Indicadores:

- Definiciones: Estado Constitucional, La supremacía constitucional, el control constitucional. La Administración Pública dentro del Estado Constitucional de Derecho. Principio de Legalidad en la Administración Pública. La supremacía constitucional en la Administración Pública. La Supremacía constitucional como justificación del control de constitucionalidad en la justicia administrativa.

1.3.3.2. Variable: “El control difuso administrativo”

Indicadores:

- Definiciones: Los tribunales administrativos: modelos de justicia administrativa. El control difuso en administrativo a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Características especiales del control difuso administrativo introducidas por la sentencia 3741-2004-AA/TC. Dificultades advertidas en el control difuso en la administración pública.

1.3.3.3. Variable: “El control difuso en el Tribunal Fiscal”

Indicadores:

- Definiciones: -Los Tribunales Administrativos y el control de constitucionalidad. Naturaleza del Tribunal Fiscal. Independencia del Tribunal Fiscal. El control difuso en el Tribunal Fiscal. Análisis de los fallos del Tribunal Fiscal Resoluciones del Tribunal Fiscal Peruano. Diagnóstico de las Resoluciones del Tribunal Fiscal.

- Conclusiones y sugerencias.

1.3.4. Tipo: Investigación Descriptiva y Doctrinaria.

1.3.5. Interrogantes Básicas:

- a. *¿En qué se justifica el control constitucional administrativo?*
- b. *¿Cómo viene evolucionando la justicia administrativa, en relación al principio de Supremacía Constitucional, en un Estado constitucional?*
- c. *¿De qué manera viene siendo aplicado el control difuso en las resoluciones del Tribunal Fiscal?*

1.4. Justificación del Problema

En el Perú la máxima instancia Administrativa en materia Tributaria es el Tribunal Fiscal, el mismo es el encargado de realizar una tarea de control jurídico sobre las actividades de las Administraciones Tributarias (SUNAT y Gobiernos Locales). Encargándose de velar por el cumplimiento de la legalidad. No obstante, esta legalidad se reducía simplemente a normas de carácter administrativo.

En efecto, conforme al artículo 102 del Código Tributario que dispone:

“Al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía. En dicho caso, la resolución deberá ser emitida con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria, de acuerdo a lo establecido por el artículo 154.”

Para el Tribunal Fiscal, la interpretación de este artículo no comprendía la aplicación directa de la Constitución; así lo estableció bajo Resolución de observancia obligatoria N° 00536-3-99 señalando:

*“El artículo 102 del Código Tributario indica que al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía, **se entiende, dentro de su fuero administrativo**, por lo que, en el presente caso se encuentra ante el imperativo de aplicar la Ordenanza materia de cuestionamiento, pues, al no hacerlo así, se irrogaría indebidamente el control difuso de constitucionalidad de las normas, el cual es de competencia del fuero jurisdiccional del Poder Judicial (el resaltado es nuestro).”*

Dicho planteamiento resultaba lógico y consecuente al debido cumplimiento de legalidad, además de respetar la atribución exclusiva de control constitucional en el Poder Judicial y Tribunal Constitucional.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional sería el encargado de introducir y reconocer el control constitucional administrativo (recogiendo criterios jurisprudenciales internacionales) por medio de la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC y su Resolución Aclaratoria (Caso Salazar Yarlenque) encargando el control difuso a los Tribunales Administrativos.

El problema que se pretende exponer en la presente investigación es demostrar que la facultad del control difuso en sede administrativa viene siendo ejercida por parte del Tribunal Fiscal. A pesar de la reticencia por parte de la Doctrina Constitucional y Administrativa que rechazan el ejercicio de control constitucional en la Administración. Sustentados en el principio de legalidad administrativa.

A razón de dicha contradicción en la presente investigación tratamos de hacer ver que el principio de legalidad y el de supremacía constitucional se complementan en un Estado Constitucional de Derecho, renovando a la Administración Pública; y redimensionando la justicia administrativa de nuestro país.

Por ello, es necesario examinar el estado institucional actual del Tribunal Fiscal; sus necesidades; y, presupuestos para poder realizar un debido control constitucional. Finalmente, con esta investigación pretendemos brindar a la Administración y a los contribuyentes alcances de la concretización del control difuso por medio de la casuística del Tribunal Fiscal.

De otro lado, no es nuestro propósito incrementar el Dogmatismo constitucional, más exactamente nuestra investigación pretende alcanzar una calidad de histórico-jurídica, jurídico-prescriptiva y jurídico-propositiva. Centrado el reconocimiento de una nueva justicia Administrativa (cuasijurisdiccional) que viene cambiando de paradigmas pasivos de la Administración pública.

