

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



*“Control difuso en la Administración Pública en materia de Derechos Humanos:
análisis y posibilidad de su ejercicio en cumplimiento de las obligaciones
internacionales del Estado Peruano”*

Tesis presentada por el Bachiller

Jesús Vicente Zúñiga Hernández

*Para obtener el Título Profesional de
Abogado.*

AREQUIPA – PERÚ

2016

“(...). En el Reino de los Cielos no hay grandeza que conquistar, puesto que allá todo es jerarquía establecida, incógnita despejada, existir sin término, imposibilidad de sacrificio, reposo y deleite. Por ello agobiado de penas y de tareas, hermoso dentro de su miseria, capaz de amar en medio de las plagas, el hombre solo puede hallar su grandeza, su máxima medida en el Reino de este Mundo.”

Alejo Carpentier





A Luz Melina y José Antonio

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	8
RESUMEN	12
ABSTRACT.....	12
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	14
MARCO TEÓRICO.....	8
CAPÍTULO I: “PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”	15
A. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	15
a) Estado de Derecho	16
b) Estado Constitucional de Derecho.....	19
B. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	21
C. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	27
a) Los mecanismos de control del Principio de Supremacía Constitucional como garante de los Derechos Fundamentales	31
CAPÍTULO II: EL CONTROL DIFUSO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ..	35
A. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTES DEL EXP. 3741-2004-AA/TC (CASO SALAZAR YARLENQUE)	35

a.	<i>STC recaída en el Exp.N° 050-2004-AI/TC (Caso Colegio de Abogados del Cusco y del Callao contra el Congreso de la República)</i>	35
B.	ANÁLISIS DEL NACIMIENTO FORMAL DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO EN EL EXP. 3741-2004-AA/TC (CASO SALAZAR YARLENQUE)	37
a)	<i>Sobre la forma</i>	37
b)	<i>Sobre el fondo</i>	39
c)	<i>Sobre la adecuación del uso de un precedente vinculante para el caso en concreto</i>	42
d)	<i>Resolución aclaratoria: los alcances del control difuso administrativo.</i>	43
C.	ANÁLISIS DEL FINAL DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO EN EL EXP. 4293-2012-PA/TC (CASO CONSORCIO REQUENA)	45
a)	<i>Sobre la forma</i>	45
b)	<i>Sobre el fondo</i>	47
D.	UN BALANCE SOBRE EL CONTROL DIFUSO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:	50
a)	Argumentos en contra:	50
i)	Sobre los mecanismos que efectivizan el Principio de Supremacía Normativa	52
ii)	Sobre la interpretación estricta del Artículo 138 de la Constitución:	56
iii)	Sobre la afectación al Estado Constitucional de Derecho:	57
iv)	Sobre los órganos vinculados con la interpretación del artículo 138 del CP y la posibilidad de realizarse vulneraciones manifiestas.	59

v)	La inexistencia de un procedimiento de “consulta” para cuestionar el ejercicio de parte de los tribunales administrativos	61
b)	Argumentos a favor:	62
i)	El principio de jerarquía y el principio de legalidad en el Estado Constitucional de Derecho	62
ii)	Sobre la interpretación amplia del artículo 138° de la Constitución	65
iii)	Sobre la eficacia vertical de los Derechos Fundamentales	67
iv)	Sobre los órganos vinculados con la interpretación del artículo 138 del CP	69
v)	Sobre la inexistencia de un procedimiento de consulta en el control difuso administrativo	83
F)	LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO EN LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DURANTE LA VIGENCIA DEL PRECEDENTE VINCULANTE DEL CASO SALAZAR YARLENQUE	85
	CAPÍTULO III: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA POSIBILIDAD DE SU EJERCICIO A TRAVÉS DEL CONTROL DIFUSO EN SEDE ADMINISTRATIVA	90
A.	EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	90
B.	SOBRE LOS SUJETOS OBLIGADOS A REALIZAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	93
C.	SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES ESTATALES FRENTE AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	100

a) Realizar una “interpretación conforme” entre las leyes nacionales y los estándares interamericanos de protección a Derechos Humanos:.....	101
b) Inaplicar la norma que no pueda ser interpretada de conformidad con los mencionados estándares interamericanos.	101
c) Actuar de manera positiva y suplir las deficiencias de la legislación penal nacional para evitar impunidad en casos de graves violaciones a Derechos Humanos	104
d) Utilizar el control de convencionalidad como una técnica que permita el debido cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en aquellos casos donde Estado al que al que la autoridad pertenece haya sido condenado.....	105
D. SOBRE EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO Y LA POSIBILIDAD DE SU CONFIGURACIÓN POR LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR INAPLICACIÓN NORMATIVA EN SEDE ADMINISTRATIVA ..	106
CONCLUSIONES:.....	111
PROPUESTA LEGISLATIVA:	111
BIBLIOGRAFÍA	113
ANEXOS.....	116

INTRODUCCIÓN

El Estado Constitucional de Derecho como el Estado característico de la época contemporánea nos lleva a una serie de reflexiones sobre la relevancia de lo “Constitucional” en su denominación, que inmediatamente nos remite a características que dan cuenta de que su mención no representa un simple adorno sino un eje sobre el que se rige este Estado en tanto la jurisdicción constitucional busca constantemente su protección; sin embargo, en tanto el Estado es un todo que abarca mucho más que el Poder Judicial y este todo también se encuentra vinculado a los mandatos constitucionales, conviene cuestionarse cómo es que se efectivizará la supremacía normativa de la Constitución fuera de los espacios con jurisdicción formal, y es donde el efecto útil de la Constitución busca medios idóneos y creativos que permitan la protección de su supremacía en sedes como la administrativa, donde ciertamente transitan una mayor cantidad de personas en el día a día que en sede judicial. Es así que surge el germen de la presente investigación que se abocará no solo a analizar la posibilidad de una protección óptima de la supremacía constitucional en la Administración Pública, sino que revisará específicamente las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos que podrían exigir del Estado una actuación específica para su protección a través de los órganos que conforman la Administración Pública.

El primer capítulo de la presente investigación aborda lo referente al Estado Constitucional de Derecho, revisando sus antecedentes en el Estado Absolutista y el Estado Legal de Derecho, de manera que se entienda las características y la dinámica de los principios que rigieron en cada uno. Asimismo, se desarrollan los principios de legalidad y de supremacía normativa así como su caracterización en cada etapa del Estado hasta llegar a su

concepción en el Estado Constitucional de Derecho de manera que se pueda entender los variaciones que estos han enfrentado, cómo se configuran en la actualidad y cómo es que interactúan entre sí ante la apertura de fuentes formales y materiales así como el tránsito de la Administración Pública de una función garantizadora a un papel de gestión de intereses públicos que requiere contar de una Administración Pública más grande, organizada y con mayor autonomía funcional.

Posteriormente, pasamos a revisar la controversia surgida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante “TC” o “el Tribunal”) al analizar la habilitación de la Administración Pública para realizar control de constitucionalidad y proteger la supremacía normativa en aquellos casos en los que una norma infraconstitucional pueda resultar lesiva de derechos y libertades constitucionalmente protegidos. Así encontraremos que el Tribunal pasó de reconocer la posibilidad de que órganos administrativos realicen control difuso de constitucionalidad a través de la inaplicación de normas, al realizar una interpretación extensiva de la Constitución por la que la atribución de su artículo 138° vinculaba también a la Administración Pública, para luego de casi 9 años cambiar radicalmente de posición y realizar una interpretación restrictiva, según la cual el control difuso de constitucionalidad solo podía ser realizado por los órganos que cuenten con jurisdicción expresamente reconocida. Debiendo resaltar que en ambos casos el Tribunal abordó el tema sin que este guardase relación alguna con la resolución de la controversia puesta a su conocimiento. Se culmina el capítulo con la elaboración de un balance de los argumentos surgidos a favor como en contra de ambas resoluciones y sus fundamentos, destacando en ambas posiciones el análisis de los alcances del Artículo 138 de la Constitución Política, los órganos

constitucionalmente habilitados a realizar control de constitucionalidad así como la revisión del concepto y alcances de la jurisdicción como eje de análisis de dichos órganos.

Por otro lado, el tercer capítulo revisa un aporte reciente de la jurisprudencia del Derecho Internacional Público como es el Control de Convencionalidad, reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) desde el año 2007, definiendo específicamente este tipo de control normativo que encuentra algunas similitudes con el control de constitucionalidad para la protección de una norma suprema, en este caso la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “CADH”), quiénes serían los sujetos obligados a realizar este control en sede interna de los Estados Partes y qué obligaciones específicas representaría para estos el ejercicio de dicho control, realizando un análisis de los niveles de intensidad que permiten su realización, el respeto de las competencias y los procedimientos de control previamente establecidos en sede interna. Identificados el “qué”, “quién” y “cómo” del Control de Convencionalidad, pasaremos a revisar los supuestos de configuración de un hecho internacionalmente ilícito que podrían generar responsabilidad de un Estado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la relación del Control de Convencionalidad con el derecho a la protección judicial, en tanto se debe garantizar el acceso a un recurso rápido y sencillo que proteja a las personas frente a lesiones de sus Derechos Fundamentales. Se concluye el capítulo analizando si la imposibilidad actual de la Administración Pública peruana de realizar control difuso de constitucionalidad implica el incumplimiento de su obligación de realizar control difuso de convencionalidad, configurándose un ilícito internacional que genere la consecuente responsabilidad internacional del Estado Peruano.

Finalmente, en atención a la conclusiones alcanzadas en la investigación realizada, propondremos una reforma legislativa que optimice la obligación de la Administración Pública de proteger la supremacía de la Constitución ante la existencia de normas incompatibles con la Constitución de manera que ante el estado actual de reconocimiento de sus atribuciones en control de constitucionalidad, pueda dar alternativas que tutelen los derecho de los administrados en la medida de sus posibilidades.



RESUMEN

En la primera sección del presente trabajo de investigación se ha verificado que mientras el principio de legalidad caracterizó el Estado de Derecho, es el principio de supremacía normativa el que caracteriza el Estado Constitucional de Derecho; sin embargo, es recién en este Estado que deben convivir ambos principios, lo cual genera una serie de cuestionamientos en cuanto a su observancia por parte de la Administración Pública; no obstante se determina que una concepción pluralista y abierta del Estado Constitucional de Derecho nos dota de las herramientas apropiadas para resolver un eventual conflicto entre ambos principios

Por su parte, la segunda sección verifica que tras un cambio radical de postura en cuanto al control difuso administrativo, el Tribunal Constitucional ha dejado una serie de vacíos en su fundamentación sobre la inhabilitación de dicho control, en tanto se analiza cada uno de los argumentos en contra y a favor, concluyendo que para administrar justicia en determinados contextos, la Administración no requiere que sus pronunciamientos cuenten con calidad de cosas juzgada como los órganos jurisdiccionales; en ese sentido, válidamente podría aplicar un control difuso, al emitir actos materialmente jurisdiccionales, pues este control se legitima en el acto de administrar justicia y no en la calidad de cosa juzgada que pueda alcanzar dicho acto.

Finalmente, ante el análisis del control difuso de convencionalidad en materia de Derechos Humanos, se verificó que la actual imposibilidad de inaplicar normas inconvencionales en sede administrativa no generaría responsabilidad internacional para el Estado Peruano, en tanto la Corte IDH no puede imponer sistemas de control específicos en los Estados Partes en tanto cada uno aplica el control de convencionalidad con diversas intensidades.

ABSTRACT

In the first section of this research it has been verified that, while the principle of legality was the main feature of the Law State is the principle of law supremacy which characterizes the Constitutional Law State; however, it is only in this State that both principles must coexist, which generates a series of questions regarding their observance by the Public Administration; however, it is determined that a concept of a pluralistic and open Constitutional Law State gives us the appropriate tools to solve any conflict between the two principles

Meanwhile, the second section verifies that after a radical change of position on the administrative diffuse control, the Constitutional Court has made a number of gaps in its reasoning on the disqualification of such control, while analyzing each of the arguments for and against, concluding that to administer justice in certain contexts, the Administration does not require its pronouncements to have the res judicata quality as the regular courts; in that sense, it could validly apply a diffuse control by issuing materially jurisdictional acts, because this control is legitimated in the act of administering justice and not on the quality of res judicata that this act can achieve.

Finally, in the analysis of diffuse control of conventionality on Human Rights, it was verified that the current inability to disapply unconventional standards in administrative proceedings would not generate international responsibility of the Peruvian State, while the Inter-American Court can not impose specific control systems in the States Parties as each applies the control of conventionality with different intensities.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

En la presente investigación se arribó a dos resultados principales:

El primero de ellos se encuentra relacionado al balance final realizado sobre el control difuso en la Administración Pública, determinando que en tanto se encuentran habilitados a realizar actos materialmente jurisdiccionales, razonablemente pueden realizar un control difuso de constitucionalidad en tanto su atribución de administrar justicia, no deriva de aspectos formales como la calidad incuestionable que puedan alcanzar sus resoluciones, sino de aspectos materiales como el hecho que en sus actuaciones se resuelvan conflictos intersubjetivos a través de la aplicación e interpretación del derecho a un caso en concreto, asimilando su labor a la de los órganos jurisdiccionales en lo sustancial. Por lo cual, una eventual aplicación de control difuso de constitucionalidad, no deberá desestimarse de plano a aquellos órganos que se asemejen más a los órganos del Poder Judicial en cuanto a su autonomía, funciones y garantías.

El segundo resultado recogido se encuentra relacionado al reconocimiento de la totalidad de órganos de la Administración Pública, tanto los que se encuentran vinculados a la Administración de justicia como aquellos que no, como sujetos obligados a realizar un Control difuso de Convencionalidad, el cual a diferencia del Control de Constitucionalidad encuentra diferentes niveles de realización por lo que aun aquellos órganos que no cuentan dentro de sus atribuciones a la inaplicación de normas, podrán cumplir con su obligación a través de la interpretación conforme. De tal manera, la actual limitación de la Administración Pública en el Perú para inaplicar normas no genera per se responsabilidad internacional para el Estado.

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I: “PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

A. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Si bien el título del presente capítulo no contiene una mención explícita al Estado Constitucional de Derecho, el Principio de Supremacía de la Constitución (también conocido como “Principio de Supremacía Normativa”) hace imperativo desarrollar conceptualmente este modelo de Estado y su antecedente inmediato, pues entendiendo en qué consiste y qué caracteriza a cada uno de estos Estados en particular, es que abordaremos apropiadamente la interacción entre el Principio de Supremacía Normativa y el Principio de Legalidad en el Estado Peruano, como uno Constitucional de Derecho, ya que la dinámica de su interacción toma un matiz particular cuando se entiende que el Principio de Legalidad es recogido de un modelo de Estado anterior, el Estado de Derecho, con una caracterización diferente y en el cual este principio jugó un papel preponderante en la ordenación del Estado moderno en una de sus etapas. Al respecto, *García Pelayo* es muy preciso al identificar la manifestación más importante para entender el tránsito de un Estado a otro y esta es la existencia de una jurisdicción constitucional dentro de un sistema jurídico-político, lo cual en sus propias palabras significa “*la culminación del proceso de desarrollo del Estado de Derecho o (...) la transformación del Estado Legal de Derecho en Estado Constitucional de Derecho*”¹, la identificación de este indicador es importante pues en la Constitución Política del Perú no hay referencia expresa sobre el modelo de Estado

¹ GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado legal y estado constitucional de derecho*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. N° 82. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991. P. 33.

como en el caso ecuatoriano²; sin embargo, este se desprende fácilmente de la existencia de una jurisdicción constitucional así como la declaración de la supremacía de la Constitución por su prevalencia sobre toda norma legal³.

a) Estado de Derecho

La doctrina es pacífica en identificar a la Revolución Francesa (1789) como el evento más importante para el surgimiento del Estado de Derecho, también conocido como Estado Legal de Derecho, pues tan importante hecho que marcó la historia del mundo se erigió como un cambio de orden social y político en contra del Estado Absolutista, resultando vitales para tal construcción, las ideas de la ilustración y el pensamiento liberal que propendían consolidar un Estado en el cual el poder político-jurídico, concentrado en el Rey, se vea disgregado⁴.

Asimismo, dentro de las ideas que permitieron la consolidación del Estado Legal de Derecho, nos podemos remitir a lo expuesto por Thomas Hobbes quien identificó tres criterios que permitieron superar el Estado Absolutista de Derecho, a saber: i) la libertad original del hombre; ii) la voluntad colectiva como sustento del poder estatal; y, iii) la igualdad resultante del pacto⁵. Parafraseando tales ideas, se tiene que el hombre es un ser libre y que en base a su libertad, celebra colectivamente un pacto social que permite el nacimiento del Estado.

² Artículo 1° de la Constitución Política de la República del Ecuador de 2008.

³ Artículo 51° de la Constitución Política de la República del Perú de 1993.

⁴ Respecto de la base ideológica para la consolidación de la revolución francesa se pueden tomar lo apuntes de Rousseau, Montesquieu y Diderot.

⁵ ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. Teoría General del Estado. 2da Ed. México: Oxford, 2003. P, 163 Citado en: VELANDIA CANOSA, Eduardo. Derecho Constitucional Convencionalizado Y Justicia Constitucional en: Derecho Procesal Constitucional Colombia: Ed. Legis, Bogotá, 2013, p. 38

El Estado regulará la conducta social a través del poder conferido por la colectividad social; y la persona, podrá salir de su estado natural para incorporarse a un orden social, ya que el hombre es un ser libre por naturaleza⁶. Tales ideas permitían concluir la formación de un nuevo Estado en el que el orden normativo se consolida como garantía de paz social. No en vano la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la revolución francesa determinaba que, “*toda sociedad en la cual no este establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución*”. Siendo que, en base a tal texto surge la Constitución Francesa de 1791 la cual no consolidó un Estado Constitucional, sino más bien, propendía cumplir un fin netamente político y organizacional. Es decir, solamente velaba por la limitación del poder y la correcta división de los poderes públicos, además de los criterios de validez para la emisión de normas. Es esta característica la que permitió denominar a este punto histórico como “Estado Legal de Derecho” al que buscaban consagrar los principios de soberanía popular, la división de poder y la limitación de la actuación de autoridades públicas.

Por su parte *Zagrebelsky* identifica el siglo XIX como el correspondiente al Estado de Derecho, pues los siglos XVII y XVIII estuvieron caracterizados por la presencia de un Estado absolutista (*Machtstaat*) y un régimen del Despotismo ilustrado (*Polizeistaat*) respectivamente. Del Estado de Derecho resalta un valor, el cual alude a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, este valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal cuya dirección es la inversión en la relación entre poder y derecho que caracterizaba al *Machtstaat* y al *Polizeistaat*: el

⁶ Respecto de tal idea, Rousseau citaba que “la constitución de los hombres en sociedad no fue un suceso natural o instintivo, sino el fruto de un pacto: un contrato originario que puso fin al estado de naturaleza” Véase: *Cfr.* ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social: Porrúa. México D.F. 1992. P. 3

reemplazo del *rex facit legem* por el *lex facit regem*⁷. Asimismo, recoge un importante aporte sobre la caracterización del Estado de Derecho realizada por *Otto Mayer*, señalando lo siguiente:

“[El Estado de Derecho] se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De esto modo, el Estado de Derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración”⁸.

Para concluir el presente apartado, podemos señalar que la dinámica del Estado de Derecho era propiciar la creación de normas jurídicas las cuales debían guardar correlación con el principio de la jerarquía normativa; pues, tal como se revisará con una mayor profundidad en el título dedicado al principio de legalidad, la forma en que fue concebida la Ley en este Estado estaba dirigida a convertirla en una herramienta idónea para combatir el despotismo y la arbitrariedad en las actuaciones de los gobernantes en general pues todos se encontraban vinculados a esta al instaurarse en ese momento el imperio del Derecho. De tal manera, la Ley pasaría a concebirse como instrumento de garantía de los derechos en lugar de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Ductil. Trotta. Madrid.2008. P. 21

⁸ *Ibíd.* P. 23

b) Estado Constitucional de Derecho

El modelo del Estado Constitucional de Derecho emerge como respuesta a los regímenes totalitarios que propiciaron la segunda guerra mundial. Un ejemplo paradigmático respecto de ello se observa en la Alemania nazi; en efecto, una de las mejores Constituciones de la historia como es la Constitución de Weimar de 1919, permitió que Hitler expidiera la totalidad de la legislación Nazi ya que, en teoría todo el orden jurídico alemán, era “legal” por cuanto las normas emitidas en ese tiempo superaban los presupuestos que fijaba la Constitución para su creación. En otras palabras, si una norma cumplía los requisitos de validez requeridos por la Constitución, se reputaba como “legal”, no importando si dicha norma era evidentemente injusta o contraria a los principios constitucionales, por cuanto a pesar de ello, se reputaba como constitucional.

Esta encrucijada jurídica permitió efectuar un reexamen respecto de la fuerza normativa que imparte la Constitución a las normas de menor jerarquía, siendo que, no toda norma legal siempre es constitucional. En ese orden de ideas, pasada la segunda guerra mundial, se empieza a instaurar un nuevo modelo constitucional a partir de la creación de nuevas Constituciones como la italiana de 1947 o la alemana de 1949. Tales constituciones pretendían el restablecimiento de los principios dotando a las mismas de una verdadera fuerza normativa, fortaleciendo el ejercicio de los Derechos Fundamentales a través de la aplicación directa de la Constitución.