2. MARCO CONCEPTUAL

2.1. CONCEPTOS PREVIOS

a. Legislación

Se entiende por Legislación al conjunto de normas que conforman un determinado sistema jurídico. La misma que permite el desenvolvimiento de la vida democrática de un Estado. Para un determinado sector de la doctrina constitucional existe una distinción entre normas reglas y normas principios dentro de una determinada Legislación.

Como es de notarse, la ley es el principal elemento del sistema normativo, pero también se reconoce como parte del mismo a toda norma que posea características de obligatoriedad y que hayan observado los procedimientos que las originan.

b. Legislación tributaria

Es el conjunto de normas jurídicas destinadas a regir la tributación de un Estado. Estas permiten una uniforme viabilidad de los tributos, haciendo posible su recaudación, determinación, fiscalización de las obligaciones tributarias a cumplir, así como también sancionar las eventuales infracciones.

De otro lado, es necesario tener en consideración que a pesar que el derecho tributario se identifica como una rama autónoma, frente al derecho administrativo; mantiene principios básicos del derecho administrativo para su regulación. Así, la Administración Tributaria goza de potestad legislativa para determinadas áreas de su quehacer; esta potestad se entiende como el poder legal de regular otras normas sin alterar su núcleo esencial de Ley que se reglamenta.

Ahora bien, en nuestro país se mantiene un orden legislativo tributario sistematizado, desde el de rentas y su reglamento; el General a las Ventas y su Reglamento; el selectivo al consumo; Ley tributación Municipal como también un conjunto de normas administrativas que hacen factible el cumplimiento del conjunto de obligaciones tributarias.

c. Tributación

En principio es necesario tener en cuenta que el Estado requiere de un necesario financiamiento para poder cumplir con el conjunto de deberes a favor de sus ciudadanos. De esta manera el Estado puede obtener recursos de diferentes formas; ya sea endeudándose y/o imponiendo tributos.

Es pues, esta segunda forma la que permite al Estado poder captar recursos por parte de sus ciudadanos teniendo en cuenta su capacidad contributiva; la misma que se manifiesta por signos como la riqueza, el consumo y el patrimonio. En consecuencia, se tiene que los contribuyentes generaran los futuros hechos gravables que originaran una obligación dineraria frente al Estado.

Así pues, se entiende como tributación al conjunto de obligaciones que deben realizar los ciudadanos sobre sus rentas, sus propiedades y mercancías o servicios que prestan, en beneficio del Estado, para su sostenimiento y el suministro de servicios, tales como defensa transportes, comunicaciones, educación, sanidad, vivienda, etc²⁰³.

2.2. DERECHO CONSTITUCIONAL

a. El control difuso

La supremacía de la Constitución debe aplicarse a todo nivel, bajo este principio la Constitución prevé a los órganos jurisdiccionales, en especial a los jueces, el poder defender la constitucionalidad de las leyes en un marco democrático. Así pues el control difuso viene a representar la garantía de la concreción del principio de constitucionalidad, en concordancia en un Estado Constitucional de Derecho.

Desde luego, esta facultad no debe operar de manera proclive, en todo ámbito, es por ello que se ha creído conveniente organizar debidamente sus canales de aplicación a través de los distintos fallos interpretativos del Tribunal Constitucional Peruano.

b. El control difuso en sede administrativa

El Control difuso administrativo se origina por el pronunciamiento del Tribunal Constitucional la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC justificado en el principio de supremacía de la Constitución sobre todas las demás normas, ello incluye a las normas de nivel administrativo; las mismas que proporcionan la eficiencia y eficacia de la Administración Pública en el marco del interés público.

²⁰³ MARCONE, Rafael y NAVARRO VÁZQUEZ, Guillermo. *"Diccionario Enciclopédico Tributario"*, Lima, Marcone Editores, Primera Edición, 2002, T.2, p.715.

Ahora bien, este principio ha colisionado con uno de los principios matrices de la Administración Pública que es el denominado principio de legalidad, auspiciadores del Derecho Administrativo. En efecto, desde este principio se ha creído en la necesidad de alejar el control difuso, en salvaguarda del cumplimiento riguroso de las normas administrativas, que responde a un Estado Decimonónico.

Así pues, bajo este panorama restringido o positivista de la ley, la Administración ha creído estar a espaldas de la Constitución, lo cual no es congruente desde ningún punto de vista en un Estado Constitucional de Derecho, es por ello que en fallos del Tribunal Constitucional Peruano ha instado, por medio de precedentes vinculantes, a la Administración Pública en su conjunto a respetar los derechos y valores que la Constitución entraña, frente a cualquier otra norma.