En el Estado Constitucional de Derecho, a diferencia del Estado Legal de Derecho, se resguarda la vigencia de los principios constitucionales a través de la promoción que se le otorga al juzgador, de aplicar la misma, con o sin la intervención del legislador. A entender de *Ferrer Mac-Gregor* “la supremacía de la Constitución es el rasgo más significativo del

Estado Constitucional de Derecho y el control de constitucionalidad de las leyes una de sus expresiones más destacadas”⁹. Se observa entonces, que el Estado Constitucional reivindica la norma fundamental extendiendo efectos directos a las normas infraconstitucionales no importando solo la legalidad de su contenido, sino también, su esencia de justicia basada en principios. Siendo así, sobre el contexto en el que aparece este Estado, se sostiene que “las nuevas constituciones [del Estado Constitucional De Derecho] se estructuran normativamente a través de principios y reglas, las cuales a su vez exigen prácticas hermenéuticas e interpretativas diferentes”¹⁰.

Por su parte, *Perez Luño* coincide con *García Pelayo* en entender la relación entre el Estado de [Legal] de Derecho y el Estado Constitucional “no como una oposición externa de dos tipos diferentes e incompatibles de Estado, sino la decantación interna de la propia trayectoria evolutiva del Estado de Derecho”¹¹, esta evolución operaría por el protagonismo que asume el funcionamiento de la jurisdicción constitucional. Asimismo, concluye desde su propia postura que el Estado Constitucional “no sólo se caracteriza por ser la forma política que consagra la primacía de la Constitución, la reserva de Constitución y el protagonismo de la jurisdicción constitucional, sino que es también el marco jurídico-político de reconocimiento y garantía de los derechos de la tercera generación”¹².

Asimismo, es importante resaltar que en los últimos años el Estado Constitucional de Derecho ha venido padeciendo una suerte de evolución, habida cuenta que viene atravesando un proceso de internacionalización del derecho constitucional, gracias a la

⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2016. P. 159

¹⁰ ROZO ACUÑA, Eduardo. Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina. Universidad Externado de Colombia Bogotá. 2006. P. 116

¹¹ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Estado constitucional y derechos de la tercera generación*. Anuario de Filosofía del Derecho XIV. Madrid. 1997, P 564.

¹² *Ibíd.* P. 565

extensión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este aspecto es importante destacar el papel que vienen desempeñando los organismos internacionales compuestos por la ONU, OEA o el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Esta situación ha sido posible gracias al reconocimiento de los tratados de Derechos Humanos en el orden jurídico interno, otorgándoles –incluso– rango constitucional. Este fenómeno jurídico puede originar la creación de un nuevo *nomen juris*: “El Estado Convencional de Derecho” donde el tratado de derechos (CADH) cobra un papel importante en el respeto de la vigencia de los Derechos Fundamentales ya que es aquel que busca garantizar el cumplimiento de pactos, tratados y convenciones ratificados por un Estado, sobre Derechos Humanos, importando el contenido jurídico de los instrumentos internacionales al Derecho interno con plena validez y eficacia. Este último supuesto conlleva a afirmar que los jueces no solo están sujetos al imperio de la Constitución, sino, además, a la fuerza vinculante del Tratado. En nuestro caso, a la CADH.

B. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Tal como se pudo anticipar en el título dedicado al Estado de Derecho, dicha tipología de Estado encuentra en la Ley un elemento trascendente para su caracterización, tal es así que en palabras de *Zagrebelky* el Estado liberal de derecho es un Estado legislativo que se afirmaba a través del principio de legalidad; por lo cual todos sus aspectos se remiten a la primacía de la ley frente a la Administración. Asimismo, entiende este principio como

“La idea de la Ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: no poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior “razón de Estado”, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares en

nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales)”¹³

A su vez, *García de Enterría* sostiene que este principio surgió como respuesta a las arbitrariedades de la monarquía, pues el antiguo Régimen funcionaba sobre la idea de la soberanía del Rey, quien era capaz de actuar tanto por normas generales como por rescriptos singulares no vinculados a Ley alguna, lo que en la práctica le permitía pasar por encima de las Leyes existentes¹⁴.

En ese sentido, una de las consecuencias de la Revolución Francesa fue la limitación del poder de la Administración a través de la separación de poderes, con la cual nace a su vez el Principio de Legalidad por el cual la Administración solo podía hacer lo que la Ley le manda, en contraste con los particulares que al regirse por el principio de libertad solo se encontraban impedidos de hacer lo que la Ley prohibía¹⁵. Es en este contexto que *Bullard* resalta la necesidad de analizar el Principio de Legalidad con especial atención a las condiciones históricas que sustentaron su surgimiento, pues debe advertirse que en el esquema conceptual e ideológico del Estado de Derecho, el cumplimiento estricto de la Ley exigía no solo a la Administración sino también a los jueces que sean sólo la boca por la que habla la Ley, por lo que debían limitarse a repetirla sin modificarla. Siendo así, es conocido que en los orígenes de la división de poderes tampoco se consideraba que el Juez tuviese facultades para ejercer el control difuso de las normas, situación que actualmente ha

¹³ ZAGREBELSKY. Op cit. pag 24.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Administración Pública y la Ley*. En: Themis. Revista de Derecho. N° 40. P. 230.

¹⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo e 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: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Palestra Editores, Lima, 2007. P 27

sido totalmente superada¹⁶; por lo cual, la invocación y aplicación de dicho principio en el contexto de un Estado Constitucional de Derecho como el Peruano, reclama una lectura de este que se encuentre acorde a los cambios suscitados en el tránsito desde el Estado de Derecho a la actualidad.

En el caso peruano, el Principio de Legalidad se encuentra plasmado en el Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que regula la actuación de la Administración Pública en el Estado; por lo cual, el primer aspecto a advertir a pesar de la denominación que se le da es que el Principio de Supremacía Constitucional se incluye dentro de los alcances del “Principio de Legalidad”, por cuanto señala que “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas¹⁷”, siendo así podría señalarse que el principio invocado en la norma según esta lo describe, sería el de Supremacía Constitucional, tal como se advierte de la Constitución Española de 1979¹⁸.

Ahora bien, las citas anteriores aluden a una concepción del Principio de Legalidad en el Estado de Derecho; sin embargo, resulta necesario identificar cuál es la lectura que se debe tener de este principio en la actualidad, pues si bien está profundamente ligado al Estado de Derecho, no quiere decir que en el tránsito al Estado Constitucional este Principio haya sido desechado. De tal manera, resulta importante recoger el aporte de *Chiri Gutiérrez*, siguiendo la concepción de *Zagrebelky* del Estado Constitucional de Derecho como uno en el que se reconoce el pluralismo y la apertura de fuentes formales y materiales del Derecho, al reflexionar sobre una aparente controversia entre el Principio de Legalidad y el

¹⁶Ibíd. P. 28

¹⁷ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General: Artículo IV del Título Preliminar

¹⁸ Constitución Española de 1979. Artículo 9.1. Principio de Legalidad.

de Jerarquía Normativa en el actual Estado Constitucional de Derecho, pues sostiene que en el Estado actual, los principios tal como fueron concebidos en el Estado de Derecho han sido erosionados y para el caso particular del Principio de Legalidad, se ha visto impactado en sus dos dimensiones originarias: la habilitación expresa previa para cualquier actuación de la Administración y la obligación de aplicar las leyes vigentes por ser la ley suprema, de manera que:

“La ley ya no puede ser más situada como la norma suprema a la que no es oponible ningún Derecho más fuerte, por el contrario, se convierte en objeto de medición desde la Constitución; es esta la dimensión del principio de legalidad que más ha sido impactada por el nuevo contexto jurídico.

En su segunda dimensión, el principio también desarrolla nuevos alcances. El nuevo rol asumido por el Estado, que pasa de tener una función prevalentemente garantizadora a un papel de gestión directa de intereses públicos requiere contar con una Administración Pública más grande y organizada. Se produce entonces el reconocimiento de márgenes de discrecionalidad en la Administración y de una mayor autonomía funcional en la gestión.”¹⁹.

En el enfoque conceptual del principio de legalidad y de supremacía constitucional desarrollado por *Chiri Gutierrez* se concluye que en realidad no existiría pugna entre legalidad y jerarquía de la Constitución, por lo que el tema del control difuso en la Administración Pública, usualmente vinculado a una oposición entre estos, se resolvería como un problema de interpretación y no de ponderación.

¹⁹ CHIRI GUTIÉRREZ, Isabel. *El control difuso del Tribunal Fiscal. La paradoja del control difuso en un tribunal atado de manos*. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Palestra Editores, Lima, 2007. P 157

En contraste, *Morón Urbina* al comentar el Principio de Legalidad, realiza un paralelo con el derecho privado en cuanto a las limitaciones y la capacidad señalando lo siguiente:

“Si en el derecho privado la capacidad es la regla, y la incapacidad es la excepción, en el Derecho Público la relación es precisamente a la inversa, ya que en resguardo de la libertad individual y derechos de los ciudadanos, la ley no asigna a cada sujeto de derecho, ámbito y fin predeterminado, más bien sus aptitudes se determinan por proposiciones positivas, declarativas y marginalmente limitativas. Como se puede apreciar, las competencias públicas mantienen una situación precisamente inversa, ya que debiendo su creación y subsistencia a la ley, por ende, siempre debe contar con una norma que le señale su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado.

*Con acierto se señala que mientras los sujetos de derecho privado, pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos derecho público sólo pueden hacer aquello que le sea expresamente facultado (...)*²⁰.

Como vemos, la visión actual del Principio de Legalidad no es completamente uniforme y como se apreciará en el desarrollo de los apartados posteriores, su interpretación y alcances podrán verse en conflicto con otro principio como es el de la Supremacía Normativa, claro está, en función a la concepción que se maneje de este.

Una vez más, recogiendo lo desarrollado por *Zagrebelsky* al analizar el significado liberal del principio de legalidad, encontramos que este principio podía expresarse de manera distinta según se tratase qu la posición frente al mandato legislativo fuese asumida por la Administración o por los ciudadanos. Cuando se trata de la sumisión de la Administración

²⁰ MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Editorial Gaceta Jurídica. 6ª Edición. Lima. 2007. P. 62

esta se afirmaba con carácter general; no obstante eran diversas las formulaciones de esta sumisión con significados no coincidentes, aquí recoge dos casos: el francés y el alemán, mientras que en el primero la ausencia de leyes que atribuyesen potestades a la Administración significaban para esta la imposibilidad para actuar, en Alemania, la ausencia de leyes que delimitasen las potestades de la Administración, en principio se interpretaba como la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines; sin embargo, coincidían en un aspecto de importancia principal para un Estado Liberal, que las potestades autónomas del Ejecutivo para proteger los intereses del Estado no colisionen con las exigencias de protección de los derechos de los particulares, la libertad y la propiedad.²¹

Al referirse al estado actual de la concepción del Principio de Legalidad, sostiene que la regla consistente en la libertad del particular en línea de principio y el poder limitado del Estado en línea de principio, ha sido “erosionada” en ambas direcciones. Pues por un lado, la vinculación de la Administración a la ley se ha visto superada por su función prevalentemente garantizadora del Estado. Por el otro lado, también se ha perdido la posición originaria del particular frente a la ley, pues en determinados sectores, especialmente los relevantes por la connotación social del Estado contemporáneo, el principio de libertad general se encuentra negado, salvo disposición en contrario.²²

A modo de conclusión de este apartado, encontramos que la caracterización actual del Estado Constitucional de Derecho amerita al menos una nueva discusión sobre el enfoque actual del principio de legalidad y la forman en que tanto los particulares como la Administración se encuentran vinculados a la ley, para poder conocer que tan vigente e

²¹ ZAGREBELSKY. Op cit, P 27,

²² *Ibíd.* Pp. 34, 35

inmutable se encuentra la premisa de la ley como límite para la actividad del particular y como fuente expresa necesaria para las atribuciones de la Administración.

C. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El principio de la supremacía de la Constitución es el símbolo de la consolidación del Estado Constitucional de Derecho; sin embargo, es importante hacer mención de dos casos judiciales que permitieron su afianzamiento el caso *Bonham* y el caso *Marbury vs Madison*

El caso que sirvió de base al concepto de supremacía de la Constitución, es el célebre caso Thomas Bonhan dictado en Reino Unido hace más de 400 años por el juez Edward Coke, el cual cimentó las bases para la comprensión del principio de supremacía constitucional. Los hechos del caso versan sobre una multa impuesta al médico Thomas Bonhan por ejercicio irregular de su profesión en una ciudad en la cual no se encontraba autorizado. En esta sentencia, el juez Edward Coke, estableció que a pesar de que dicha sanción encontraba un respaldo legal dicha ley era incompatible con el derecho consuetudinario, en ese sentido, el juez Coke, entendió que los principios del *common law*, están por encima de los actos del parlamento. El juez Coke, consideró que la ley que concedía la potestad de arrestar y poner multas al colegio médico contravenía el espíritu del *common law* ya que las sanciones como multas generaban un beneficio pecuniario al Colegio médico, y los principios determinaban que nadie puede ser juez y parte en un proceso, motivo por el cual se dejó sin efecto la sanción. Obsérvese que en esta sentencia se habla de la posibilidad de que un juez controle la actividad de la legislatura, es irónico mencionar que a la fecha, ésta sentencia no encuentra validez jurídica en el Reino Unido, ya que años después de la muerte del juez Coke, en el Reino Unido se impuso la denominada “supremacía parlamentaria”.

Seguidamente, nos remitimos a Estados Unidos en el año 1803, en dicha fecha tuvo lugar el bastante conocido caso “*Marbury Vs. Madison*” resuelto por el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, John Marshall. Éste caso constituye un suceso paradigmático para la consolidación del *judicial review of legislation*. La doctrina constitucional afirma que es ésta la sentencia en la cual está la base del principio de *supremacía de la Constitución* pudiendo citar también el artículo VI de la constitución de Estados Unidos²³ *García Entierra*, manifestaba que ese era el gran aporte americano al insertar “en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del parlamento”²⁴ dejando claro que ningún acto que no sea conforme a la Constitución puede ser válido.²⁵ El razonamiento que realizó Marshall en la histórica sentencia, es el sustento del principio de la supremacía constitucional, al expresar que: “los jueces tienen potestad sobre las normas abiertamente inconstitucionales, de tal manera que una norma contraria a la Constitución es nula ya que todos los poderes están sometidos a ella”.

Ferrer Mac-Gregor, expresa que el principio de supremacía de la Constitución es el rasgo más distintivo de las constituciones de hoy, ya que los derechos fundamentales son garantizados, y el control de constitucionalidad cobra pues, una vital importancia para la protección de ésta.²⁶

Por su parte, para el TC el principio de supremacía constitucional debe ser analizado tomando en cuenta la fuerza normativa que la Constitución destila. En ese orden de ideas,

²³ Article VI, clause 2: “This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, anything in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”

²⁴ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, La constitución como norma y el tribunal constitucional 3ª. Ed. Civitas. Madrid. 1994, P. 55. Citado en: FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO. Op cit. P. 156

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ En esa misma línea: FERNANDEZ SEGADO, Francisco, La justicia Constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. UNAM. México. 2004.

el TC determinó que la fuerza de la constitución está dividida en dos, a saber: i) la *fuerza activa* de la Constitución entendida como aquella que puede innovar el ordenamiento jurídico, ya que somete a la Constitución toda disposición normativa que se oponga a ella²⁷; por otro lado, ii) la *fuerza pasiva* de la Constitución es aquella que permite que la carta magna resista frente a toda norma infraconstitucional que pretenda contradecir su esencia²⁸.

Asimismo, el Tribunal abordó la importancia que tiene para todo el esquema estadual, al extender sus efectos hasta la administración pública. El Tribunal expresó que “[el] deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución”²⁹.

En la experiencia comparada del derecho colombiano, la Corte Constitucional de Colombia determinó que “[e]n virtud de la fuerza normativa de la Constitución, las autoridades no solo se hallan sometidas al derecho positivo presidido por la norma superior, en el ejercicio de sus competencias; también para la realización efectiva de los derechos subjetivos consagrados constitucionalmente, ante dichas autoridades pueden los ciudadanos exigir la realización efectiva de los derechos constitucionales, algunos de los cuales son de “aplicación inmediata”³⁰” Es decir, el derecho colombiano determina que la

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 0005-2007-AI/TC Fundamento jurídico 6

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 00047-2004-AI/TC Fundamento Jurídico 56

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú 0014-2009-AI/TC Fundamento Jurídico 5

³⁰ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-415-12 (Magistrado Ponente: Mauricio Gonzales Cuervo). En otro tenor, la Corte Constitucional expresó que: “La posición de **supremacía** de la Constitución sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado”

aplicación directa de la Constitución no necesita de normas auxiliares para la concreción de derechos fundamentales, sino más bien, la materialización de estos últimos se hace efectiva por la fuerza normativa de la Constitución. Por lo que no solo debe entenderse el principio de supremacía de la Constitución como un rol vector que determina que la misma es ley de leyes, sino también que la supremacía de ésta, permite el resguardo de los derechos.

Resulta interesante la postura de *Brewer Carías* quien entiende la supremacía constitucional no solo como un principio, sino también como un derecho. Un derecho que es exigible a cualquier operador jurídico o funcionario del Estado el cual deba buscar la materialización de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de manera que el poder constituyente originario prevalezca sobre la voluntad de dichos órganos estatales constituidos³¹.

Culminamos el presente apartado citando las palabras de *Hamilton* al expresar que

*“Una Constitución es, de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Por tanto, les corresponde establecer su significado así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo legislativo. Si se produce una situación irreconciliable entre ambos, por supuesto, la preferencia debe darse a la que tiene la mayor obligatoriedad y validez, o, en otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre las Leyes, así como la intención del pueblo debe prevalecer sobre la intención de sus representantes”*³².

³¹ Véase BREWER-CARÍAS, Allan R., “El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)” en La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez, tomo III, Madrid, 1993, pp. 2696 y 2697. En la misma línea expresó que: “El constitucionalismo moderno no sólo está montado sobre el principio de la supremacía constitucional, sino que como consecuencia del mismo, también está montado sobre el derecho del ciudadano a esa supremacía”

³² The Federalist (ed. B.F. Wright), Cambridge, Mass., 1961, pp. 491-493. Citado en: BREWER CARIAS, Allen. “El juez Constitucional Vs Supremacía Constitucional” Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Porrúa 2008. México D.F. P. 18.

a) Los mecanismos de control del Principio de Supremacía Constitucional como garante de los Derechos Fundamentales

Para hablar apropiadamente de los mecanismos de control de constitucionalidad, corresponde hablar previa y puntualmente sobre lo que se entiende por aquello que calificamos como “Constitucional”; al respecto, el poder político, como infraestructura de las instituciones que componen al Estado, debe encontrarse regulado en su ejercicio para así evitar excesos o abusos, es así que junto con su ejercicio viene a la par la necesidad-deber de regularlo, que a su vez da origen al constitucionalismo, ya que se busca que la norma suprema sea el parámetro a respetarse por las autoridades que detentan el Poder. En palabras de *Loewenstein* citado por *Blume Fortini* “La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda del hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente.”³³. Es así que la Constitución se convierte en el instrumento fundamental que materializa la necesaria regulación del poder político; sin embargo, para que ésta no sea una simple declaración de buenas intenciones y cumpla a cabalidad su cometido, es necesario que se acompañe de normas que aseguren su funcionamiento y permitan su desarrollo, es decir, normas reglamentarias, que conserven a su vez su espíritu, principios, alcances y sentido. En la medida que normas infraconstitucionales gocen de estos elementos podrán ser consideradas como constitucionales, mientras que, su desnaturalización, contradicción o lucha con la Constitución, las trasladarán al terreno de la inconstitucionalidad. En palabras de *Blume Fortini*, quien observó primero esta ausencia de desarrollo en el concepto de constitucionalidad, la constitucionalidad es

³³ BLUME FORTINI, Ernesto. El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú. Editorial Adrus. Arequipa. 2009. P. 126.

“un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en su diversos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico”³⁴.

El Derecho Procesal Constitucional nos ofrece una variedad de procesos que buscan la supremacía de la Constitución. La percepción de que algunos de ellos la buscan de manera más concreta estará en función de si esta búsqueda de la supremacía se da en el plano fáctico o en el plano normativo. En el caso de los procesos constitucionales de defensa de los Derechos Fundamentales; tenemos una búsqueda en el plano fáctico, pues individualizan acciones u omisiones cuya existencia importa la amenaza o vulneración de estos derechos, los cuales al estar protegidos por la Constitución se corresponden con determinados procesos que buscan atacar tales situaciones; de tal manera, la búsqueda de la supremacía de la Constitución se corresponde con una verdad material al respetarse estos derechos, lo cual es su defensa en el plano fáctico. Esta búsqueda de la supremacía normativa también se da en plano normativo, cuando la normativa infraconstitucional que implementa los Derechos Fundamentales y la organización del Estado se ajusta a los valores, principios y preceptos de la Constitución, lo cual permite que se estructure un sistema jurídico coherente; siendo así, la ausencia de constitucionalidad en una norma hace necesaria la extirpación de esta. En nuestro país esta búsqueda de la supremacía en el plano normativo se concretiza a través del Proceso de Inconstitucionalidad, en un sentido abstracto y con alcances generales, y a través de todos aquellos procesos judiciales en los

³⁴ *Ibíd.* P. 78

cuáles el juez hace uso del control difuso de constitucionalidad al inaplicar una norma., únicamente con efectos para las partes.

En la actualidad existen dos modelos de control de constitucionalidad claramente identificables: el concentrado y el difuso; sin embargo podemos, encontrar otras clasificaciones con diferentes denominaciones como el binomio “abstracto y concreto”, sobre los orígenes de esta clasificación *Brague*³⁵ nos indica que esta surge en la doctrina germana al contraponerse dos modalidades de control de la constitucionalidad: i) el control de una ley llevado a cabo a instancias de ciertos órganos políticos y completamente al margen de todo caso concreto y de la aplicación que haya podido tener esa ley; y ii) el control de constitucionalidad de las leyes en las que su máximo intérprete ejerce a instancias de un juez que, frente a determinada controversia, se encuentra en la necesidad de aplicar una ley cuya constitucionalidad le produce serias dudas, por lo cual eleva la cuestión sobre constitucionalidad al Tribunal, en este segundo supuesto, la existencia de un caso tendrá una elevada importancia. Frente a este sistema de control concentrado (pues todo se remite al Tribunal) en el que se contraponen lo abstracto y lo concreto, encontramos otros sistemas en el que la diferenciación es aún más marcada, como sucede en el norteamericano, en el que rige un sistema absolutamente concreto; de tal manera, cualquier juez tiene la facultad de resolver directamente sin necesidad de remitir la cuestión de constitucionalidad a otra instancia u organismo autónomo como el Tribunal I. Al ser absolutamente concreto, el sistema americano no conoce procesos en abstracto, ya que la premisa incondicional es la existencia de un litigio con una contraposición de intereses.

³⁵ BRAGUE CAMAZANO, Joaquín. La Acción de Inconstitucionalidad. Editorial UNAM. México D.F. 2000. P. 79

En el Perú nos encontramos frente a un sistema dual o paralelo del control de constitucionalidad, según *García Belaunde*³⁶ esta caracterización se debe a *Carl Schmitt* quien entendió por difuso al norteamericano, y concentrado, al europeo continental. Por su parte, *Calamandrei* esbozó una clasificación sobre el control de legitimidad constitucional en función a su objeto, el órgano que lo ejercita, por la legitimación, por la extensión y sus efectos. A través de tal clasificación también le fue posible la elaboración de dos esquemas: a) Judicial: difuso, incidental, especial y declarativo; b) Autónomo: concentrado, principal, general y constitutivo.

Apartándonos de estos importantes antecedentes históricos es que retomamos el modelo instaurado en el Perú, que como ya dijimos es el dual. Este es definido como aquel que existe cuando en un país, conviven o co-existen dentro de su ordenamiento jurídico el modelo americano y el modelo europeo, con la condición de no mezclarse ni desnaturalizarse. La vigencia de este modelo paralelo inicia con la Constitución Política de 1979 y es confirmado por la de 1993, en estos el modelo europeo de control de constitucionalidad se acoge a través de la acción de inconstitucionalidad, en la cual el Tribunal resuelve como instancia única, en cuanto al modelo americano o difuso, este ya se encontraba inserto en el sistema jurídico peruano.

³⁶ GARCIA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Temis. Bogotá. 2001. P. 123.

CAPÍTULO II: EL CONTROL DIFUSO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTES DEL EXP. 3741-2004-AA/TC (CASO SALAZAR YARLENQUE)

El inicio de este segundo capítulo nos remite al análisis de los fallos del Tribunal Constitucional anteriores al precedente vinculante recaído en el Exp. 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlenque), la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución nos permite identificar dos Sentencias en las que se anunciaba anticipadamente su posición a favor del control difuso por las autoridades administrativas:

a. STC recaída en el Exp.N° 050-2004-AI/TC (Caso Colegio de Abogados del Cusco y del Callao contra el Congreso de la República)

En esta acción de inconstitucionalidad seguida en contra de las Leyes N° 28389 y N° 28449, relacionadas a la reforma constitucional del régimen pensionario y la aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley N° 20530, en su fundamento N° 156 el Tribunal sostuvo que:

“156. La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública

Por su parte, el 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. (Resaltado nuestro)”

Como vemos, el Tribunal adopta una posición bastante clara sobre el deber de la Administración Pública ante una presunta obligatoria observancia y sujeción a normas legales o reglamentarias cuya inconstitucionalidad resulte manifiesta, siendo completamente previsible la discusión que iniciaría lo que sostiene en este fallo, el Tribunal identifica como errónea la posición que respalda la imposibilidad de la Administración Pública de cuestionar la constitucionalidad de las normas expedidas por las entidades del gobierno. Sobre ello debemos resaltar dos aspectos: i) el artículo 38 de la Constitución sería el fundamento habilitante del control difuso en la Administración Pública, y ii) este solo podría ejercerse al advertir una *manifiesta inconstitucionalidad* de las normas.

Para el caso en particular, lo señalado por el Tribunal tiene entre sus motivos la actuación sistemática de la Oficina de Normalización Previsional, la cual venía emitiendo resolución

contrarias a la jurisprudencia constitucional, lo que en la práctica significaba una aplicación inconstitucional de las normas legales sobre derechos previsionales por parte de sus funcionarios. Un aspecto que llama la atención, y tal como se podrá observar en el análisis de sus fallos posteriores, es que la tan criticada Oficina de Normalización Previsional, nunca llegó a encontrarse dentro de los órganos de la Administración Pública habilitados para inaplicar normas inconstitucionales a través del control difuso.

B. ANÁLISIS DEL NACIMIENTO FORMAL DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO EN EL EXP. 3741-2004-AA/TC (CASO SALAZAR YARLENQUE).

a) Sobre la forma

A través de la acción de amparo iniciada por el Sr. Ramón Salazar Yarlenque en contra de la Municipalidad de Surquillo, se solicitó ordenar a la Municipalidad admitir a trámite sus medios impugnatorios sin realizar pago previo de tasa alguna, pues luego de habersele impuesto una multa, el Sr. Salazar pretendió impugnar la misma; sin embargo, se le exigía el pago de S/. 15.00 (quince nuevos soles con 00/100) por concepto de tasa de impugnación según lo previsto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad demandada, lo cual se consideró como una vulneración a su derecho de petición, así como su derecho de defensa como elemento del debido proceso. La demanda fue declarada infundada tanto en primera como en segunda instancia, por lo que se presentó recurso extraordinario de agravio constitucional para que sea conocida por el Tribunal.

El Tribunal no solo declaró fundada la demanda de amparo, ordenando a la Municipalidad admitir a trámite la demanda, sino que además estableció como precedente vinculante las reglas contenidas en los fundamentos 41 y 50 de la Sentencia. Al respecto, es pertinente

remitirnos a los presupuestos establecidos en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC (Caso Municipalidad Distrital de Lurín)³⁷ complementados con lo establecido en la propia Sentencia en análisis, así tenemos identificado a los siguientes:

1. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo aplicando distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
2. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con base en una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de tal norma.
3. Cuando se evidencia la existencia de un vacío o laguna normativa.
4. Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
5. Cuando se evidencia la necesidad de cambiar o revocar de precedente vinculante.
6. Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos

³⁷ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del Perú. Exp N° 0021-2003-AI/TC

derivados del mismo o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.³⁸

Es respecto de este último supuesto que finalmente establece precedente vinculante sobre tres reglas, la primera referida a la inclusión de un nuevo presupuesto básico para el establecimiento de un precedente vinculante, la segunda referida al deber de todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente y la tercera regla se encuentra referida a la inconstitucionalidad de todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública. Como mencionamos, en lo formal, uno de los fundamentos de la Sentencia en análisis tiene la particularidad de erigirse como precedente vinculantes a través de la nueva regla creada con oportunidad de su propia emisión para establecer precedentes vinculantes, sobre lo cual regresaremos más adelante al analizar la Sentencia con la que el Tribunal cambió radicalmente de posición.

b) Sobre el fondo

Pasando al análisis del fondo del Caso Salazar Yarlenque, debemos señalar muy puntualmente que el TC efectivamente consideró que existió una vulneración a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional; no obstante, su examen del caso puesto a su conocimiento no culminó ahí, pues entendió que tanto la actuación de la administración pública, así como las sentencias del Juzgado Especializado y la Sala Civil superior, que declararon infundada la demanda por la simple verificación de que el requisito del pago por impugnación se encontraba contenido en el

³⁸ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del Perú de fecha 14 de noviembre de 2005 recaída en el Exp N° 03741-2004-AA/TC. F.J. 40 y 41

Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad demandada, hacían evidente un aspecto estructural del problema que iba más allá de la declaración de inconstitucionalidad de los pagos dispuestos a través de la Ordenanza Municipal que aprobaba el TUPA.

El problema estructural que pudo advertir el TC fue la premisa sobre la que actuaba la Administración Pública, y que en parte era refrendada por la actuación de las instancias inferiores del Poder Judicial, relacionada a su imposibilidad de revisar la constitucionalidad de las normas que rigen sus actuaciones. Por ello señala que el deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza la administración pública, añadiendo que:

“Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución.”

Asimismo, interpreta que lo dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General concretiza la supremacía de la Constitución, más allá de denominarse “Principio de Legalidad”, pues prevé que las autoridades administrativas actúen primordialmente con respeto a la Constitución, antes que a la ley. Posteriormente reconoce que si bien la Constitución reconoce a los jueces la potestad para ejercer control difuso de constitucionalidad, resultaría contrario a los principios de interpretación constitucional, como los de su unidad y de concordancia práctica, sostener

que dicha potestad sea exclusiva de jueces y se pueda realizar únicamente en el marco de un proceso judicial. Para ello y a fin de evitar una interpretación restrictiva y literal, señala que la habilitación para ejercer control difuso debe ser entendida a la luz del artículo 38° de la Constitución, pues impone a todos el deber de respetarla, cumplirla y defenderla.

Por otro lado, estima en sus argumentos que se vería comprometida la eficacia vertical de los derechos fundamentales, entendida como la eficacia de estos frente a los poderes y órganos del Estado, pues representa no solo un imperativo de la actuación del Estado, sino que por el carácter de los derechos fundamentales, se configura una afectación no solo al derecho subjetivo individual, sino al orden de valores de la Constitución. Por ello, considera que nos encontramos ante un redimensionamiento del principio de legalidad, pues en el Estado Constitucional de Derecho, la legitimidad de las leyes es evaluada en su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales reconocidos por esta; por lo cual, concluye estableciendo que el derecho-deber de preferir la Constitución por parte de los tribunales administrativos y órganos colegiados a través del control difuso, pasa a formar parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al debido proceso del administrado y a su tutela procesal ante los tribunales administrativos.

Finalmente todo el análisis desarrollado por el Tribunal sobre la interpretación debida en cuanto a la potestad de ejercicio de control difuso así como la sujeción de la administración pública al principio de supremacía normativa y al principio de legalidad, culminan en la creación de un precedente vinculante en el siguiente sentido:

“Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos

38°, 51.° y 138.° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.”

c) Sobre la adecuación del uso de un precedente vinculante para el caso en concreto

Del precedente vinculante podemos recoger tres presupuestos para la aplicación del control difuso en sede administrativa: i) que sea ejercido por un tribunal u órgano colegiado de la administración pública, ii) que el examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia, y iii) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución. Si bien, a través de la Resolución aclaratoria posterior se introducen más requisitos, resulta pertinente analizar dos aspectos sobre el precedente vinculante establecido en el presente caso: ¿existe relación entre el caso y el precedente vinculante? ¿Este se hubiese solucionado a través de la regla constituida en precedente?

Un aspecto sobre los precedentes vinculantes que no modifica la Sentencia analizada es lo referente a las condiciones de su uso, por lo que siguen siendo aplicables las establecidas en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC (Caso Municipalidad Distrital de Lurín), la primera de estas se encuentra referida a la existencia de relación entre el caso y el precedente vinculante. A primera vista podría decirse que, efectivamente la negativa de la Municipalidad a admitir el medio impugnatorio sin el pago de la tasa correspondiente establecida en su TUPA tiene relación con el deber de control difuso por parte de la Administración Pública, pues así hubiese podido a analizar si dicha medida afectaba o no el derecho de petición y el debido proceso; sin embargo, no cumple con el contenido de esta condición para usar precedentes vinculantes establecida por el propio Tribunal

Constitucional, pues al desarrollar dicho contenido, señala que *“la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado”*. A pesar que la regla establecida por el Tribunal se encuentra relacionada al asunto controvertido del caso en análisis, no podría sostenerse que esta fue necesaria para la solución del caso planteado, pues aun habiéndose declarado el deber de aplicar control difuso en sede administrativa en los términos que lo hizo el Tribunal, la Municipalidad no se hubiese encontrado habilitada a ejercerlo por no tratarse de un órgano colegiado o tribunal de la administración pública.

d) Resolución aclaratoria: los alcances del control difuso administrativo.

Al poco tiempo de emitido el precedente vinculante el Tribunal Constitucional decide emitir una resolución aclaratoria con la finalidad de esclarecer la posición adoptada sobre el control difuso administrativo y establecer unos alcances puntuales sobre los sujetos obligados y la forma de su aplicación.

Realiza un recuento de los artículos de la Constitución que sustentan la posición a favor del control difuso por parte de la administración pública, como son los artículo 38°, 44°, 51° en el contexto de la finalidad tutelar de la primacía de la Constitución y la vigencia de los Derechos Humanos, de conformidad con el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional así como lo sostenido en anteriores fallos como el Exp. 5854-2005-AA/TC y el Exp. N° 0050-2004-AI/TC. De tal manera, inicia con la primera precisión sobre la STC 3741-2004-AA, referida a la delimitación de los sujetos obligados a preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, pues resalta que dicho deber solo recae sobre todo tribunal u órgano colegiado de la administración

pública que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales.

Posteriormente, recoge lo sostenido por *Kelsen*³⁹ en cuanto al actuar debido de las autoridades cuando no existe prohibición expresa para hacer cumplir el principio de supremacía jurídica, así como lo propuesto por *Sagüés*⁴⁰ sobre la inaplicación de una ley por el Ejecutivo cuando su inconstitucionalidad es “grosera y obvia”, como una manifestación de un Estado social y democrático de Derecho que supone cambios sustanciales en la concepción clásica del principio de legalidad.

La siguiente regla se encuentra referida al ejercicio del control difuso administrativo únicamente cuando es a pedido de parte y dentro de dicho pedido siempre y cuando se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados; sin embargo, se contempla la excepcionalidad de su ejercicio de oficio cuando se trate de aplicar una disposición que vaya en contra de la interpretación recogida la jurisprudencia del TC en sus precedentes vinculantes.

Finalmente, restringe la realización del control difuso en la Administración Pública cuando se trate de la aplicación de una disposición cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales y en sentido contrario la imposibilidad de aplicar una disposición cuya inconstitucionalidad haya sido declarada en dichos procesos.. De tal manera, con la aclaración comentada se terminaron de establecer los requisitos para la aplicación del control difuso de constitucionalidad en la Administración Pública, siendo los siguientes:

³⁹ KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. México D.F.: Trad. de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, 2.ª edición revisada, México D.F. 1958. P. 317.

⁴⁰ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario. Astrea, 3ra edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1992. P. 236.

- a) El órgano que aplique el control difuso debe ser un órgano colegiado o tribunales que impartan justicia administrativa con carácter nacional y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.
- b) El pedido de control difuso se haga a pedido de parte de los administrados.
- c) El ejercicio del control difuso debe realizarse cuando ofrezca una mayor posibilidad de proteger los derechos fundamentales de los administrados.
- d) La norma cuestionada debe vulnerar de manera manifiesta la Constitución.
- e) La aplicación del control deberá observar armonía con los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.

C. ANÁLISIS DEL FINAL DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO EN EL EXP. 4293-2012-PA/TC (CASO CONSORCIO REQUENA)

a) Sobre la forma

La STC recaída en el Exp. 4293-2012-PA/TC resuelve la controversia iniciada por el Consorcio Requena en contra de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), solicitando la nulidad de la resolución emitida por dicho Tribunal declarando infundada la solicitud de un nuevo pronunciamiento sobre la calificación de su propuesta técnica en una Licitación Pública en la que participó el Consorcio. Al respecto, el Tribunal del OSCE tuvo en su conocimiento el recurso de apelación planteado por el Consorcio Requena respecto de la Resolución de la Municipalidad Provincial de Requena que lo descalificaba como postor hábil en el proceso de Licitación Pública N° 001-2011-MPR, al no haber especificado la antigüedad de sus equipos, ni haber presentado su promesa de Consorcio, ambos aspectos fueron cuestionados por el Consorcio en su recurso de apelación además de la violación al principio de veracidad en la documentación presentada por otro Consorcio postor. El Tribunal de la

OSCE resuelve a favor del Consorcio Requena todos los extremos de su recurso; sin embargo, introduce como nuevo punto de controversia la no acreditación del Gerente de Obras al no haber presentado copia simple del título profesional del Ingeniero Civil propuesto como Gerente de Obras, a pesar de haberse acreditado su colegiatura profesional.

Ya en sede judicial, el demandante invocó la afectación del derecho de defensa por parte del Tribunal OSCE por haber contravenido al principio de congruencia procesal al incluir un nuevo elemento controvertido, los requisitos mínimos del “Gerente de Obra” en su revisión del recurso de apelación; asimismo, se invocó la afectación al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, pues el mismo Tribunal resolvió de manera favorable un recurso de apelación con hechos sustancialmente similares, sin explicar la razón del cambio en su criterio interpretativo sobre el requisito de presentación del título profesional, cuando ya se acreditó la colegiatura del profesional propuesto.

El Tribunal estimó que no se configuró vulneración al derecho de defensa pues pudo presentar sus argumentos sobre la inclusión del nuevo punto controvertido, cuya introducción es válida en sede administrativa, luego de realizada la audiencia y estos fueron puestos en conocimiento del Tribunal antes de emitir su resolución. Por otro lado, en el extremo referido a la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, el Colegiado concluyó que sí existió un tratamiento diferenciado injustificado.

Luego de realizar el análisis correspondiente a los efectos de la Sentencia declarando la irreparabilidad del derecho, el Tribunal aborda lo referente a los presupuestos básicos que deben observarse para establecer un precedente vinculante, ello sin que el razonamiento aplicado en el caso haya producido una nueva regla o posición sobre la controversia en particular haya ameritado el establecimiento de un precedente vinculante; por lo cual,

resulta evidente que el Tribunal decidió abordar lo referente al requisito sobre el establecimiento de precedentes vinculantes introducido desde la STC del Caso Salazar Yarlenque, sin mencionar las razones que justificaban que lo haga en el marco de dicho caso en concreto y sin que aparentemente exista un hecho que vincule ambos casos para realizar dicho análisis.

Al respecto, el Tribunal sostuvo que la nueva regla creada para el establecimiento de precedentes vinculantes en el Caso Salazar Yarlenque no observó las reglas previamente establecidas para estos casos, pues, a su criterio, no se verificó la existencia de interpretaciones contradictorias, no se aclaró una interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, no existía un vacío legislativo, no se advirtió la existencia de interpretaciones diversas de los órganos judiciales y administrativos, ni se estableció para cambiar un precedente vinculante preexistente. De tal manera, concluyó que existían probadas razones para dejar sin efecto el precedente cuestionado al no respetar las reglas establecidas por el propio Tribunal para tal efecto; lo cual, resulta cuanto menos paradójico en la medida que es el propio Tribunal quien estableció las reglas para establecer precedentes vinculantes, lo que razonablemente nos llevaría a pensar que el cambio de estas o la inclusión de una nueva regla estaría a cargo de este, y que en el supuesto de inclusión una nueva regla, lógicamente no se subsumiría en los presupuestos previamente establecidos al respecto.

b) Sobre el fondo

Ahora bien, el Tribunal no solo mencionó las razones formales que respaldaban su posición para dejar sin efecto el precedente vinculante del Caso Salazar Yarlenque, sin explicar cómo resultaba necesario realizar dicho análisis para la solución de la controversia del caso

en particular, sino que además ofreció tres objeciones importantes sobre la parte sustantiva del precedente que reconocía la posibilidad de realizar control difuso administrativo.

- i) En primer lugar consideró que la atribución de realizar control difuso regulada en la Constitución se refiere en principio al Poder Judicial, al mencionarse en el capítulo referido a este Poder del Estado, y en todo caso solo podría hacerse extensiva a todos los órganos con función y potestades jurisdiccionales, para respaldar dicha posición recoge lo sostenido por el propio Tribunal en las STC N° 0007-2001-AI/TC y el N° 01680-2005-PA/TC, en las que se refirió a la reserva de esta potestad a los órganos jurisdiccionales, sustentado no solo en lo expresamente señalado en la Constitución, sino también en la necesidad de que su ejercicio se dé en el marco de un caso judicial, en el que existe un problema jurídicamente relevante sometido al juez para su dirimencia, resaltando que no emiten opiniones en abstracto sobre la validez de la norma; sumado a ello, el hecho que solo podría practicarse siempre que la ley cuestionada resulte relevante para resolver la controversia conocida por el juez. Los aspectos antes señalados le permitieron concluir que los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales y mucho menos forman del Poder Judicial, por lo que no les correspondería ejercer dicha atribución. Lamentablemente, el Tribunal no realiza un análisis sobre la naturaleza de los tribunales administrativos como órganos que también dirimen controversias jurídicas en el marco de casos específicos, en los cuales el análisis de la constitucionalidad de una norma para su inaplicación puede ser la única herramienta idónea para evitar un agravio directo al administrado, limitándose a señalar lo evidente como su no pertenencia al Poder Judicial y su carencia de *iuris dictio*.
- ii) La segunda razón se refiere a la existencia de un sistema de control de la actividad de los jueces cuando tienen oportunidad de aplicar control difuso, pues el mecanismo

establecido en el Poder Judicial implica que las sentencias en las que se aplicó control difuso sean elevadas en consulta de oficio para que pueden ser reexaminadas por el superior; dicho esto, concluye que la ausencia de un mecanismo análogo para los tribunales administrativo implicaría que las decisiones emitidas en aplicación de control difuso inmediatamente adquirirían la calidad de cosa decidida sin que ningún órgano se encargue de verificar su correcta aplicación.

iii) Finalmente, la tercera razón sostenida se encuentra referida a la afectación que representa al sistema de control dual de la jurisdicción constitucional reservada al Poder Judicial y al Tribunal, además de ello, la afectación de un principio sobre el que se erige el Estado como es la división de poderes al permitir que un órgano que forma parte del Poder Ejecutivo controle normas dictadas por el Legislativo, lo cual atenta contra las disposiciones constitucionales referidas a la función del Poder Ejecutivo de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, correspondiendo únicamente el acatamiento de estas y no su cuestionamiento.