De esta forma, el principio de supremacía constitucional viene siendo acicateado por Tribunal Constitucional, lo que permite consolidar un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

2.2. DERECHO TRIBUTARIO

a. Tribunal Fiscal

El Tribunal Fiscal es la última instancia contenciosa-administrativa de la Administración Tributaria, encargada de resolver las reclamaciones y quejas que se susciten dentro de las potestades de la Administración en relación con el contribuyente. Así resulta siendo un Órgano jurídico especializado en materia tributaria, ajeno a la actividad de gestión; como es por ejemplo la SUNAT que es la encargada, directamente de recaudar los impuestos de todos los contribuyentes.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

A pesar de existir serios trabajos de ámbito nacional, como es el caso de los doctores: Claudia Del Pozo Goicochea, en su tesis -poco después publicada como libro- *“Control difuso y procedimiento administrativo”*²⁰⁴; y más recientemente José Antonio Tirado Barrera; en su obra *“El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*²⁰⁵. No obstante, ambos trabajos no han tocado de manera directa la relación del control difuso en el caso de la Administración Tributaria, en particular las resoluciones del Tribunal Fiscal.

²⁰⁴ DEL POZO GOICOCHEA, Claudia. *“Control difuso y procedimiento administrativo”*, Lima, Palestra, 2005, pp. 195.

²⁰⁵ TIRADO BARRERA, José Antonio. *“El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, Lima, Grijley, 2008, pp. 159.

4. OBJETIVOS

- I. Establecer a la Supremacía constitucional como justificación del Control de Constitucionalidad en sede administrativa.*
- ii. Describir la evolución de la justicia administrativa en armonía con el principio de Supremacía en un Estado constitucional, desde un punto de vista histórico y comparativo, además de jurisprudencial (internacional y nacional).*
- iii. Establecer los alcances y dificultades del control difuso en sede administrativa en el caso Peruano, a partir de la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC.*
- iv. Describir la situación actual del Tribunal Fiscal peruano, frente a su nuevo rol de Control Constitucional.*
- v. Ensayar algunas medidas que permitan consolidar la independencia (institucional y funcional) del Tribunal Fiscal peruano, para asegurar su tarea de control constitucional.*
- vi. Diagnosticar la aplicación del control difuso en el caso particular del Tribunal Fiscal peruano, a través diecinueve (18) resoluciones, expedidas por este Tribunal Administrativo, con relación directa a casos de aplicación de “control difuso administrativo”.*

5. HIPÓTESIS

Siendo que el control constitucional dentro de un Estado Constitucional de Derecho se justifica en el principio de supremacía constitucional. Dicha atribución se extiende a la Administración Pública. En tal sentido, el Tribunal Constitucional Peruano, a través de la Sentencia N° 3741-2004-AA/TC y Resolución Aclaratoria; ha reconocido la facultad del control constitucional dentro de los Tribunales Administrativos de carácter nacional adscritos al Poder Ejecutivo. No obstante, dicha reconocimiento es genérico y muestra limitaciones y vacíos que deben ser superados normativamente.

Es probable: que el Tribunal Fiscal muestre dificultades en la aplicación del control difuso, en razón a la ausencia de un marco normativo adecuado; que garanticen su independencia institucional e funcional, para un debido control constitucional.

II. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

Con el propósito de alcanzar a desarrollar de manera óptima los objetivos planteados, se recurrirá a las siguientes herramientas de investigación, las mismas que responden a una estrategia de consolidación y término del trabajo:

1. TÉCNICAS INSTRUMENTALES Y MATERIALES

1.1. Técnicas

- Análisis Documental: de bibliografía y hemerografía especializada en los temas de derecho procesal tributario, derecho constitucional y derecho administrativo; asimismo de Sentencias del Tribunal Constitucional Peruano y Resoluciones del Tribunal Fiscal Peruano.

1.2. Instrumentos

Es importante tener en consideración que para un mejor manejo de la información documental se hará uso de fichas bibliográficas, hemerográficas y jurisprudencial. De esta manera pretendemos brindar la información más fidedigna y ordenada para el lector.

1.3. Materiales de verificación

- a) Información documental
- b) Fichas de análisis conceptual

2. CAMPO Y VERIFICACIÓN

2.1. Ubicación especial: Perú

2.2. Ubicación temporal: Año 2007-2009.

2.3. Unidades de estudio:

2.3.1. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Dos Resoluciones (02): Case of X vs. The United Kingdom del 5 de noviembre de 1981; y, Case of Campbell and Fell vs. The United Kingdom del 28 de junio de 1984.

2.3.2. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos de Derechos Humanos

- Una Resolución (01): Tribunal Constitucional Peruano (Aguirre Roca, Rey Terry, Revoredo Marsano) vs. Perú, del 31 de enero del 2001.