Con lo antes expresado el Tribunal concluye que los tribunales administrativos, en ningún caso, tienen la competencia o facultad de ejercer control difuso por lo que materialmente también corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante, pues el conceder dicha facultad quiebra el equilibrio entre democracia y constitucionalismo. Sin perjuicio de su posición al respecto, finaliza su análisis resaltando que lo señalado no enerva de manera alguna la obligación de la Administración Pública de actuar en respeto de la Constitución, los derechos fundamentales y los principios constitucionales.

D. UN BALANCE SOBRE EL CONTROL DIFUSO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

Luego de emitida la STC del *caso Salazar Yarlenque*, las opiniones de especialistas en Derecho Administrativo y en Derecho Constitucional no se hicieron esperar, encontrando una interesante polarización en el mundo académico en cuanto al apoyo o la condena de la recientemente reconocida atribución de los tribunales administrativos para ejercer control difuso; cerca de nueve años después, el debate se retomó con oportunidad de la emisión de la STC del *caso Consorcio Requena*, sin embargo, los análisis más profundos y completos se dieron luego de la emisión del precedente vinculante, pues el cambio de posición del Tribunal sirvió más que todo para que quienes se encontraban en contra del control difuso en la Administración Pública aplaudan la nueva posición asumida por el Tribunal, especialmente porque recogieron buena parte de sus argumentos, y quienes se encuentran a favor del reconocimiento de esta atribución resaltasen con pesar la “bipolaridad” del Tribunal sobre el asunto y el abandono de una posición protectora de los derechos del administrado; por ello, se recogieron las ideas más resaltantes de ambas orillas

a) Argumentos en contra:

Uno de los primeros pronunciamientos realizados firmemente en contra de habilitar el control difuso administrativo fue el emitido por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, que respalda su oposición en los siguientes argumentos⁴¹:

- La administración pública tiene por único fin el servicio y satisfacción del bien común, constituyéndose como tal a partir del principio de legalidad, dicho principio no solo

⁴¹ Asociación Peruana de Derecho Administrativo. La posición de la administración pública frente al control de constitucionalidad de leyes y normas reglamentarias. Comunicado, Lima, 2005.

opera como factor de atribución de poderes de actuación a los órganos que la conforman, sino que determina los alcances y límites a los que se encuentran sometidos.

- La vinculación de la Administración Pública al principio de legalidad implica que tiene una labor primordial de ejecución y aplicación de lo dispuesto en la Constitución, leyes y reglamentos para la consecución de los fines públicos; por lo cual, al encontrarse sometida a este principio no puede ni derogar singularmente ni declarar la inconstitucionalidad de una ley, pues se encuentra obligada a ejecutarla y cumplirla, lo que no impide que realice una apreciación de la validez de la norma y proponga su derogatoria ante los órganos competentes.
- En cuanto a las posiciones que apoyan la existencia de un deber de los órganos administrativos de aplicar control difuso en virtud del artículo 38° de la Constitución Política, resalta que los alcances del control difuso de constitucionalidad están claramente delimitados en la propia Constitución, la cual sostiene que este control se ejerce en el marco de un proceso jurisdiccional que tiene lugar únicamente en sede judicial. Siendo así, una interpretación acorde a lo expresado en la propia Constitución implica reconocer que el control difuso está reservado únicamente a las instancias expresamente habilitadas por esta para ejercerla.
- Aun las posiciones minoritarias que apoyan el reconocimiento de control difuso administrativo, reconocen que se trata de una facultad exorbitante para la administración pública, por lo cual debe encontrarse sujeta a criterios y pautas para su aplicación, pues existe un riesgo de que sea ejercido de manera poco prudente.
- Propiciar una interpretación que habilitaría dicho control genera una afectación al principio de legalidad administrativa, a la seguridad jurídica y al respeto al Estado de

Derecho en nuestro país. Precisamente nuestro escenario específico en el que la función administrativa se reparte en miles de órganos así como un proceso de descentralización que no termina de ser entendido correctamente, hace inviable e inconstitucional otorgar validez a las interpretaciones que posibilitan el control difuso de constitucionalidad a los órganos de la Administración Pública.

- Los procedimientos, actos y decisiones de la Administración Pública son material y formalmente de naturaleza administrativa y no jurisdiccional, pues los órganos administrativos no gozan de los atributos, poderes y garantías de los que se encuentran investidos los órganos jurisdiccionales; por lo cual, no resulta conveniente que asuman facultades propias de estos órganos como sería el control difuso de constitucionalidad de leyes y reglamentos.

Como vemos, el pronunciamiento de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo contiene un importante listado de argumentos que lamentablemente no pudieron ser profundizados por la naturaleza del comunicado en el que sentaban puntualmente su posición; sin perjuicio de ello, también se han recogido importantes reflexiones realizadas en la doctrina en las que se respalda esta posición, argumentándose de una manera más detenida y especialmente dirigida a los argumentos sostenidos por el TC en un primer momento al establecer el precedente vinculante del *caso Salazar Yarlenque*:

i) Sobre los mecanismos que efectivizan el Principio de Supremacía Normativa

La reflexión con la que inicia *Castillo Córdova*⁴² el desarrollo de su posición en contra, parte de una pregunta que se abordará más de una vez en ambas posiciones ¿Cuáles son los

⁴² CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la Constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. En: La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a

mecanismos, reconocidos constitucionalmente, destinados a efectivizar el Principio de Supremacía Normativa? Al respecto, se comparte la opinión referida a que la actuación del poder político se encuentra sujeta a diversos mecanismos de control jurídico, ello en la medida que el ejercicio concreto del poder político se ha encargado a un grupo determinado de personas que actúan mediante los órganos creados en la Constitución Política que plasma la voluntad del Poder Constituyente. La norma constitucional permite la limitación del ejercicio del poder político⁴³ a través de sus dos dimensiones: (i) la dogmática, al reconocer y garantizar los derechos fundamentales, y (ii) la orgánica, con la división de poderes, pues para controlar el poder resulta razonable y necesario que este no pueda concentrarse en una sola espacio, lo cual justifica el reconocimiento de funciones distintas.

Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial encontrarían su legitimidad en la medida que ejercen su poder dentro de los límites constitucionalmente previstos de manera formal y material, es así que el Poder Constituyente también habría plasmado su voluntad sobre la forma en la que debería velarse por el cumplimiento efectivo de la Constitución una vez este se haya replegado, tarea que recaería en los “comisionados del poder constituyente”. En función a las disposiciones contenidas en la Constitución, identifica quienes serían estos comisionados señalando en primer lugar al Tribunal⁴⁴, según las atribuciones reconocidas en los artículo 201 y 202, y en segundo lugar al Poder Judicial como “comisionado menor del Poder constituyente”, a través de su artículo 138. Al no encontrar ninguna referencia expresa en la norma constitucional que le permita concluir que la

propósito de la jurisprudencia constitucional, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, N.º 1, Palestra Editores, Lima, 2007, P. 64.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N.º 002-2005-PI/TC.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Civitas, tercera edición, cuarta reimpression, P 198. Citado por CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op. Cit. P. 76

Administración Pública también podría actuar como uno de estos “comisionados”, establece que el Poder constituyente no la habría considerado para dicha tarea; por lo cual quedaría excluida su alegada facultad para realizar control de constitucionalidad.

En el mismo sentido, la crítica de *Morón Urbina*⁴⁵ al precedente vinculante resalta que el debate sobre este tema se condujo partiendo de una “falsa proposición: se dice que si la Administración está sujeta o no a la norma constitucional, entonces debe inaplicar la ley que ella misma considere inconstitucional”; por lo cual, postula la necesidad de dividir el análisis sobre la vinculación de la Administración Pública al Principio de Supremacía Normativa en: (i) la determinación jurídica sobre la competencia de la Administración Pública para apreciar la adecuación constitucional de una ley o simplemente ejecutarla, y (ii) la posibilidad de abstenerse de aplicar una norma constitucional en un caso en concreto. Al realizar esta división, afirma que el error del Tribunal fue partir del falso dilema que considera el control difuso como la única forma en que la Administración Pública cumple con su deber de respetar, cumplir y defender la Constitución al advertir la existencia de una norma incompatible con esta, pues nadie propondría que la Administración Pública no deba apreciar la validez de la norma jurídica que vaya a aplicar en un caso en concreto o que no esté vinculada al Estado de Derecho, pero existe un trecho amplísimo entre reconocer esa posibilidad y señalar que la observancia al Principio de Supremacía Normativa derive necesariamente en la posibilidad de inaplicar una ley luego de analizar su constitucionalidad. Finalmente, recoge la doctrina desarrollada por la Procuradoría del Tesoro Público de Argentina que respalda su posición y a la vez es compartido por importantes autores como *Gordillo, Dromi o Sagües*, esta establece que:

⁴⁵ MORON URBINA, Op cit. 58

1. *Es evidente que el Poder Ejecutivo no puede ni derogar las leyes ni declarar su inconstitucionalidad.*
2. *Que es igualmente evidente que el Poder Ejecutivo está obligado a ejecutar y cumplir las leyes.*
3. *Que, sin embargo también el Poder Ejecutivo tiene la facultad de examinar la validez de las normas legales frente a la Constitución. Pues es obvio que si las leyes del Congreso son obligatorias y tienen un extendido ámbito de validez, las normas de la Constitución Nacional son de superior jerarquía y su ámbito de validez (temporal, espacial, material y personal) es el ámbito de validez del derecho argentino en su totalidad. Su acatamiento es obligatorio para los súbditos y todos los órganos del Estado.*

Es patente, por tanto, que el Poder Ejecutivo puede y debe examinar la validez de la ley; y si considera que ella es inconstitucional puede (...) adoptar cualquiera de las siguientes actitudes; a) Ejercer (...) el derecho de veto, b) Plantear su inconstitucionalidad ante el poder Judicial de la Nación en los casos y bajos los procedimientos judiciales establecidos; c) Promover su derogación ante el Congreso de la Nación.

Todo lo dicho en los puestos b) y c) anteriores se entiende sin perjuicio de la inexcusable obligación del Poder Ejecutivo de cumplir y ejecutar la ley mientras se realizan esos procedimientos. En consecuencia, si el Congreso dicta una ley inconstitucional, no puede el Poder Ejecutivo apartarse de ella y ejecutar directamente la Constitución, sino que debe adoptar algunas de las tres actitudes indicadas.”

Como se aprecia del análisis desarrollado por la Procuraduría de Argentina, se busca que el Principio de Supremacía Normativa de la Constitución sea cumplida a través de la proposición de otros mecanismos eficaces de manera que la determinación de inaplicar o no una norma en función a su inconstitucionalidad recaiga únicamente en los órganos expresamente habilitados por la Constitución; al respecto, reservamos el análisis de la alegada eficacia de los mecanismos mencionadas para el apartado referido a los argumentos a favor del control difuso administrativo.

ii) Sobre la interpretación estricta del Artículo 138 de la Constitución:

Por otro lado, se analiza la posibilidad de que la potestad de la Administración Pública se encuentre implícitamente en el artículo 138 de la Constitución, según lo sostuvo el Tribunal en el *caso Salazar Yarlenque*, ello, en atención a la necesidad de evitar una interpretación “positivista y formal” de dicho artículo. Al respecto, sostiene que no puede considerarse la atribución de dicha potestad a la Administración Pública ni siquiera de manera implícita ya que el deber definido en el artículo 138° debe interpretarse sistemáticamente, por lo que solo tendría sentido dentro de la potestad de administrar justicia; es decir, solo en el ejercicio de la *iurisdictio*, que la interpretación extensiva realizada por el TC en cuanto a que el control difuso no solo le corresponde a los jueces, ni únicamente dentro de un proceso judicial, vulnera conceptos básicos del Derecho Constitucional como aquel que establece que las disposiciones que definen potestades y competencias, deben ser interpretadas restrictivamente y la separación de poderes que exige una interpretación estricta de las normas que organizan el poder. Asimismo, aun en una interpretación de extensiva de la potestad de administrar justicia, sus características de unidad y exclusividad, solo podrían incluir a la jurisdicción militar y arbitral, lo cual no

implica que las controversias basadas en la aplicación de una ley cuestionada en las relaciones Administrado-Administración Pública, se encuentren fuera del ámbito de la administración de justicia pues para ello resalta la existencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por su parte *Morón Urbina* al abordar el argumento referido a la interpretación del Tribunal del artículo 138° como una habilitación implícita a las autoridades administrativas y no solo a las judiciales para aplicar control difuso de constitucionalidad, debiendo entenderse como una atribución general de control, se pregunta si es posible la atribución de competencias implícitas de un poder para controlar a otro dentro de un Estado organizado bajo el principio de separación de poderes; y, si es que no resulta necesario ser explícito al atribuir funciones para delimitar adecuadamente el poder y si se asume la postura del Tribunal, cómo se determinaría quienes más tienen esta potestad implícita.

iii) Sobre la afectación al Estado Constitucional de Derecho:

Directamente relacionada al primer argumento, encontramos que la tercera razón en oposición al control difuso de constitucionalidad está vinculada a un escenario en el que se produce la quiebra del Estado Constitucional de Derecho, por la vulneración a uno de sus pilares como es la separación de poderes, pues la estructura empezaría a debilitarse en cuanto se pretende desconocer los mandatos constitucionales que separan las potestades a cada poder y los órganos constitucionales autónomos; de tal manera, la observancia de esta organización en la forma propuesta en la Constitución por el Poder constituyente representa la primera exigencia para constatar la existencia formal y material de un Estado de Derecho.

Según entiende *Castillo Córdova*, el Estado Constitucional de Derecho no puede esperar “nada más que ruina y caos” cuando se empiecen a realizar interpretaciones extensivas de las disposiciones que establecen potestades y competencias como en el caso del control difuso administrativo, sostiene así que sería más que esperable encontrarnos con situaciones en las cuales la Administración Pública busque deshacerse del margen de legalidad y de sus obligaciones legales invocando la inconstitucionalidad de la ley; apoya su posición en lo sostenido por *García De Enterría* en cuanto ello representaría el vaciado del contenido al principio de legalidad. En respaldo a dicha posición, *Morón Urbina* resalta que el Tribunal Constitucional en el *caso Salazar Yarlenque* no consideró que el propio constituyente había asignado expresamente al Ejecutivo la misión de “ejecutar la voluntad de la ley mediante decretos y resoluciones sin transgredirle ni desnaturalizarles”⁴⁶ con lo cual quedaba claramente subordinado a la voluntad del Legislativo, no resultando razonable concluir que sí puede resistirse a la voluntad de este.

Asimismo, el principio de respeto al principio de supremacía constitucional propio de un Estado Constitucional de Derecho, no debe entenderse como la habilitación de la Administración Pública para el control difuso de constitucionalidad, sino su vinculación a las interpretaciones del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial como verdaderos comisionados del Poder constituyente, es en ese sentido que debe ser interpretado la sujeción al ordenamiento constitucional consagrado el Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Esta última afirmación podría entenderse como una inconsistencia en su postulado pues representaría el ejercicio del control difuso por parte de la Administración Pública al alinearse a la interpretación de los comisionados del Poder constituyente; sin embargo, desestima que ello sea así, ya que

⁴⁶ MORON Op cit, P. 60

cuando los órganos habilitados establecen la inaplicación de una ley por inconstitucional es excluir una posible interpretación de la ley, de manera que dicha interpretación ya no formaría parte del ordenamiento jurídico y no podría ser aplicado por ningún operador jurídico. Siendo así, cuando un órgano de la administración pública rechaza una interpretación de la norma y la inaplica basado en la actuación del Tribunal Constitucional o el Poder Judicial no estaría realizando control difuso sino aplicando un criterio jurisprudencial de los comisionados del constituyente.

iv) Sobre los órganos vinculados con la interpretación del artículo 138 del CP y la posibilidad de realizarse vulneraciones manifiestas.

Siguiendo el análisis de los argumentos sostenidos en el precedente vinculante, *Castillo Córdova* también cuestiona la forma en la que se delimitó los alcances de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional del artículo 138 de la CP, resaltando que si el evitar una interpretación restrictiva de dicho artículo habilitaba y reconocía el deber de la Administración Pública de aplicar control difuso, también debería reconocerse dicho deber a los particulares en el marco de sus procedimientos y procesos privados en los que existe participación de órganos decisores, pues si todos nos encontramos vinculados al Principio de la Supremacía Normativa de la Constitución, el reconocimiento de la potestad de ejercer el control no debería detenerse en la Administración Pública, sino que también debería reconocer como comisionado del Constituyente a los particulares; lo cual, en la práctica representaría la generación de consecuencias aún más terribles que la habilitación del control difuso administrativo pues la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en la forma que se realizó en el precedente vinculante no establece ninguna razón que justifique el reconocimiento parcial de esta potestad. A su vez, *Morón* sostiene que resulta

difícil comprender el sustento normativo para establecer la diferenciación entre las instituciones que pueden o no hacer control difuso, pues si la obligación surge de la interpretación de los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución, no se entiende cómo es que la obligación se limita únicamente a los tribunales administrativos o colegiados, que imparten justicia administrativa con carácter nacional adscritos al Poder Ejecutivo.

Por otro lado, también se cuestiona el criterio establecido en los presupuestos para la aplicación del control difuso administrativos, específicamente en el referido a la necesidad de que la vulneración resulte manifiesta, resaltando que resulta irreal e irrazonable esperar que la Administración Pública se encuentre con normas abiertamente inconstitucionales en las que la vulneración resulte manifiesta, pues en la actualidad la inconstitucionalidad no se presenta de una manera clara, pues cuando se contempla la utilización del control difuso de constitucionalidad una vez que se determine la imposibilidad de interpretar la disposición en armonía con la Constitución, resulta claro que esperar encontrar normas con inconstitucionalidad manifiesta es actuar de una manera vergonzosamente ingenua. Por lo cual, una vez verificado que dicho escenario es completamente irreal, entraremos a una discusión subjetiva sobre lo que se puede entender como “vulneración manifiesta”, pues variará de un caso a otro, sin parámetro de uniformidad. *Morón Urbina* comparte la postura crítica sobre el requisito que exige una inconstitucionalidad manifiesta en la norma sobre la cual se realizará el control, pues lo que se hace es radicar la inaplicabilidad en un concepto jurídico indeterminado que tendría que ser cubierto en cada caso por la autoridad administrativa que lo conozca; sin embargo, encuentra que este requisito sí dota de cierta utilidad a la aplicación del control, pues en aplicación del *contrario sensu* a la manifiesta

inconstitucionalidad, en los casos de duda razonable debería prevalecer la aplicación de la norma por presumirse su constitucionalidad⁴⁷.

v) La inexistencia de un procedimiento de “consulta” para cuestionar el ejercicio de parte de los tribunales administrativos

Finalmente, en el caso *Consortio Requena* el Tribunal Constitucional consideró entre los argumentos en contra del control difuso administrativo la inexistencia de un procedimiento de consulta, lo cual lo ponía en una posición privilegiada frente a cualquier magistrado del Poder Judicial, en tanto que aquellos que tenían reconocimiento expreso de jurisdicción y de su facultad para aplicar control difuso, debían elevar sus sentencias en consultas ya sea que hubiesen sido cuestionadas o no; mientras que los órganos administrativos cuya facultad para realizar control difuso fue reconocida en vía jurisprudencial a través de una interpretación amplia del Artículo 138° de la Constitución, no tenían que someter sus resoluciones al examen de ningún otro órgano jerárquicamente superior, de modo que una vez emitidas, esta podían alcanzar el estatus de cosa decidida sin necesidad de que se confirme la adecuada aplicación del control difuso de constitucionalidad.

Este aspecto, también halló eco en los votos de los magistrados Vergara Gotelli y Urviola Hani, en el primer caso, el magistrado Vergara recogió el análisis realizado en el Exp. N° 0014-2009-PI/TC en el que estimó pertinente hacer una precisión sobre el control difuso administrativo, señalando que solo podría realizarse este control respecto de disposiciones infralegales y no legales, reservando esta aplicación una vez se implemente los mecanismos necesarios tendientes a garantizar una correcta aplicación de dicho control, equiparándose las mismas exigencias que se realizan a los jueces del Poder Judicial, puesto que lo

⁴⁷ MORÓN. Op cit. P. 66

contrario significaría que éstos estarían disminuidos en sus facultades quedando en una situación de superioridad –en facultades– los Tribunales Administrativos⁴⁸. Por su parte, el Magistrado Urviola encuentra que la inexistencia de un procedimiento de consulta si bien puede resultar un problema para la aplicación del control difuso administrativo, no implica que la solución sea eliminar el control difuso en dicha sede, sino más bien la solución radica en incorporar un procedimiento de consulta u otro análogo que habilite el mismo examen que se realiza respecto de las resoluciones el Poder Judicial cuando hacen uso de este control.

b) Argumentos a favor:

Identificados los principales argumentos en contra del control difuso administrativo, corresponde identificar los argumentos a favor desarrollados tanto por el Tribunal Constitucional como por diversos autores antes de las STC que marcaron el inicio y el final de su vigencia en el Perú; asimismo, la revisión de estos en este apartado permitirá no solo enumerarlos sino que podrán contrastarse con los argumentos en contra anteriormente expuestos.

i) El principio de Supremacía Constitucional y el principio de Legalidad en el Estado Constitucional de Derecho

Un aspecto inicial a revisar cuando los diversos autores abordan el control difuso administrativo se encuentra vinculado a los principios que se encuentran presentes en un Estado Constitucional de Derecho y rigen la actuación de la Administración Pública. Al respecto, *Bullard Gonzáles* advierte que el problema de la viabilidad del control difuso

⁴⁸ Voto Singular del Magistrado Vergara Gotelli a la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el Exp. 00014-2009-PI/TC .

administrativo gira en torno a un conflicto aparente entre los principios de jerarquía y de legalidad; por lo cual, resulta necesario revisar cómo funcionan los principios y la forma en que debería resolverse un conflicto entre estos, para ello recoge lo sostenido por *Leguina Lavilla* cuando resalta que el Derecho no se agota en la ley, sino que se expresa en reglas primeras que, por un lado ordenan las instituciones, el tejido de las relaciones de convivencia social, y por el otro organizan el sistema jurídico en general⁴⁹. Estas reglas primeras se refieren a los principios, y ya que estos se pueden encontrar plasmados en normas al igual que las reglas, resulta pertinente tomar las palabras de *Alexy* cuando hace la distinción entre ambos, señalando que:

Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos

*En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.*⁵⁰

⁴⁹ BULLARD. Op cit. P. 23

⁵⁰ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993, P. 86 y 87.

Al existir una distinción cualitativa entre estas, encontramos que los conflictos que pueden surgir, entre reglas entre sí y principios entre sí, se abordan de manera diferente, pues en el caso del conflicto o colisión entre principios, uno de estos debe ceder frente al otro para el caso en concreto y bajo sus circunstancias particulares, por lo que la resolución de estos se da en la dimensión de su peso concreto para cada caso. Al momento de llevar esta ponderación al caso específico del control difuso administrativo, *Bullard Gonzáles* advierte que encontraremos que la protección de los derechos fundamentales es un criterio orientador para definir cuándo debe primar el principio de jerarquía y cuando el de legalidad. Por cual, desarrolla una serie de presupuestos o circunstancias específica que permitirían identificar cuando debe primar cada principio.

Por su parte, *Del Pozo Goicochea* al realizar el análisis de ambos principios aprecia que la Constitución tiene como una de sus funciones dotar de orden al sistema jurídico en su conjunto, con lo cual existe una vinculación directa de todas las ramas del Derecho, incluida el Administrativo como abanderado del principio de legalidad, a las disposiciones constitucionales. Por lo cual, existiría cierto consenso en afirmar que es necesaria una interpretación acorde a la Constitución en la formulación de los actos y resoluciones administrativas, tal como lo ha hecho la Administración Tributaria⁵¹.

Sobre las objeciones vinculadas a la inexistencia de una atribución expresa de la Constitución para que la Administración Pública ejerza un control difuso, que en buena cuenta representa una interpretación a favor de que el principio de legalidad sea el que prevalezca, sostiene que si bien existe una delimitación de las funciones de cada uno de los poderes, también encontramos que los actos de cada uno de estos poderes constituyen

⁵¹ DEL POZO GOICOCHEA, Claudia. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Palestra Editores, Lima, 2007. P 105-107

actos de aplicación de la Constitución. Al respecto de los actos y resoluciones administrativas, citando a *Kelsen*, afirma que son actos de creación y aplicación del Derecho que constituyen normas jurídicas individuales, que al constituir grados inferiores del proceso de creación del Derecho, no se encuentran limitadas a las leyes, sino que también se encuentran vinculadas a la Constitución y al ordenamiento jurídico internacional⁵². Asimismo, al referirse a la objeción al control difuso administrativo por una presunta lesión a la seguridad jurídica, aprecia que la verdadera lesión a la seguridad jurídica se dará cuando el ordenamiento presente compartimiento no integrados entre sí, en los que la norma constitucional sea la que prevalecerá de manera previsible.

ii) **Sobre la interpretación amplia del artículo 138° de la Constitución**

Tal como sostuvo el Tribunal Constitucional en un primer momento en el *caso Salazar Yarlenque*, la Administración Pública no sólo tendría la facultad de hacer cumplir la Constitución, sino también el deber de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que resulten contrarios a esta; para ello, realiza una interpretación amplia del artículo 138° señalando que de su lectura no se podría derivar que la potestad de administrar justicia inaplicando una norma que resulte contraria a la Constitución, corresponda únicamente a los jueces, ni que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial. La interpretación positivista y formal que excluye de esta atribución a los órganos administrativos supondría el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad y concordancia práctica de la Constitución, además de dar lugar a una serie de contradicciones en la validez y vigencia de la propia Constitución, pues supondría su

⁵² DEL POZO Op cit. P. 108

eficacia únicamente en los procesos judiciales y no en procedimientos de naturaleza distinta⁵³.

Lo sostenido por el propio TC más adelante en el *caso Consorcio Requena* es justamente una interpretación literal y restrictiva del artículo 138°, pues a pesar de tener en cuenta que con su fallo la postura del Tribunal tomaría un giro radical, no se ocupan en identificar cuál fue el error en el razonamiento anteriormente sostenido por el Tribunal en el fallo que habilitaba el control difuso, sino que simplemente hacen la interpretación estricta en el sentido que si la Constitución reconoce expresamente la jurisdicción a determinados órganos, únicamente estos serán los habilitados para realizar control difuso; sin ingresar a un análisis de las razones por las cuáles órganos que realizan funciones cuasijurisdiccionales o administran justicia sin emitir pronunciamientos que adquieran la calidad de cosa juzgada deberán ser excluidos del ejercicio del control difuso cuando sí pueden administrar justicia igual que los órganos que gozan de plena jurisdiccionalidad.

Asimismo, el Tribunal recoge fragmentos del Exp. N° 01680-2005-PA/TC en el que se desarrolló la institución del control difuso; sin embargo, omite mencionar que dicho análisis versó únicamente sobre este control en el seno de un caso judicial; por lo cual, razonablemente no se encontraría ninguna mención a su ejercicio en el ámbito administrativo y cuando especifica que el ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional” no lo hace para delimitar los órganos habilitados o no, sino para resaltar que los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. 3741-2004. F.J. 7 y 8.

entender el sentido y los alcances de las leyes. Por lo cual, dicha caracterización sobre lo que no abarca la función jurisdiccional es perfectamente aplicable a los actos jurisdiccionales de la Administración Pública. Como veremos en el apartado referido al análisis de la función jurisdiccional, la identificación de las funciones análogas en materia de administración de justicia, revestirán una importancia capital al momento de sostener un argumento a favor del control difuso en la Administración Pública⁵⁴.

Finalmente, cabe resaltar el inexplicable cambio de posición de dos magistrados, Eto Cruz y Álvarez Miranda, que participaron tanto en el *caso Consorcio Requena* como en el Exp. N° 00142-2011-AA/TC, a través del cual se reconoció el ejercicio del control difuso en sede arbitral recogiendo expresamente el razonamiento del *caso Salazar Yarlenque* sobre la interpretación amplia del artículo 138° para su reconocimiento, de manera que su repentina apuesta por una interpretación restrictiva y literal debió contar cuanto menos de un voto singular para explicar las razones que les permitieron reconocer la necesidad de realizar una interpretación restrictiva para un caso y no para el otro.

iii) **Sobre la eficacia vertical de los Derechos Fundamentales**

Un segundo argumento a favor es el vinculado a la eficacia vertical de los Derechos Fundamentales, posición que también fue asumida inicialmente por el TC en el *caso Salazar Yarlenque* cuando valoró que esta eficacia se encontraba de por medio, entendiéndola como la eficacia en las relaciones del particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, incluyendo a la Administración Pública, señalando que el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que debe ser garantizado por el Estado pues su violación importa la afectación además del derechos subjetivo individual, el orden

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 01680-2005-PA/TC. F.J. 2,5-7

objetivo de valores que la Constitución incorpora. Resaltando que esta interpretación implica un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad, pues se pasaría de la realización de su eficacia en la Ley, a la realización de esta en la Constitución, considerando que el deber de preferir la Constitución realizando el control difuso forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso y a la tutela procesal.

La eficacia vertical de los Derechos Fundamentales es entendida por *Bastida Freijedo* como un sistema de valores y principios jurídicos que informa todo el ordenamiento, lo que les presta un contenido o dimensión objetiva que se despliega para reforzar la eficacia obligatoria de aquel contenido subjetivo. De esta fórmula se deduce no solo la prohibición de los poderes públicos de menoscabar los ámbitos de libertad de los individuos, sino que conlleva a que estos poderes optimicen la eficacia de las libertades de los individuos⁵⁵.

Por su parte, *Bullard Gonzáles* al analizar las circunstancias que harían válido el ejercicio del control difuso administrativo, propone que un elemento determinante sea la razón por la que el control difuso puede ser utilizado, entendiendo que el control difuso podría aplicarse en dos vertientes, una en la que la inaplicación de una norma inferior importe la restricción de los derechos de los ciudadanos y otra en la que se utilice para extender o proteger de mejor manera los Derechos Fundamentales. Por lo cual, es legítima la preocupación consistente en que la Administración decida simplemente liberarse de sus límites y actuar en contra de los intereses ciudadanos y la seguridad jurídica; sin embargo, si su uso se encuentra limitado al reforzamiento de los derechos subjetivos, la preocupación por la

⁵⁵ BASTIDA FREIJEDO, Francisco y otros. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Editorial Tecnos. Madrid. 2004. P. 182 y 183

desviación en su uso dejar de serlo⁵⁶. Dicha interpretación se encuentra de acuerdo a lo propuesto en la eficacia vertical de los Derechos Fundamentales por cuanto limita la utilización del control difuso únicamente para aquellos casos en los que se proteja y privilegie los derechos subjetivos del ciudadano, dejando de lado un presumible abuso que desataría el reconocimiento del control difuso, a través del cual la Administración podría desentenderse de sus obligaciones o extralimitarse en perjuicio de los ciudadanos.

iv) Sobre los órganos vinculados con la interpretación del artículo 138 del CP

Ahora bien, tal como se anticipó en el primer apartado de los argumentos a favor del control difuso de constitucionalidad en la Administración Pública, el desarrollo de actos materialmente jurisdiccionales por parte de ciertos órganos administrativos merece un análisis detenido sobre las atribuciones con las que cuentan en comparación con los órganos del Poder Judicial cuya jurisdicción se encuentra plenamente reconocida en la Constitución. Autores como *Del Pozo Goicochea* y *Bullard González* encuentran en estas funciones materialmente jurisdiccionales el punto de partida para identificar la necesidad de habilitar el control difuso administrativo en un Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, corresponde abordar el concepto en el que se encontraría la solución a la discusión referida al reconocimiento del control difuso en la Administración Pública; es decir, la jurisdicción, en palabras de *Alvarado*, la jurisdicción se refiere a

⁵⁶ BULLARD. Op cit, P. 39

“(…) la facultad que tiene el Estado para administrar justicia por medio de los órganos judiciales instituidos al efecto, los cuales tienen por finalidad la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos.”⁵⁷

De manera inmediata resulta evidente que la administración de justicia está íntimamente ligada al concepto de jurisdicción y el uso de ambos términos resulta intercambiable en un contexto en el que se toma como premisa indiscutible que al ser los jueces u órganos judiciales los únicos que cuentan con jurisdicción, también se podría afirmar que solo ellos administran justicia. Al respecto, la estructura organizativa del Estado a través de la división de poderes nos deja completamente claro que el Poder Judicial tiene como tarea principal la administración de justicia y no se pretende cuestionar ese extremo; sin embargo, la complejidad de las funciones del Poder Ejecutivo quizá no han permitido apreciar con claridad que su actividad también puede encontrarse, al menos parcialmente y en lo esencial, en lo que podemos entender como administración de justicia. En su análisis sobre la administración de justicia, *Baena*⁵⁸ sostiene que existe una falta de precisión en la diferenciación de la administración de justicia y el ejercicio de la potestad jurisdiccional, resaltando que la doctrina jurídica de derecho público en Alemania en el siglo XIX se planteó el problema de si cabía una distinción entre Administración y Jurisdicción, pues se daba el cumplimiento a la Ley tanto en las tareas de gobierno y administración del Ejecutivo como por la Jurisdicción al aplicar las leyes a los casos concretos. Si bien el análisis del autor español deriva en la relevancia de resaltar lo necesario del aspecto “administrativo” separado de lo “jurisdiccional” en la Administración de Justicia, resulta

⁵⁷ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. Jurisdicción y Competencia. Revisado el 11 de abril de 2016. Disponible en:

http://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/Jurisdiccion_y_Competencia_AAV.pdf

⁵⁸ Diccionario crítico de Ciencias Sociales, revisado el 12 de abril de 2016. Disponible en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/A/administraciondejjusticia.htm>

útil para invertir la pregunta y cuestionarnos si no se está soslayando la “administración de justicia” inmersa dentro de la Administración Pública, al no analizársele por separado por la funciones ampliamente conocidas del Ejecutivo como son las de regular, controlar y principalmente ejecutar la voluntad del legislativo expresado en la ley. Para ello, corresponde dirigirnos a otro concepto que ha sido concebido como patrimonio exclusivo del Poder Judicial, me refiero al proceso, cuya finalidad ha sido claramente identificada por el legislador en el Código Procesal Civil peruano cuando nos dice que su finalidad concreta es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. Cabe preguntarse entonces si la Administración Pública en el ejercicio de sus diversas funciones no se ve inmersa en lo que sería un “proceso”, si es que acaso no resuelve conflictos de intereses entre los administrados y órganos de la propia Administración, acaso dichos conflictos no revisten relevancia jurídica ni permiten el ejercicio de derechos sustanciales de los administrados. Evidentemente la Administración Pública se halla inmersa en “procesos”, independientemente del hecho que en la práctica se haya privilegiado una denominación diferente como es la del “procedimiento administrativo”, el reconocimiento de la existencia de “procesos” en el seno de la Administración Pública tiene su principal respaldo en el reconocimiento del derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos, tal como reconoce el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos “el debido proceso no solo constituye un principio aplicable a quienes ejercen función jurisdiccional, sino también un derecho fundamental”⁵⁹, ello en la medida que comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: i) constituye un

⁵⁹ Guía sobre la aplicación del Principio –Derecho del Debido Proceso en los procedimientos administrativos administrativos. Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Primera Edición, Lima, 2013, P. 12
<http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Gu%C3%ADa-del-debido-proceso-MINJUS.pdf>

derecho subjetivo, que resulta exigible por todas las personas, y ii) un derecho objetivo al contener una dimensión institucional que lleva implícito los fines sociales y colectivo de justicia⁶⁰. De tal manera, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido que el derecho al debido proceso debe ser observado en la tramitación de los procedimientos administrativo; el máximo intérprete en materia de Derechos Humanos en la región como es la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

“(…) 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 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”⁶¹

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ha recogido íntegramente la posición de la Corte IDH, reconociendo la existencia de un debido proceso administrativo, señalando que este encuentra sustento en el hecho que:

“tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo

⁶⁰ Cf. LANDA ARROYO, César. loc. cit. RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y Enrique BERNALES BALLESTEROS. Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los Artículos 1, 2 y 3 de la Constitución. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, P. 25. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Ara Editores, Lima, 2001, Pp. 236-239

⁶¹ Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. párr. 71

hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional.”⁶²

Ambas citas nos permiten resaltar dos aspectos especialmente importantes sobre la postura que sostiene que la Administración Pública conoce, conduce y resuelve procesos, el primero está referido a que existe una posición pacífica en cuanto al reconocimiento de que los procedimientos administrativos cuentan con las garantías del debido proceso que inicialmente solo estaban reconocidas en el ámbito de los órganos que gozan de jurisdicción, la segunda está referida a la expresa mención realizada sobre el ejercicio de “funciones de carácter materialmente jurisdiccional” vinculada a la resolución sobre asuntos de interés del administrado. Lo antes mencionado, nos permite concluir razonablemente que la Administración Pública conoce, conduce y resuelve procesos al emitir actos administrativos que cumplen con la finalidad de resolver conflictos de intereses o eliminar una incertidumbre con relevancia jurídica e incidencia en los derechos sustanciales del administrado.⁶³

Teniendo en cuenta que la Administración Pública puede conocer procesos que cuentan con las mismas características de aquellos conocidos ante los órganos jurisdiccionales, cabe preguntarnos si ello implica que a través de sus actos ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional. Para ello, resulta pertinente retomar el análisis desarrollado por *Alvarado Velloso* sobre la jurisdicción, para esta función pueda ser adecuadamente cumplida, se reconoce que su ejercicio admite ser descompuesto en los siguientes elementos (o atribuciones concurrentes de los jueces):

c) **“Notio:** *facultad para conocer de una determinada cuestión litigiosa;*

⁶²Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 8495-2006-PA/TC, F.J. 33

⁶³ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. Op cit. P. 31, 34 y 38

- d) **Vocatio:** facultad de compeler (en rigor, generar cargas) a las partes para que comparezcan al proceso;
- e) **Coertio:** facultad de emplear la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso, a fin de hacer posible su desenvolvimiento. Se ejerce sobre personas y cosas;
- f) **Iudicium:** facultad de poner fin al proceso, resolviendo el litigio conforme a ley y con efecto de cosa juzgada;
- g) **Executio:** facultad de ejecutar la sentencia no cumplida espontáneamente por las partes, mediante el uso de la fuerza pública y a fin de no tornar meramente ilusorias las facultades antes enunciadas.⁶⁴

Analizados los atributos enumerados, corresponde detenernos en el análisis del *iudicium*, como el elemento fundamental de estos, respecto de este podemos identificar dos elementos: (i) la facultad de poner fin a la controversia con una resolución conforme a ley, y (ii) que la resolución tenga la calidad de cosa juzgada, entendida como aquella decisión no sujeta a revisión, modificación o alteración por particulares o autoridades del Estado⁶⁵. Siendo así, la diferencia más importante que encontraremos entre la Administración Pública y los órganos jurisdiccionales ante el conocimiento de un proceso será la atribución total del *iudicium*; si bien reconocemos que la Administración Pública no cuenta, ni debería contar, con resoluciones que tengan efecto de cosa juzgada, ello no excluye que esta sí cuente con el primer elemento de este atributo, pues emite decisiones que resuelven la controversia a través de la aplicación del Derecho; es decir, si bien su decisión, no cuenta con la misma intensidad que la de los órganos judiciales, pues solo puede alcanzar la

⁶⁴ ALVARADO. Op cit. P. 29

⁶⁵ HURTADO REYES, Martín. Fundamentos de Derecho Procesal Civil. IDEMSA, Lima, 2009, P. 115

calidad de cosa decidida, ello no enerva el hecho que en lo esencial la resolución tenga un carácter “materialmente jurisdiccional”.

Sobre este último aspecto, *Gordillo* al reflexionar sobre el ejercicio las funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales afirma que una de las grandes dificultades para hablar de una clara y estricta división de poderes, es que dichas funciones no se encuentran exclusivamente a cargo de los órganos legislativos, administrativos y judiciales respectivamente; por lo cual, no es extraño encontrar actos materialmente legislativos que son orgánicamente administrativos, como la emisión de reglamentos, actos materialmente administrativos que son orgánicamente jurisdiccionales, como el nombramiento de empleados judiciales y sobre todo la existencia de actos materialmente jurisdiccionales que son orgánicamente administrativos, cuando el Poder Ejecutivo resuelve una controversia por la interposición de un recurso administrativo⁶⁶. En ese mismo sentido, sostiene que aun cuando la ley atribuye a un órgano administrativo la facultad de resolver una contienda entre partes; es decir, cuando confiere facultades jurisdiccionales en sentido material, debe preverse que dichos actos sean sensible de ser revisado por los el órgano jurisdiccional⁶⁷; por ello, resulta razonable y necesaria la existencia de una jurisdicción contencioso – administrativa, pues la actividad desarrollada por el Poder Ejecutivo es semejante, en lo material, a la actividad jurisdiccional, sin que cuente con el mismo régimen jurídico que esta, pues lo característico de este régimen, como se pudo advertir en párrafos anteriores, es que decisión pueda ser definitiva⁶⁸. Por su parte *Márquez Gómez* concluye puntualmente que en cuanto a las facultades materialmente jurisdiccionales, no resulta relevante si estas son realizadas por órganos formalmente integrados al Poder Judicial o se encuentran

⁶⁶ GORDILLO, Agustín. Introducción al Derecho Administrativo. P. 5. Revisado el 29 de abril de 2016. Disponible en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo3.pdf

⁶⁷ *Ibíd.* P. 6

⁶⁸ *Ibíd.* P. 12

encuadrados formalmente en la administración, pues la característica fundamental es que tengan la facultad para aplicar el derecho en el caso concreto para resolver controversias entre partes con la emisión de resoluciones⁶⁹.

Tal como anota *Bullard Gonzáles*, el Ejecutivo moderno hace bastante más que administrar, pues también legisla, a través de la legislación delegada y la legislación de urgencia, pero además de ello, decide casos y administra justicia, no solo en sus relaciones con los particulares, sino dentro de las relaciones entre particulares y este aspecto en particular es aún más complejo pues han empezado a aparecer órganos que se erigen como entes autónomos e independientes, que no se encuentran sujetos a mandato jerárquico alguno, y se ocupan de resolver conflictos entre el Estado y los particulares, en este aspecto encuentra un importante ejemplo en el caso de Estados Unidos, pues allá las agencias, órganos administrativos, se dividen en ejecutivas e independientes, en función al poder de destitución con el que cuenta el Presidente respecto del personal directivo de estas agencias, pues en las ejecutivas se les destituye libremente mientras que en las independientes las destituciones se encuentran a cargo del Congreso y solo cuando se configuren supuestos preestablecidos por norma. Concluye su análisis, señalando que la facultad de ejercer control difuso en la Administración Pública parece adecuada solo en entes o tribunales con capacidad de decisión cuasijurisdiccional y con nivel de autonomía protegida (autoarquismo) concedido por la Constitución o las leyes aplicables.