2.3.3. Resoluciones del Tribunal Constitucional Peruano

- Seis Resoluciones (06): Sentencia N° 0007-2001-AI del 6 de febrero del 2003; Sentencia N° 0499-2002-AA/TC del 19 de junio del 2003; Sentencia N° 0050-2004-AI/TC del 6 de junio del 2005; Sentencia N° 0004-2006-AI/TC, del 18 de abril del 2006; Sentencia N° 3741-2004-AA/TC publicada el 11 de octubre del 2006; y, su Resolución Aclaratoria del 13 de octubre del 2006.

2.3.4. Resoluciones del Tribunal Fiscal Peruano

- Dieciocho Resoluciones del Tribunal Fiscal (18): RTF N° 11353-2-2007, RTF N° 03751-5-2008, RTF N° 11366-4-2007, RTF N° 01462-5-2007, RTF N° 01202-0-2008, RTF N° 01509-4-2008, RTF N° 00121-4-2007, RTF N° 05649-4-2007, RTF N° 00836-1-2007, RTF N° 02761-1-2007, RTF N° 11718-4-2007, RTF N° 10042-2-2008, RTF N° 08862-2-2007, RTF N° 02605-1-2008, RTF N° 07338-3-2007, RTF N° 11228-2-2007, RTF N° 05522-4-2008, RTF N° 04924-2-2007.

2.4. Doctrinarios:

2.4.1. Bibliografía

- CHIRI GUTIÉRREZ, Isabel. *“El control difuso del Tribunal Fiscal / la paradoja del control difuso en un tribunal atado de manos”*, en: Cuaderno de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional / La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Lima, Palestra Editores, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *“La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”*, Madrid, Civitas, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *“Democracia, jueces y control de la administración”*, Madrid, Civitas, Quinta Edición, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *“La construcción técnica del principio de legalidad de la Administración”*, en: Miscelánea en honor a Juan Becerril y Antón Milares, V 2, 1974.
- DEL POZO GOICOCHEA, Claudia Rosanna. *“Control difuso y procedimiento administrativo”*, Lima, Palestra, 2005.

- ROBLES MORENO, Carmen del Pilar y AA.VV. *“Código Tributario: Doctrina y Comentarios”*, Instituto de investigación el Pacífico, Lima, 2005.
- TIRADO BARRERA, José Antonio. *“El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, Lima, Grijley, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *“El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia”*, Valladolid, Editorial Trotta, Segunda Edición, 1997.

2.4.2. Hemerografía

- GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael. «*Incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo*», en: Revista de Administración Pública, Número 150. Septiembre - diciembre. 1999.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco. *“Los principios generales del procedimiento administrativo”* en: Revista de Administración Pública, Madrid, septiembre-diciembre 1992.
- NIETO, Alejandro, *“La Vocación del Derecho Administrativo de Nuestro Tiempo”*, en: Revista de Administración Pública, Madrid. Enero – Abril, N° 76. 1975.

2.5. Normas Jurídicas

- Constitución Política del Perú.
- Código Tributario (D. S. N° 135-99-EF).

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

El presente trabajo de investigación, se desarrollará en tres etapas: una primera en la que se recolectará toda la información bibliográfica y hemerográfica, que se orientan a la elaboración del contenido teórico del desarrollo del cuerpo de la tesis. La segunda etapa pretende un estudio minucioso de la normativa nacional y extranjera constitucional-tributaria, que permita arrojar juicios que semienten las hipótesis. Finalmente en la tercera etapa estará dedicada al estudio de los Resoluciones del Tribunal Constitucional, y las Resoluciones del Tribunal Fiscal. Luego de cumplidas las etapas se iniciara la ejecución de la Tesis.

CRONOGRAMA DE TRABAJO

MESES SEMANAS ACTIVIDAD	T I E M P O																			
	JULIO				AGOSTO				SETIEMBRE				OCTUBRE				NOVIEMBR E			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elección del tema	X																			
Formulación de Objetivos	X																			
Marco teórico	X	X	X																	
Hipótesis, variables, indicadores			X	X																
Metodología Operativa				X	X	X														
Recopilación de Información		X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Proceso de Interpretación										X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
Elaboración del Primer Borrador													X	X	X	X	X	X		
Informe Final																	X	X	X	

FICHAS BIBLIOGRÁFICAS

ZAGREBELSKY, Gustavo.

"El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia" Buenos Aires, editorial Astrea, 1998

338 pp.

Biblioteca de personal.

AA.VV.

"Código Tributario: Doctrina y Comentarios"

Instituto de investigación el Pacífico, Lima, 2005.

Biblioteca del Tribunal Fiscal

LÓPEZ MENUDO, Francisco.

"Los principios generales del procedimiento administrativo"
en: Revista de Administración Pública, Madrid, septiembre-
diciembre 1992."

Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú

NIETO, Alejandro

"La Vocación del Derecho Administrativo de Nuestro Tiempo"

En: Revista de Administración Pública, Madrid. Enero – Abril,
Nº 76. 1975.

p.26