⁶⁹ MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la Administración Pública. UNAM. México D.F. 2003. P. 30

- *Sobre la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional y su no vulneración a través del control difuso administrativo*

La primera referencia sobre las características de la función jurisdiccional nos remite al artículo 139° de la Constitución en el que se indica que la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional son principios y derechos de esta función por los cuales no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral; entendiéndose en un primer momento que la potestad de administrar justicia se ejercería exclusivamente por el Poder Judicial, los Tribunales Militares y Arbitrales. Por lo cual, resulta útil revisar los alcances que ha hecho el Tribunal Constitucional al respecto, es así que en la STC N° 0004-2006-AI/TC, sostuvo lo siguiente:

*“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.”*⁷⁰

El primer aspecto a observar sobre el fragmento citado es la inclusión de la sede “cuasijurisdiccional administrativa” dentro de aquellas que cuentan con atribuciones

⁷⁰Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 0004-2006-AI/TC. F.J. 13

jurisdiccionales, ello, dejando de lado por un momento la discusión sobre la posibilidad de ejercer control difuso. Dicha mención, al igual que el análisis previamente realizado sobre las atribuciones de la jurisdicción, nos invita a reflexionar sobre la incidencia de los principios de exclusividad y unidad de la jurisdicción al hablar de administración de justicia en sede administrativa, la compatibilidad con su ejercicio en dicha sede y cómo afecta su existencia las limitaciones propias de la Administración Pública para cumplir con estos principios como lo hacen los órganos del Poder Judicial.

En palabras de *Chocrón Giraldez*⁷¹ la exclusividad de la jurisdicción puede abordarse desde diversas perspectivas: la primera referida al monopolio estatal de la jurisdicción, la segunda a la atribución de la potestad jurisdiccional exclusivamente a los órganos jurisdiccionales (reserva de jurisdicción) y la tercera resalta la dimensión negativa en cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional como la única que puede ser ejercida por los juzgados y tribunales. En el análisis de la segunda de estas perspectivas, se sostiene que la potestad jurisdiccional está constitucionalmente reservada al Poder Judicial, lo que explica en palabras de *Serrano Alberca* que determinados actos de soberanía sólo pueden ser declarados por los tribunales o ser autorizados por los tribunales⁷²; sin embargo, ello no ha impedido que en la realidad existan ejemplos que contraríen dicha formulación, pues tal como sostiene *Montero Aroca* “teóricamente la exclusividad expresa algo de tal modo arraigado en la esencia del Estado moderno que las Constituciones no podrían negarlo, pero prácticamente las negaciones han sido constantes”⁷³, y justamente estos ejemplos se encuentran relacionados a la

⁷¹ CHOCHRÓN GIRALDEZ, Ana María. La exclusividad y la Unidad Jurisdiccionales como principios constitucionales en el ordenamiento jurídico español. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 113. Mayo – Agosto 2005. Revisado el 23 de febrero de 2016. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/113/art/art4.htm>

⁷² SERRANO ALBERCA, José Manuel y Arnaldo Alcubilla, Enrique, *Comentarios a la Constitución*, dir. de Fernando Garrido Falla, Civitas, Madrid, 2001, p. 1879

⁷³ MONTERO AROCA, Juan et al, *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002, P. 8

Administración Pública a través de su autotutela ejecutiva y su potestad sancionadora, en las cuales no existe necesidad de acudir a los tribunales. Ello, ha producido un reconocimiento, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española⁷⁴, referido a que “el privilegio” del que goza la administración se encuentra conforme con la reserva de jurisdicción; sin embargo, ello hace más que necesario que se emitan mayores alcances sobre qué intervención administrativa debe resultar permitida en el ámbito jurisdiccional y cuál no.

En cuanto a la dimensión de la “Unidad” en la función jurisdiccional, es necesario partir de la premisa que dicha dimensión siempre es analizada desde la noción de la jurisdicción en la que el órgano jurisdiccional cuenta la totalidad de atribuciones de la jurisdicción; en ese sentido, si la jurisdicción es una potestad que emana de la soberanía del pueblo, es lógico que haya de ser necesariamente única en el sentido no poder admitir que el propio Estado tenga más de una potestad jurisdiccional⁷⁵. Asimismo, la Unidad debe ser analizada desde un punto de vista organizativo, en el sentido que los órganos judiciales conforman una organización única, sometida a un régimen único, pues según sostiene *Sendra*:

“De nada serviría proclamar la sumisión del Estado al derecho, el principio de que la aplicación de las leyes a los casos controvertidos se realizará a través de unos procesos con plenas garantías para las partes y por jueces y magistrados independientes, si dicha facultad puede ser sustraída de la jurisdicción y conferida a órdenes de funcionarios o de particulares que, aun cuando puedan tener los aspectos funcionales de la jurisdicción (conocer, decidir y ejecutar), no posean los orgánicos (independencia e imparcialidad)

⁷⁴Tribunal Constitucional Español. STC 22/1984, de 17 de febrero de 1984

⁷⁵ MONTERO AROCA, Juan, Trabajos de derecho procesal, Bosch. Barcelona, 1988, P. 138

*(...)En la medida en que los jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, son los únicos funcionarios independientes y sometidos a la ley y al derecho, tan sólo a ellos la sociedad les otorga la potestad jurisdiccional, excluyéndose, de este modo, la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda conferir a otro cuerpo de funcionarios el ejercicio de funciones juzgadoras con fuerza de cosa juzgada.*⁷⁶

De la cita anterior podemos recoger dos aspectos especialmente importantes para el análisis de la jurisdicción en relación a la Administración Pública, el primero referido a la reflexión que realiza *Sendra* al advertir la posibilidad de que la facultad de resolver controversias puede ser sustraída de la jurisdicción y ser conferida a los funcionarios que contarán con los aspectos funcionales de la jurisdicción, sin contar con los orgánicos de independencia e imparcialidad. El segundo aspecto se halla relacionado a la precisión que realiza sobre la posibilidad de que el Poder Ejecutivo ejerza función jurisdiccional, al señalar que la sociedad solo otorga potestad jurisdiccional al Poder Judicial, pero caracteriza esta como el ejercicio de funciones juzgadoras con fuerza de cosa juzgada.

En cuanto a la primera, coincidimos plenamente en cuanto las garantías de imparcialidad de independencia de las que gozan los órganos del Poder Judicial y las cuáles se encuentran aseguradas por la estructura organizativa del dicho Poder, resultan imprescindibles en el ejercicio de la jurisdicción y que los órganos que cuentan con los aspectos funcionales de jurisdicción no pueden ser equiparables cuando carecen de dichas garantías; sin embargo, ello se entiende mejor al analizar lo afirmado en conjunto con el segundo aspecto señalado, y es que la noción de jurisdicción en la cual los órganos que la detentan cuentan con la facultad de emitir juicio con calidad de cosa juzgada, requiere rigurosidad en cuanto a las garantías con las que debe contar el órgano resolutor, no tanto por el ejercicio realizado; es

⁷⁶ Citado por CHOCHRÓN GIRALDEZ, Op cit.

decir, la solución del asunto controvertido, sino por la fuerza de su decisión. En ese sentido, la relevancia del principio de Unidad de la jurisdicción radica en la garantía que esta representa sobre la seguridad jurídica, no por los aspectos funcionales de su ejercicio, sino por los efectos de la decisión que esta emita.

De tal manera, una visión amplia de los principios de Unidad y Exclusividad de la función jurisdiccional nos permite concluir que su análisis respecto del ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales de la Administración Pública, debe contemplar dos aspectos: (i) Material: referido a que la resolución de conflictos intersubjetivos por parte de la Administración Pública como una manifestación del ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales se encuentra conforme con el Principio de Exclusividad de la función jurisdiccional, y (ii) Formal: referido a la finalidad y necesidad de proclamar la Unidad de la función jurisdiccional y es que en principio, únicamente el ejercicio de dicha función con las garantías de independencia e imparcialidad que provee la organización del Poder Judicial, permiten que solo las resoluciones emitidas por este órgano cuenten con calidad de cosa juzgada; es decir, los efectos de inmutabilidad que puede alcanzar la decisión emitida solo pueden reconocerse dentro de una organización específica que garantice independencia e imparcialidad, que son imprescindibles, no para que el órgano pueda resolver una controversia, sino para que la fórmula de solución adoptada por este obtenga la calidad de cosa juzgada.

En atención a los dos aspectos anteriormente detallados sobre la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, corresponde señalar que la postura a favor del control difuso administrativo no afecta dichos principios en la medida que este se ejercería en armonía con

ambos y en ejercicio de funciones cuyo desarrollo en la actualidad no resultan controversiales, veamos:

Cuando un Tribunal Administrativo resuelve una controversia en la que no existe cuestionamiento alguno sobre la constitucionalidad de las normas aplicadas en la solución del caso, es indiscutible que funcionalmente emitió un acto materialmente jurisdiccional y nadie se atrevería a decir que dicha resolución es nula de pleno derecho, pues la función jurisdiccional es exclusiva del Poder Judicial y los órganos constitucionalmente reconocidos por esta, por lo que los actos materialmente jurisdiccionales están reservados únicamente a estos. Una concepción así de cerrada sobre la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales de la Administración Pública por violar el principio de exclusividad de la función jurisdiccional, implicaría un cuestionamiento directo a la existencia del Tribunal Fiscal, Registral, de INDECOPI, de Contrataciones del Estado, del Servicio Civil, entre otros, pues resultaría inconstitucional reconocer a dichos órganos la facultad de resolver en última instancia administrativa los recursos administrativos puestos en su conocimiento. Ello no quiere decir de manera alguna que el reconocer funciones materialmente jurisdiccionales a dichos Tribunales también signifique reconocer que sus resoluciones deban contar la calidad de cosa juzgada, pues también resulta indiscutible que el dotar las decisiones con dicha calidad solo corresponde al Poder Judicial y a los órganos constitucionalmente reconocidos al gozar de las garantías de independencia e imparcialidad.

Siendo así, la “Unidad” de la función jurisdiccional se encuentra principalmente determinada por los efectos que pueden alcanzar las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y no por la función material que realizan. En ese contexto, conviene

preguntarnos si la posibilidad de inaplicar normas inconstitucionales encuentra su fundamento y utilidad en la función material que realizan los órganos jurisdiccionales o en la calidad de cosa juzgada que pueden alcanzar sus resoluciones, un criterio de razonabilidad nos permite afirmar que la posibilidad de ejercer control difuso de constitucionalidad reconocido a los órganos jurisdiccionales no se basa en la inmutabilidad que pueden alcanzar sus resoluciones sino en la función material que realizan al resolver controversias en las que también debe tenerse presente el Principio de Supremacía Constitucional.

De tal manera, el reconocimiento de dicha potestad a los órganos de la Administración Pública que emiten actos materialmente jurisdiccionales debe ser evaluada en atención a la función material realizada por dichos órganos y no por la imposibilidad de emitir resoluciones con calidad de cosa juzgada o el hecho de no contar plenamente con garantías de independencia e imparcialidad; siendo así, reconocer la posibilidad de ejercer control difuso de constitucionalidad en la Administración Pública no vulnera de manera alguna la Unidad y Exclusividad de la función jurisdiccional siempre y cuando los órganos jurisdiccionales mantengan para sí el monopolio en la emisión de resoluciones con calidad de cosa juzgada y se encuentren habilitados para revisar las resoluciones de la Administración Pública que hayan hecho uso del control difuso.

v) Sobre la inexistencia de un procedimiento de consulta en el control difuso administrativo

Un quinto aspecto advertido tanto por los autores que se encuentran en contra del control difuso en sede administrativo así como por el propio TC en el *caso Consorcio Requena*, la inexistencia de un procedimiento de consulta análogo al aplicable en sede judicial fue una de las razones valoradas para eliminar el reconocimiento de este control; sin embargo,

advertimos que el análisis realizado por el Tribunal resulta particularmente estricto respecto de los órganos administrativos, omitiendo que, al igual que estos, los Tribunales Arbitrales lograron el reconocimiento del ejercicio del control difuso a través de la STC del Tribunal Constitucional en el Exp. 00142-2011-PA/TC⁷⁷ tal como se señaló en el apartado referido a la interpretación del artículo 138° de la Constitución, pues si la premisa es que la inexistencia de un procedimiento de consulta amerita eliminar el control difuso en aquella sede que no cuente con este procedimiento, en equidad, la jurisdicción arbitral tampoco debería mantener la facultad de realizar control difuso pues se encontraría en una situación de ventaja indebida frente a sus pares del Poder Judicial.

Al respecto, el Magistrado Urviola hace una importante anotación en su voto en discordia cuando resalta que el razonamiento que permitió el reconocimiento del control difuso en sede administrativa fue replicado al momento de reconocerlo en sede arbitral; asimismo, entiende que la inexistencia de un procedimiento de consulta para los casos en los que se realice control difuso en sede administrativa, permite concluir que hay aún tareas pendientes para la optimización de este control y no como estrictamente estimaron sus pares, la eliminación del control difuso. A su vez, el Magistrado Vergara Gotelli en su voto singular, indica que si bien la inaplicación de un dispositivo a un caso concreto en sede administrativa carece de un mecanismo de consulta a un órgano administrativo jerárquicamente superior, no quiere decir que sus decisiones no puedan cuestionarse.

La posibilidad de que el administrado pueda recurrir a la vía judicial correspondiente para impugnar las decisiones de los tribunales administrativos está siempre abierta, de acuerdo con el artículo 138° de la Constitución.⁷⁸ Sin embargo, también advierte que el

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp N° 00142-2011-PA/TC. F.J 23-26

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp N° 0014-2009-PI/TC. F:J: 7

cuestionamiento en sede judicial es independiente del mecanismo de consulta, por lo que estima conveniente suspender el control difuso en sede administrativa hasta contar con un procedimiento análogo a la consulta judicial; es decir, comparte la posición de Urviola Hani en tanto la solución no sería la eliminación del control sino la implementación de un mecanismo idóneo que someta las resoluciones de la Administración en las que se haya realizado control difuso a una revisión de la correcta aplicación del control de constitucionalidad realizado.

F) LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO EN LAS RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS DURANTE LA VIGENCIA DEL PRECEDENTE VINCULANTE DEL CASO SALAZAR YARLENQUE

En el presente acápite citaremos algunas resoluciones administrativas que tuvieron a bien aplicar el control difuso de constitucionalidad, a fin de salvaguardar la vigencia de los derechos fundamentales.

F.1 Resolución del Tribunal Fiscal N° 00026-1-2007 (Debido Proceso)

En la citada resolución se buscó salvaguardar el derecho fundamental a un *debido proceso*, en la dimensión que proscribe la reforma en peor (*reformatio in peius*). Respecto de ello, el artículo 8.2⁷⁹ de la Resolución de Superintendencia N° 141-2004/SUNAT⁸⁰ establecía que aun cuando se hubiese apelado determinada resolución de la administración tributaria, es factible la pérdida del beneficio de gradualidad, si el órgano resolutor mantiene en su

⁷⁹ Resolución de Superintendencia N° 141-2004/SUNAT: Artículo 8°.- Causal de pérdida

Se perderán los beneficios de la gradualidad aplicables a la sanción por la infracción acogida al Régimen si se presenta, por lo menos, uno de los siguientes supuestos:

(...) 8.2. **Si habiendo impugnado la resolución que establece la sanción**, el órgano resolutor mantiene en su totalidad dicho acto, y ésta queda firme y consentida, en la vía administrativa.

⁸⁰ Tal resolución ha sido derogada mediante el inciso “a” del artículo 2 de la Resolución de Superintendencia N° 063-2007/SUNAT, publicada el 31 de marzo de 2007

totalidad dicho acto. Es decir, limitaba los efectos del recurso impugnatorio, pudiendo incluso, generar un mayor perjuicio al administrado.

En la mentada resolución, el Tribunal Fiscal decidió inaplicar tal disposición, atendiendo los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional en la STC 01803-2004-PA/TC. En tal medida, la administración consideró pertinente garantizar el contenido del derecho a un debido proceso en desmedro de una disposición legal vigente.

F.2 Resolución del Tribunal Fiscal N° 03264-2-2007, 12640-5-2008 y 03853-7-2009 (Derecho a la no confiscatoriedad de los tributos)

Respecto del concepto del derecho a la no confiscatoriedad el Tribunal Constitucional determinó que el “contenido constitucionalmente protegido de este principio jurídico indeterminado, no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino que debe ser analizado y observado en cada caso, (...). No obstante, teniendo en cuenta las funciones que cumple en nuestro Estado democrático de derecho, es posible afirmar, con carácter general, que se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad”⁸¹

En tal sentido, mediante las citadas resoluciones administrativas, el Tribunal Fiscal analizó la constitucionalidad de determinadas ordenanzas municipales emitidas por los distritos de Santiago de Surco, Lince y Lima las cuales fijaban arbitrios municipales, En esa medida, el Tribunal Fiscal verificó si tales dispositivos legales lesionaban el derecho a la no confiscatoriedad contenido en el artículo 74 de la Constitución⁸².

⁸¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp N° 2727-2002-AA/TC F.J. 5

⁸² Constitución Política del Perú de 1993: Artículo 74.-

Para resolver el caso, la autoridad administrativa tomó en consideración un caso materialmente análogo con otra municipalidad: la STC N° 00053-2004-PI/TC⁸³, en tal pronunciamiento -de carácter vinculante- el TC estableció las reglas de validez para la emisión de ordenanzas que establezcan arbitrios municipales, sancionando con la inconstitucionalidad de la norma el incumplimiento.

El Tribunal Fiscal estimó pertinente inaplicar las ordenanzas municipales antes referidas, ya que, realizado un examen de constitucionalidad, aquellas leyes no cumplían con los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional por lo que se podía inferir su incompatibilidad con el orden constitucional, siendo pertinente reivindicar el derecho a la no confiscatoriedad contenido en el artículo 74.

No está demás agregar que, el Tribunal Fiscal, como entidad administrativa, está sujeta a las disposiciones vinculantes que establece el máximo intérprete de la Constitución, siendo que la aplicación del control difuso en sede administrativo, sirve como una herramienta procesal para reivindicar el carácter obligatorio de lo que el propio TC juzga constitucional, existiendo así, una suerte colaboración eficaz entre el ente administrativo y jurisdiccional, -claro está- con carácter coadyuvante y complementario, y no supletorio.

F.3. Resolución del Tribunal Fiscal N° 4066-5-2009 (Derecho al Debido Proceso)

En el presente caso, el Tribunal Fiscal aplicó en forma directa el fenecido precedente vinculante Salazar Yarlenque, sobre las normas municipales emitidas por la Municipalidad Distrital de Lince, que exigían pagos anticipados para hacer efectivo un medio

(...) El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio. (...)

⁸³ En ésta sentencia, el Tribunal Constitucional, analizó la constitucionalidad de unas ordenanzas emitidas por la Municipalidad de Miraflores. En la referida sentencia, el TC determinó que tales normas eran inconstitucionales por transgredir el artículo 74 de la Constitución”

impugnatorio. En tal pronunciamiento, la entidad administrativa concluyó que se estaría ante una vulneración al debido proceso por lo que decidió inaplicar las normas municipales que se expresen en tal sentido.

F.4 Resoluciones N° 070-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala⁸⁴ N° 195-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala⁸⁵ y N° 1281-2011-SERVIR/TSC⁸⁶ (Derecho a la igualdad ante la ley)

En los citados casos, el Tribunal Servir analizó -en un apartado, en específico- la posibilidad que las entidades administrativas apliquen el control difuso, sobre ello, expresó algunos requisitos que debe reunir el tribunal administrativo para aplicar el control difuso:

- i) El carácter autárquico del órgano o Tribunal administrativo. Cuanto más independiente y autónomo sea, y cuanto más este vinculada su actividad a la solución de conflictos intersubjetivos, más servirá el control difuso como una herramienta de garantía de los derechos ciudadanos y del límite al ejercicio excesivo del poder*
- ii) La protección de derechos ciudadanos. Si el control difuso se usa para reforzar derechos ciudadanos (y no para debilitarlos) sus fines estarán plenamente alineados con los perseguidos por el principio de legalidad, es decir, el de poner límites al gobernante. Un control difuso que usa el principio de jerarquía para limitar al gobernante es consistente con el principio de legalidad*
- iii) Carácter manifiestamente inconstitucional de la norma aplicada. Cuanto más evidente sea la violación, más evidente será que el emisor de la norma se excedió, por tanto los*

⁸⁴ Disponible en: http://files.servir.gob.pe/WWW/files/Tribunal/2010/Sala1/Res_070-2010-SERVIR-TSC-Primera_Sala.pdf

⁸⁵ Resolución disponible en: http://files.servir.gob.pe/WWW/files/Tribunal/2010/Sala1/Res_195-2010-SERVIR-TSC-Primera_Sala.pdf

⁸⁶ Resolución disponible en: http://files.servir.gob.pe/WWW/files/Tribunal/2011/Sala1/Res_1281-2011-SERVIR-TSC-Primera_Sala.pdf

riesgos de excesos por parte de la autoridad que controla y protege la jerarquía de las normas serán menores

En ilación al anterior párrafo, el Tribunal Servir examinó la compatibilidad del decreto supremo N° 058-2008-EF y los artículos 1 y 6 del Decreto Supremo N° 114-2010-EF que limita los alcances del decreto de urgencia N° 037-34, determinando que solo serán beneficiarios de tal norma, quienes tengan a su favor una sentencia judicial con calidad de cosa juzgada.

El Tribunal administrativo determinó que tales normas eran inconstitucionales por cuanto vulneraban el derecho a la igualdad ante la ley, por cuanto se estarían aplicando criterios diferenciados a trabajadores que se encontrarían en la misma situación que otros. Por otro lado, consideró que se transgredió el deber de no emitir normas por una razón especial. El Tribunal estimó que no era razonable exigir una sentencia judicial con carácter de cosa juzgada. Asimismo, expresó que el contenido de las normas cuestionadas afectaban el derecho del trabajador a recibir una remuneración equitativa por cuanto se establece un requisito que no tendría una justificación. Es importante destacar que el ejercicio del control difuso en sede administrativa, puede representar un “plus” en la protección de los derechos fundamentales, por cuanto permitiría que además de la vía judicial, las personas dispongan de la propia administración para la tutela de sus derechos fundamentales, liberando -muchas veces- de tramites adicionales y extensos en el órgano jurisdiccional.

CAPÍTULO III: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LA POSIBILIDAD DE SU EJERCICIO A TRAVÉS DEL CONTROL DIFUSO EN SEDE ADMINISTRATIVA

A. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En palabras de *Gonzales Dominguez* el control de convencionalidad es una institución jurídica propia del sistema interamericano cuyo sentido práctico es el de servir a las autoridades nacionales como un medio que permita garantizar el efecto útil de la CADH de conformidad con el artículo 1.1 de dicho instrumento internaciona⁸⁷. Por su parte, *Ferrer MacGregor* lo define a través de seis puntos que hacen didácticas su comprensión, veamos:

- i. Como una obligación de origen internacional.
- ii. A cargo de todas las autoridades del Estado – especialmente los jueces –.
- iii. De interpretar cualquier norma jurídica nacional en casos sujetos a su jurisdicción.
- iv. De conformidad con el *corpus iuris* interamericano.
- v. Y en caso de incompatibilidad manifiesta abstenerse de aplicar la norma nacional.
- vi. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad.
- vii. Pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones correspondiente.⁸⁸

Esta doctrina de reciente data, pero de amplia difusión en la actualidad, tiene su partida de nacimiento formal en el *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* del año 2006; en dicha oportunidad, la Corte IDH recogió los aportes de su Ex Presidente, Sergio García Ramírez,

⁸⁷ GONZALES DOMINGUEZ, Pablo. Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. San José 2014. P. 12.

⁸⁸ *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010.. Voto Concurrente del Juez Ferrer Mac Gregor Poissot Eduardo.

inicialmente plasmados en sus votos concurrentes en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003) y el *Caso Tibi vs. Ecuador* (2004), y se pronunció sobre la ley de amnistía emitida en Chile por los hechos ocurridos en un contexto de violaciones a Derechos Humanos desde el 11 de septiembre de 1973, en el que se dio el golpe de Estado a Salvador Allende, estableciendo que el Poder Judicial tenía la obligación de respetar y garantizar los derechos protegidos en la CADH en aquellos casos en los que el Poder Legislativo fallase en su tarea de suprimir leyes contrarias a esta, por lo que correspondía a los jueces realizar un control de convencionalidad⁸⁹.

La lógica plasmada en el fallo permite encontrar un análisis integral de los artículos 1.1.⁹⁰ y 2⁹¹ de la CADH en cuanto al deber de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en relación con el deber de los Estados de organizarse de manera que aseguren el ejercicio efectivo de los Derechos Humanos, lo cual requiere una actuación positiva de las autoridades estatales, pues el Derecho Internacional, especialmente en materia de Derechos Humanos, es supremo en el ordenamiento jurídico internacional, en la medida que los Estados deben cumplir de buena fe las obligaciones adoptadas en el marco internacional, de manera que no puede invocar el derecho interno como una justificación para inobservar sus obligaciones internacionales⁹². Siendo así, el control de convencionalidad se presenta como la herramienta idónea para que las autoridades estatales

⁸⁹ Corte I.D.H., *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 124

⁹⁰ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁹¹ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁹² Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en vigor desde el 27 de enero de 1980, artículos 26 y 27

cumplan con su deber de tomar acciones positivas para la efectividad de la CADH; por lo cual, la Corte IDH sostiene que los jueces se encuentran obligados a velar que la CADH no se vea vulnerada por la invocación y aplicación de leyes internas que resulten contrarias a su objeto y fin, por lo que su deber de respetar y garantizar los derechos consagrados en la CADH sumado al de adoptar medidas de otro carácter para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones se traduce en el deber de aplicar un control de convencionalidad.

En el caso peruano, como Estado Parte se encuentra vinculado a realizar el control de convencionalidad, obligación que se encuentra reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tal como podemos apreciar en la STC N° 2730-2006-PA/TC (Caso Castillo Chirinos) donde se realiza un puntual análisis de la vinculatoriedad de los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte IDH:

“12. La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.

(...) 14. *En suma, por imperio del canon constitucional que es deber de este Colegiado proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos; a saber, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte*⁹³

B. SOBRE LOS SUJETOS OBLIGADOS A REALIZAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Ahora bien, un aspecto importante para mantener el respeto adecuado a las obligaciones internacionales del Estado así como aquellas que se derivan del ordenamiento jurídico interno, es el referido a determinar quiénes son los obligados a practicar el control de convencionalidad. Al comentar la génesis de este control nos remitimos únicamente al *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* en el que con claridad se encomienda el control de convencionalidad a los jueces del “Poder Judicial”; sin embargo, el avance posterior en la jurisprudencia de la Corte IDH ha ido añadiendo actores estatales que también se encontrarían obligados a realizar este control. En primer lugar *Sagües* identifica que por analogía y aplicación del argumento *a fortiori*, los magistrados de un Tribunal Constitucional, constituido como un órgano autónomo al Poder Judicial, también se encuentran obligados a realizar el control de convencionalidad en las causas sometidas a su conocimiento, pues al buscar el efecto útil de la CADH se debe involucrar por igual a las Cortes y Tribunales Constitucionales, independientemente de su pertenencia al Poder Judicial o su configuración como entes autónomos o extra-poder⁹⁴.

⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp N° 2730-2006-PA/TC. F.J. 12-14.

⁹⁴ SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad*. En Revista “Opus Magna” Constitucional Guatemalteco. Tomo IV. 2011. P 276.

Los primeros parámetros para una mejor identificación de los sujetos obligados se encuentran en la Sentencia del *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú* en la cual la Corte IDH señaló que:

“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”⁹⁵.

En el puntual análisis que realiza *González Domínguez* sobre los cambios introducidos a través de este fallo en relación al *Caso Almonacid Arellano*, encontramos dos especialmente referido a los sujetos obligados a realizar el control de convencionalidad y a los parámetros para su realización, cuando identifica en primer lugar la decisión de la Corte IDH de que el control debía ser llevado a cabo por los jueces de conformidad con las regulaciones procesales correspondiente con excepción de aquellos casos en los que dichas regulaciones violaran la CADH, y en segundo lugar la aclaración de la Corte IDH en cuanto

⁹⁵ Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158., párrafo 128

no confiere atribuciones a las autoridades del Estado, ya que el control debe ser realizado en el marco de sus respectivas competencias, determinadas por la ley⁹⁶.

Posteriormente, en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* del año 2010, la Corte IDH extendió el alcance de las autoridades que se encuentran obligadas a realizar un control de convencionalidad, pues en dicha Sentencia pasó a señalar que todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces, se encuentran sometidos a la CADH y deben velar por el efecto útil de esta⁹⁷, con esta nueva precisión de la Corte, se dejó en claro que el control debía realizarse por cualquier tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales. Para un mejor entendimiento de los alcances de este nuevo pronunciamiento de la Corte, el voto concurrente de *Ferrer MacGregor* resulta más que ilustrativo, en la medida que pone a nuestro alcance una explicación detallada del desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad para entender de una manera más completa los nuevos alcances que dio la Corte IDH en cuanto a los sujetos obligados.

Finalmente, en la Resolución de Supervisión de Cumplimiento correspondiente al *Caso Gelman vs. Uruguay* del año 2013, la Corte IDH añadió un elemento más a los sujetos vinculados señalando que en cuanto a la realización del control de convencionalidad como obligación derivada de la suscripción de la CADH, se encontrarían obligados todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles⁹⁸.

⁹⁶ GONZÁLES DOMINGUEZ, Pablo, Ob cit. 35

⁹⁷ *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Párrafo 225

⁹⁸ Corte IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.* Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer MacGregor Poisot;

Sin perjuicio del análisis a realizarse sobre las obligaciones específicas que implica la realización del control de convencionalidad en las autoridades vinculadas a su realización, resulta pertinente identificar un aspecto muy importante que ha señalado la Corte IDH al momento de identificar a las autoridades vinculadas, que *Sagüés* pudo analizar después de que se resolviera el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso*. En dicha oportunidad, apreció que de la lectura de la Sentencia se desprende que la concepción de la Corte IDH sería aquella según la cual el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe practicar a su vez el control de convencionalidad; sin embargo, ello le plantea inmediatamente una problemática pues se genera la interrogante de cómo se haría efectiva esta obligación en aquellos Estados que no cuentan con un sistema de control difuso de constitucionalidad o en todo caso dual, en los cuales el juez no se encuentre habilitado para ejercer el control de constitucionalidad. Al respecto, observa que parte de la doctrina sostiene que el control de convencionalidad les resultaría igualmente obligatorio; no obstante, la lectura de la Corte IDH sería diferente al resaltar la necesaria satisfacción de recaudos vigentes formales de admisibilidad y otros materiales de procedencia, por lo cual, en aquellos Estados en los que el juez no se encuentre habilitado para ejercer control de constitucionalidad, debería remitir los actuados a un tribunal competente para realizar este a través del procedimiento previsto para ello. Aun cuando se proyecta esta variante, se mantiene latente la interrogante de su imposibilidad, pues no siempre existe una vía procedimental para remitir el caso a un organismo habilitado para realizar el control, ante dicho escenario plantea una salida creativa que contempla tres posibilidades:

“(i) Como ruta más preferible, consumir una reforma, constitucional o legislativa según el caso, para resolver el problema; (ii) mientras ella no se practique, reconocer pretorianamente a todos los jueces de aptitud para instrumentar el control de

convencionalidad (solución del “control difuso”), o (iii) diseñar – pretorianamente también – un mecanismo de elevación del caso al órgano constitucionalmente programado para operar el control de constitucionalidad”⁹⁹

Estas vías pretorianas no resultan anómalas para asegurar el efecto útil (*effet utile*) de la CADH a tenor del artículo 2 de la misma. Y de ellas, personalmente, nos parece preferible la última, que es la más respetuosa de la opción hecha por el constituyente doméstico para erigir un sistema de control de constitucionalidad.

A su vez, identifica que en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, la poca profundidad de los argumentos de la Corte IDH al señalar que el control de convencionalidad debe ser realizado no solamente por los jueces, sino por cualquier autoridad pública¹⁰⁰ en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondiente, plantea la duda sobre si los funcionarios de diversos rangos de la Administración Pública podrían llegar a negarse a cumplir normativa interna en invocación del control de convencionalidad al considerarlas contrarias a la CADH.

Por su parte, con una lectura más reciente de la jurisprudencia de la Corte IDH realizada por parte de *González Domínguez*, advierte la posibilidad de interpretarse al control de convencionalidad como un permiso irrestricto para que las autoridades estatales puedan ignorar el derecho nacional al momento de revisar las causas puestas a su conocimiento; sin embargo, es ese punto donde debe recordarse la mención expresa que hizo la Corte IDH en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso* al señalar que el control debe ser ejercido en el marco de las competencia de las autoridades y siguiendo las regulaciones procesales que

⁹⁹SAGÜES, Néstor Pedro. Ob cit. P. 276

¹⁰⁰ Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221., párrafos 240

correspondan. De tal manera, la doctrina del control de convencionalidad se presenta como respetuosa del régimen de legalidad al que también se encuentran sometidas las autoridades nacionales, ya que no altera la facultad exclusiva de los Estados de decidir la forma en que organizan los poderes y atribuciones del Poder Judicial – así como cualquier otra autoridad –, por lo que debe descartarse la tesis por la cual el control de convencionalidad otorgaría atribuciones a las autoridades estatales¹⁰¹. Continuando con su análisis, coincide con *García Ramírez* al sostener que resulta válido sostener que la Corte IDH no obliga a los Estados a contar con un sistema difuso o concentrado de control de convencionalidad¹⁰², y a la vez con *Sagües*¹⁰³ y *Ferrer MacGregor* al identificar que en los Estados cuyos jueces tienen mayores atribuciones para ejercer el control de constitucionalidad, la obligación de realizar uno de convencionalidad se encontrará revestido de una mayor intensidad, en contraste con sus pares de Estados en los que los jueces cuentan con menos atribuciones.

Finalmente, y en contraste con el margen de apreciación reconocido a los Estados sobre la forma de regular el control de constitucionalidad en sus autoridades, podemos encontrar dos límites a este margen: (i) no resultará admisible que un Estado sostenga que no realiza un control de convencionalidad puesto que ninguna de sus autoridades está habilitada para ello, y (ii) que las disposiciones procesales violen la CADH, puesto que ello implicaría la necesidad de realizar un control de convencionalidad sobre la norma procesal, de manera

¹⁰¹ GONZALES DOMINGUEZ. Op.cit.. P. 26. Véase también García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Año V, No. 28, Julio-Diciembre de 2011, páginas 54 y 65 y Londoño Lázaro, Maria Margarita, *El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No. 128, página 806.

¹⁰² Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, op. cit., página 152; cfr. *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.*, op. cit., párrafo 124.

¹⁰³ SAGUÉS, Néstor Pedro, Op. cit. P. 121.

que se garantice el ejercicio efectivo del derecho al debido proceso y a la protección judicial¹⁰⁴.

Ahora bien, una última reflexión que cabe realizar sobre el presente apartado, se encuentra referida a si los tribunales administrativos u órganos de la Administración Pública que emiten actos materialmente jurisdiccionales, deben entenderse como órganos vinculados a la administración de justicia, de manera que también se encuentren vinculados al control difuso de convencionalidad. Encontramos un primer acercamiento en el *Caso Yatama vs. Nicaragua* en el cual, la Corte IDH señaló que:

(...) todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. El artículo 8.1 de la Convención, que alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, es igualmente aplicable al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos”¹⁰⁵.

Este razonamiento también se acogió en el *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela* cuando la Corte IDH reconoció la vulneración del derecho a las garantías judiciales respecto de un órgano que no contaba con jurisdicción formal en el Estado venezolano, pero que análogamente a aquellos órganos que sí forman parte del Poder Judicial y cuentan con jurisdicción, determina los derechos y obligaciones de las personas a través de actos materialmente jurisdiccionales. De tal manera, resulta razonable afirmar que los órganos

¹⁰⁴ GONZALES DOMINGUEZ; Pablo. Op cit. P. 27 y García Ramírez, Sergio op. cit., P. 149.

¹⁰⁵ Cfr. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 149.

vinculados a la administración de justicia no solo se encuentran obligados a garantizar el pleno ejercicio del artículo 8.1. de la CADH, sino que también se encuentran sometidos a la CADH y se encuentran obligados a velar por su efecto útil a través de un ejercicio de oficio de un control de convencionalidad, esta conclusión se encuentra respaldada por el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* y la Resolución de Supervisión de Cumplimiento en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, en los cuáles la Corte IDH amplió el ámbito de aplicación del Control de Convencionalidad al referirse a “todos sus órganos incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”¹⁰⁶.

A modo de conclusión del presente punto, podemos apreciar que la jurisprudencia de la Corte IDH ha ido ampliando el alcance de sujetos obligados a realizar el control de convencionalidad, de manera que si bien en su concepción inicial vinculaba únicamente a los magistrados del Poder Judicial, en la actualidad ha quedado establecido que las obligaciones de este control vinculan a la totalidad de las autoridades del Estado. De manera que los Tribunales Administrativos, tanto como órganos vinculados a la administración de justicia en la medida que realizan actos materialmente jurisdiccionales así como órganos que forman parte del Estado, se encuentran vinculados a realizar un control de convencionalidad dentro de los Estados Parte.

C. SOBRE LAS OBLIGACIONES DE LAS AUTORIDADES ESTATALES FRENTE AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Identificados los sujetos obligados a realizar un control de convencionalidad, corresponde establecer con mayor profundidad en qué consistiría el control de convencionalidad que se

¹⁰⁶ Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Párrafo 66.

encuentran obligados a realizar las autoridades de los Estados Partes de la CADH. En el estudio realizado por *González Domínguez* citado anteriormente, se identifican cuatro conductas mínimas que son exigibles a los jueces nacionales así como a todas las autoridades del Estado, veamos:

a) Realizar una “interpretación conforme” entre las leyes nacionales y los estándares interamericanos de protección a Derechos Humanos:

En palabras del *Ferrer Mac Gregor* en su voto razonado del *Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México* el control difuso de convencionalidad se puede realizar a través de diversos grados de intensidad, el primer grado de intensidad se encuentra referido a la elección de una interpretación conforme con los parámetros convencionales, desechando así todas las interpretaciones inconvencionales o que resulten de menor efectividad en la protección del derecho respectivo¹⁰⁷. Al respecto, se resalta que este deber resulta independiente a la convencionalidad de la ley, pues las autoridades lo deben realizar como parte de su obligación de interpretar las leyes nacionales de conformidad con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, no obstante nos encontremos frente a normas que sean formalmente incompatibles con la CADH o la jurisprudencia, según dispuso la propia Corte IDH en el *Caso Atala Riffo y niñas contra Chile*¹⁰⁸.

b) Inaplicar la norma que no pueda ser interpretada de conformidad con los mencionados estándares interamericanos.

Esta segunda conducta implica que las autoridades nacionales dejen de aplicar leyes que resulten inconvencionales luego de que se haya verificado su imposibilidad de ser

¹⁰⁷ Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. op. cit. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafo 41.

¹⁰⁸ Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafos 280 a 284.

interpretadas de manera armónica con la CADH. Históricamente esta fue la primera conducta identificada con el control de convencionalidad desde el *Caso Almonacid Arellano contra Chile*, pues se hizo referencia a la aplicación de leyes manifiestamente inconvencionales. Posteriormente se determinó que no solo en los casos de manifiesta inconvencionalidad de la norma debía realizarse el control, sino que también cabía este frente a aquellas normas que resultaran solo incompatibles con la CADH, de manera que las autoridades en dichos casos deberán garantizar que no surta efecto.

Aquí surge un punto importante para el caso desarrollado en la presente investigación y está en que al hablar de “control difuso” ya sea de constitucionalidad o de convencionalidad, la primera idea que surge sobre la conducta que lo materializa es la relacionada a la inaplicación; sin embargo, encontraremos que en el caso particular del control difuso de convencionalidad se puede cumplir con la obligación de realizar dicho control sin necesidad de inaplicar un norma del ordenamiento interno. Este control adoptado por la Corte IDH desde el 2006 en su jurisprudencia, no implica necesariamente que los Estados deban adaptar sus sistemas de control constitucional al difuso, sino que el control de convencionalidad se deberá aplicar a los sistemas de control de constitucionalidad ya existentes (concentrado, difuso o mixto). De manera que la Corte IDH no puede, ni pretende utilizar su posición para imponer los sistemas de control constitucional que cada Estado adopta en razón a su realidad y contexto histórico¹⁰⁹.

La posición de la Corte IDH sobre la intensidad con la que se debe realizar el control difuso de convencionalidad se encuentra claramente plasmada en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México* cuando señala que

¹⁰⁹ FERRER MAC GREGOR., Eduardo. Op cit. P. 343.

“(…) Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.”¹¹⁰

La precisión realizada sobre las competencias y de las regulaciones procesales correspondientes apunta a un respeto de los sistemas de control constitucional implementados por cada Estado, por lo cual la Corte IDH, exige que la realización de este control observe las disposiciones de derecho interno en materia de control constitucional. Ferrer Mac Gregor profundiza este aspecto en su voto razonado a la Sentencia en mención cuando, señalando que en los Estados en los que se cuenta con un control difuso de constitucionalidad donde todos los jueces son competentes para dejar de aplicar una ley al caso concreto, el grado de “control de convencionalidad” tiene un mayor alcance, pues todos los jueces nacionales pueden inaplicar la norma inconvencional, que se considera como un grado intermedio de control, ya que el grado máximo de intensidad se da a través de las altas jurisdiccionales nacionales que puedan declarar la validez de una norma con efectos erga omnes¹¹¹.

Por otro lado, en los Estados donde no se permite el control difuso de constitucionalidad y no todos los jueces puede inaplicar normas al caso en concreto, deberán realizar el ejercicio de control difuso de convencionalidad de menor intensidad consistente en la interpretación conforme, de resultar imposible esta “interpretación convencional” y ante la falta de facultades para inaplicar la norma inconvencional, deberá señalar esta y de ser posible

¹¹⁰ Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 225

¹¹¹ Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. op. cit. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafos 36 al 38

“plantear la duda de convencionalidad” ante otros órganos jurisdiccionales competentes en el propio sistema jurídico nacional que sí puedan ejercer el control con mayor intensidad, de manera que la inapliquen. Lo que sí se encuentra fuera de todo parámetro de razonabilidad es que ningún órgano nacional tenga competencia para ejercer el control de convencionalidad con efectos inter partes o generales, lo cual generaría inmediatamente responsabilidad internacional del Estado¹¹².

c) Actuar de manera positiva y suplir las deficiencias de la legislación penal nacional para evitar impunidad en casos de graves violaciones a Derechos Humanos

Esta obligación poco explorada del control difuso de convencionalidad se encuentra referida al deber de las autoridades estatales de actuar de manera que los vacíos legales que permiten la impunidad en casos de graves violaciones a los Derechos Humanos sean llenados. Específicamente se refiere a la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, pues según se dispuso en el *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá* en caso se incumpla el deber de tipificación de este delito, las autoridades deberán ejercer el control de convencionalidad para garantizar el efecto útil de la CADH, utilizando los recursos penales a que guarden relación con la protección de los derechos que se pueden ver afectados¹¹³.

Por otro lado, según lo establecido en el *Caso de las Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, las autoridades deben realizar un control de convencionalidad de forma tal que remuevan todos los obstáculos que no permitan el inicio, impulso y reapertura de las investigaciones que sean necesarias para determinar y sancionar a los responsables de

¹¹² Cfr. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. op. cit. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafos 39 y 40.

¹¹³ Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. op. cit., párrafo 182;

violaciones de los derechos humanos en masacres¹¹⁴. Estas obligaciones se hallan directamente relacionadas con el derecho a la verdad, el acceso a la justicia y las reparaciones¹¹⁵.

d) Utilizar el control de convencionalidad como una técnica que permita el debido cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH en aquellos casos donde el Estado al que al que la autoridad pertenece haya sido condenado.

La cuarta y última conducta identificada se encuentra relacionada con la obligación de las autoridades de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte IDH en las que la autoridad pertenezca al Estado que actuó como parte en la controversia. Las obligaciones en materia de control de convencionalidad son ampliamente desarrolladas en la *Resolución de cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay*, pues la Corte IDH desarrolla con mayor precisión la forma en que se encuentran vinculadas las autoridades de un Estado condenado a través de las Sentencias de la Corte IDH, pues debe buscarse el efecto útil del tratado al momento de dar cumplimiento o implementar lo dispuesto en Sentencia.

Nuevamente *Ferrer Mac Gregor* realiza un importante aporte para entender las obligaciones derivadas del control de convencionalidad, pues desarrolla los matices a tomar en cuenta al aplicar el control de convencionalidad y sus alcances en sede interna. Para ello diferencia las dos manifestaciones de la vinculación con una Sentencia de la Corte IDH, aquellos casos en que debe tomarse como *res judicata*, en el caso de los Estados que actuaron como parte interviniente en el proceso, y aquellos en los que debe tomarse como *res interpretata*, en relación de las autoridades de los Estados Parte de la CADH que no

¹¹⁴ Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas., op. cit., párrafos 257 a 262.

¹¹⁵ GONZALES DOMINGUEZ, Pablo. Op cit. P. 24 y 25.

fueron partes intervinientes. De tal manera, en el primer caso y como se analizó respecto del actuar del Estado Uruguayo, una sentencia de su máxima instancia en sede jurisdiccional puede resultar contraria a lo dispuesto en Sentencia por la Corte IDH si es que la interpretación que se ha dado en sede interna contradice lo sostenido por esta, por lo que las autoridades pueden considerarla como un obstáculo para el cumplimiento de las obligaciones de manera que pueden desconocer lo resuelto en sede interna y actuar directamente en función de las disposiciones ordenadas en Sentencia de la Corte IDH¹¹⁶.

D. SOBRE EL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO Y LA POSIBILIDAD DE SU CONFIGURACIÓN POR LA IMPOSIBILIDAD DE REALIZAR INAPLICACIÓN NORMATIVA EN SEDE ADMINISTRATIVA

Ahora bien, este último punto de la investigación busca absolver una pregunta que une los dos primeros capítulos con este y es el aspecto vinculado a la posibilidad de configuración de responsabilidad e internacional en el Perú ante un escenario en el que el control difuso de constitucionalidad se encuentra inhabilitado a la Administración Pública, tal como ha establecido claramente la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional.

En ese sentido, corresponde analizar en primer lugar qué hecho califica como ilícito internacional y en consecuencia genera responsabilidad respecto del Estado. Así tenemos que la Asamblea General de Naciones Unidas a través de su Resolución 56/83 recogió el trabajo realizado por la Comisión de Derecho Internacional respecto de la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos en la que se señala lo siguiente:

¹¹⁶ Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia., Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poissot. Párrafo 80 -100

“Hay un hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado. Su calificación como hecho internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional¹¹⁷. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno¹¹⁸. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole¹¹⁹. Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación¹²⁰”

Por su parte, la Corte IDH en el *Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia* ha señalado que

“(…) el origen de la responsabilidad internacional del Estado se encuentra en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la CADH, y se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado. Para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la CADH no se requiere determinar, como ocurre con el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios¹²¹”

¹¹⁷ AGNU. Resolución A/56/589 and Corr.1, Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos, 28 de enero de 2002. Artículo 2.

¹¹⁸ *Ibíd*, artículo 3.

¹¹⁹ *Ibíd*, artículo 4.

¹²⁰ *Ibíd*, artículo 12.

¹²¹ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 110.

Asimismo, en el mencionado caso resalta un aspecto muy importante, pues la responsabilidad estatal bajo la CADH sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios, y la atribución de la misma a un Estado por actos de agentes estatales o de particulares deberá determinarse atendiendo a las particularidades y circunstancias del cada caso¹²², lo antes señalado resulta coherente con el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En efecto, la inobservancia de la obligación de realizar control de convencionalidad podrá configurar responsabilidad internacional de un Estado; sin embargo, deberá tener en cuenta si es que nos encontramos frente a un acto u omisión que configure la vulneración de la obligación y su relación en específico con un derecho convencionalmente reconocido. Al respecto, es de apreciar su íntima relación con el derecho a la protección judicial reconocida en el artículo 25 de la CADH, el cual establece el derecho a un recurso sencillo y rápido que resulte efectivo para el amparo contra actos que violen derechos fundamentales. De lo antes señalado se desprende cuatro características con las que deben contar los recursos para ser considerados como sensibles de proteger los derechos fundamentales: i) que sea adecuado: en tanto su función resulta idónea para proteger la situación jurídica infringida¹²³, ii) que sea eficaz: en el sentido que sea capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido¹²⁴, iii) que sea rápido y iv) sencillo¹²⁵, en tanto no

¹²²Ibídem, párr. 113.

¹²³ Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 64.

¹²⁴ Corte IDH. Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014, párr. 66

¹²⁵ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. párr 272.

existe mayor complejidad para su acceso de manera que resulta accesible sin contar con legitimación extraordinaria.

Como vemos, al momento de evaluar si es que se cumple con el derecho a la protección judicial de las personas deberán evaluarse determinadas características del recurso al que tiene acceso, por lo que corresponde subsumir la situación concreta que ha sido analizada a lo largo de la presente investigación, referida a la imposibilidad de la Administración Pública peruana de realizar control difuso de constitucionalidad a través de la inaplicación de normas inconstitucionales que puedan resultar lesivas de Derechos Fundamentales en relación al control difuso de convencionalidad como obligación de todas las autoridades de todos los Estados Partes.

En primer lugar, resulta determinante diferenciar las obligaciones que implica el ejercicio de un control difuso en uno y en otro caso, pues en el caso del control difuso de constitucionalidad su ejercicio se realiza a través de la inaplicación de la norma inconstitucional, mientras que en el control difuso de convencionalidad la existencia de diversas intensidades para su realización, directamente relacionadas con las competencias y regulaciones procesales correspondientes reconocidos en sede interna, permiten señalar que aun los órganos que se encuentran imposibilitados de realizar inaplicación de normas, estarían cumpliendo con el deber de realizar el control de convencionalidad al realizar una interpretación conforme.

En segundo lugar, debemos verificar si el hecho de que la Administración Pública no pueda realizar la inaplicación de normas inconstitucionales o inconventionales implicaría que el Estado no tenga la oportunidad de reparar el daño que evidentemente genera el hecho que la Administración Pública no pueda tutelar su derecho al no poder inaplicar la norma lesiva

de este. Ante dicho escenario, encontramos que si bien no se puede inaplicar normas inconvencionales en sede administrativa, esto es posible en sede judicial; por lo cual, la activación de un amparo contra la norma inconvencional o el acto que la aplica resultará un recurso idóneo, eficaz, rápido y sencillo para conseguir la inaplicación de la norma así como la restitución del derecho al estado anterior a la vulneración de este.

De tal manera, en atención a la interpretación vigente realizada por la Corte IDH, podemos concluir que si bien se considera que la Administración Pública debería contar con un control difuso de constitucionalidad que implique la posibilidad de inaplicar normas inconstitucionales, la actual negación de dicha potestad no configura en sí misma un hecho internacionalmente ilícito, ni genera responsabilidad del Estado Peruano por inobservancia del control difuso de convencionalidad, en tanto la Corte IDH ha establecido la posibilidad de su realización por parte del Estado a través de intensidades diferentes, sin que resulte necesario que todos sus órganos puedan inaplicar la norma, ya que la Corte IDH no busca imponer un sistema de control de constitucionalidad específico a los Estados Parte. Por otro lado, la imposibilidad de inaplicar una norma inconvencional en sede administrativa tampoco genera responsabilidad internacional del Estado, ya que permite su propia reparación en sede judicial donde se encuentran los órganos con competencias reconocidas para inaplicarla, de manera que el Estado puede efectivizar su deber de protección en la oportunidad en que la controversia sea ventilada en sede judicial.

CONCLUSIONES:

En atención a los objetivos planteados en el proyecto de investigación que promovió la presente investigación, se alcanzaron las siguientes conclusiones:

PRIMERA

La posibilidad de que la Administración Pública aplique control difuso de constitucionalidad implicará la existencia de un conflicto entre el Principio de Supremacía de la Constitución y el Principio de Legalidad en tanto se siga concibiendo este último de igual manera que en el Estado de Derecho; es decir, como aquel en el que la ley siempre debe ser obedecida, en especial por la Administración Pública como órgano ejecutivo. En la medida que aún no contamos con una concepción uniforme sobre su interacción en el Estado Constitucional de Derecho. En cuanto a la posibilidad de que la Administración Pública aplique control difuso de convencionalidad, este no implicará de manera alguna un conflicto entre el Principio de Supremacía de la Constitución y el Principio de Legalidad.

SEGUNDA

El Tribunal Constitucional Peruano en un primer momento asumió una posición favorable al control difuso en sede administrativa, basándose en una interpretación extensiva del artículo 138° de la Constitución, posteriormente cambió de posición y realizó una interpretación estricta de dicho artículo, señalando la reserva del control a quienes gozan formalmente de jurisdicción, además de resaltar la afectación al Estado Constitucional de Derecho ante la posibilidad de que el Poder Ejecutivo pueda cuestionar el actuar del Legislativo y la inexistencia de un sistema de remisión en consulta análogo al existente en

el Poder Judicial, por lo que se encontrarían en una posición más favorable que los órganos que formalmente sí cuentan con jurisdicción.

TERCERA

Los Tribunales Administrativos deben considerarse órganos vinculados a la administración de justicia para realizar Control de Convencionalidad según la jurisprudencia de la Corte IDH, en tanto realizan actos materialmente jurisdiccionales y se encuentran obligados a respetar las garantías del debido proceso al igual que los órganos jurisdiccionales, además de las propias disposiciones en materia de Control de Convencionalidad que gradualmente han extendido el alcance de los sujetos obligados a realizarse, de manera que en la actualidad la totalidad de órganos que forman parte del Estado se encuentran obligados independientemente de su pertenencia al Poder Judicial.

CUARTA

La Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que la forma en que los sujetos obligados a realizar el Control difuso de Convencionalidad, se halla en concordancia con sus competencias y regulaciones procesales correspondiente en relación al Control difuso de Constitucionalidad, de manera que no se pretende imponer un sistema de control constitucional específico, sino de que actúen análogamente a sus atribuciones actualmente reconocidas en el ejercicio del Control de Constitucionalidad. De tal manera, actualmente la forma en que se debe realizar el Control de Convencionalidad en sede administrativa en el Perú debe ser con una intensidad mínima a través de la interpretación conforme. En ese sentido, la imposibilidad actual de realizar control difuso de constitucionalidad en sede administrativa no representa por sí mismo una inobservancia de la obligación de realizar Control de Convencionalidad.

PROPUESTA LEGISLATIVA:

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR CUANTO:

El congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA; Ha dado la Ley siguiente

LEY QUE MODIFICA DIVERSAS LEYES PARA LA REALIZACIÓN DE INTERPRETACIÓN CONFORME DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD Y LA PROCEDENCIA DIRECTA EN SEDE JUDICIAL DE LOS RECURSOS QUE IMPUGNEN ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE APLIQUEN NORMAS INCONSTITUCIONALES O INCONVENCIONALES

Artículo 1: Modificación de los numerales 1.1. y 2 del Artículo IV y del numeral 2.2 Artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los que quedan redactados de la siguiente manera

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.1.Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el Perú, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la ley y al derecho, dentro de las facultades para los que les fueron conferidas.

(...) **2.** Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y

para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo. Asimismo, los derechos y libertades consagradas en la Constitución y que resulten aplicables en los procedimientos administrativos se interpretan de conformidad con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Perú y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

(...) 2.2. Los tratados, convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional y la jurisprudencia del Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Artículo 2: Incorpórese el numeral 5 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en los siguientes términos:

218.2 Motivación del acto administrativo: (...).

- 5) En aquellos actos administrativos en los cuáles sea imposible realizar una interpretación conforme entre la norma que se vaya a aplicar y la Constitución, Tratados de Derechos Humanos o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el órgano administrativo que lo emita se encontrará obligado a señalar expresamente en sus considerandos la imposibilidad de realizar interpretación conforme e indicar que la norma que aplicará resulta incompatible con la Constitución, Tratados de Derechos Humanos o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Artículo 3: Incorpórese los numerales 5) y 6) del artículo 46 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, en los siguientes términos:

- 5) Si la pretensión del recurso consiste en la invocación de una amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, Tratados de Derechos Humanos o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- 6) Si la amenaza o lesión invocada tiene como sustento un acto administrativo que sin agotar la vía administrativa aplicó una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, Tratados de Derechos Humanos o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no haya podido ser inaplicada según las competencias o atribuciones del órgano que la emitió.

Artículo 4: Incorpórese el numeral 4) del artículo 19 de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

- 4) Si el control jurídico de las actuaciones de la administración pública tiene como sustento un acto administrativo que sin agotar la vía administrativa aplicó una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, Tratados de Derechos Humanos o la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que no haya podido ser inaplicada según las competencias o atribuciones del órgano que la emitió.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los 5 días del mes de mayo de dos mil dieciséis.

BIBLIOGRAFÍA

1) LIBROS Y REVISTAS:

- ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco y otros. Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978. Editorial Tecnos. Madrid. 2004.
- BLUME FORTINI, Ernesto. El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú. Editorial Adrus. Arequipa. 2009.
- BRAGUE CAMAZANO, Joaquín. La Acción de Inconstitucionalidad. Editorial UNAM. México D.F. 2000. GARCIA BELAUNDE, Domingo. Derecho Procesal Constitucional. Editorial Temis. Bogotá. 2001.
- BREWER CARIAS, Allen. “El juez Constitucional Vs Supremacía Constitucional” Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Porrúa 2008. México D.F.
- BREWER-CARIÁS, Allan R., “El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)” en La protección jurídica del ciudadano. Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez, tomo III, Madrid, 1993
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo e 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: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Palestra Editores, Lima, 2007.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Ara Editores, Lima, 2001.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la Constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, N.º 1, Palestra Editores, Lima, 2007.

- CHIRI GUTIÉRREZ, Isabel. *El control difuso del Tribunal Fiscal. La paradoja del control difuso en un tribunal atado de manos*. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Palestra Editores, Lima, 2007.
- DEL POZO GOICOCHEA, Claudia. *El control de constitucionalidad ejercido por la Administración Pública*. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Palestra Editores, Lima, 2007.
- FERNANDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia Constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. UNAM. México. 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2016.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional* 3ª. Ed. Civitas. Madrid. 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Administración Pública y la Ley*. En: Themis. Revista de Derecho. N° 40.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado legal y estado constitucional de derecho*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. N° 82. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1991.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Año V, No. 28, Julio-Diciembre de 2011,
- GONZALES DOMINGUEZ, Implementación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los Sistemas Jurídicos Nacionales: La Doctrina del Control de Convencionalidad. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. San José 2014.
- HURTADO REYES, Martín. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. IDEMSA, Lima, 2009.

- KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. México D.F.: Trad. de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, 2.^a edición revisada, México D.F. 1958.
- LONDOÑO LÁZARO, Maria Margarita, *El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, No. 128..
- MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel. Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la Administración Pública. UNAM. México D.F. 2003.
- MONTERO AROCA, Juan et al, Derecho jurisdiccional I. Parte general, Tirant Lo Blanch. Valencia, 2002.
- MONTERO AROCA, Juan, Trabajos de derecho procesal, Bosch. Barcelona, 1988.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. ¿Es ahora el Poder Ejecutivo el guardián in limine de la constitucionalidad de las leyes? Luces y sombras sobre las consecuencias del precedente Salazar Yarlenque. En: La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, N.º 1, Palestra Editores, Lima, 2007.
- MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Editorial Gaceta Jurídica. 6^a Edición. Lima. 2007.
- PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Estado constitucional y derechos de la tercera generación*. Anuario de Filosofía del Derecho XIV. Madrid. 1997.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo. El contrato social: Porrúa. México D.F. 1992.
- ROZO ACUÑA, Eduardo. Las garantías constitucionales en el derecho público de América Latina. Universidad Externado de Colombia Bogotá. 2006.
- RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y Enrique BERNALES BALLESTEROS. Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los Artículos 1, 2 y 3 de la Constitución. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2010, P.

- SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Obligaciones Internacionales y control de convencionalidad*. En Revista “Opus Magna” Constitucional Guatemalteco. Tomo IV. 2011.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario. Astrea, 3ra edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1992.
- SERRANO ALBERCA, José Manuel y Arnaldo Alcubilla, Enrique, *Comentarios a la Constitución*, dir. de Fernando Garrido Falla, Civitas, Madrid, 2001.
- Tribunal Constitucional Español. STC 22/1984, de 17 de febrero de 1984
- VELANDIA CANOSA, Eduardo. Derecho Constitucional Convencionalizado y Justicia Constitucional en: Derecho Procesal Constitucional Colombia: Ed. Legis, Bogotá, 2013.
- Voto Singular del Magistrado Vergara Gotelli a la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú en el Exp. 00014-2009-PI/TC .
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El Derecho Ductil. Trotta. Madrid. 2008.

2) RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

- Resolución de Superintendencia N° 063-2007/SUNAT.
- Resolución de Superintendencia N° 141-2004/SUNAT.

3) JURISPRUDENCIA NACIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú Exp N° 03741-2004-AA/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp N° 0021-2003-AI/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú Exp. N° 00047-2004-AI/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú Exp. N°0005-2007-AI/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú Exp. N°0014-2009-AI/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp N° 00142-2011-PA/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp N° 2727-2002-AA/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp N° 2730-2006-PA/TC.

- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 3741-2004-PA/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 01680-2005-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 0004-2006-AI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 002-2005-PI/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 8495-2006-PA/TC, F.J. 33

4) JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

- Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-415-12
- Tribunal Constitucional Español. STC 22/1984

5) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2005)
- Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2005)
- Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Voto Concurrente del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. (2013)
- Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. (2001)
- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. (2012)
- Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. (2014)
- Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Voto Concurrente del Juez Ferrer Mac Gregor Poissot Eduardo. (2010)
- Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. (2011)

- Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2006)
- Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. (1988).
- Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. (2005)
- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. (2012)

6) FUENTES WEB

- Resolución disponible en:
http://files.servir.gob.pe/WWW/files/Tribunal/2010/Sala1/Res_195-2010-SERVIR-TSC-Primera_Sala.pdf
- Resolución disponible en:
http://files.servir.gob.pe/WWW/files/Tribunal/2011/Sala1/Res_1281-2011-SERVIR-TSC-Primera_Sala.pdf
- CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María. La exclusividad y la Unidad Jurisdiccionales como principios constitucionales en el ordenamiento jurídico español. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 113. Mayo – Agosto 2005. Revisado el 23 de febrero de 2016. Disponible en:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/numero/113/art/art4.htm>

- GORDILLO, Agustín. Introducción al Derecho Administrativo. Revisado el 29 de abril de 2016. Disponible en: http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo3.pdf
 - ALVARADO VELLOSO, ADOLFO. Jurisdicción y Competencia. Revisado el 11 de abril de 2016. Disponible en: http://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/Jurisdiccion_y_Competencia__AAV.pdf
 - Guía sobre la aplicación del Principio –Derecho del Debido Proceso en los procedimientos administrativos administrativos. Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Primera Edición, Lima, 2013. Disponible en: <http://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Gu%C3%ADa-del-debido-proceso-MINJUS.pdf>
 - Disponible en: http://files.servir.gob.pe/WWW/files/Tribunal/2010/Sala1/Res_070-2010-SERVIR-TSC-Primera_Sala.pdf
- 7) DOCUMENTOS INTERNACIONALES:
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en vigor desde el 27 de enero de 1980
 - AGNU. Resolución A/56/589 and Corr.1, Responsabilidad de los Estados por Actos Internacionalmente Ilícitos, 28 de enero de 2002.



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

PROGRAMA PROFESIONAL DE DERECHO



*“Control difuso en la Administración Pública en materia de Derechos Humanos:
análisis y posibilidad de su ejercicio en cumplimiento de las obligaciones
internacionales del Estado peruano”*

Proyecto de Tesis presentado por

El Bachiller Jesús Vicente Zúñiga Hernández

Para obtener el Título Profesional de Abogado.

AREQUIPA – PERÚ

2015

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Perú como Estado Constitucional de Derecho cuenta con una serie de principios distintivos de tal configuración, entre estos resalta especialmente el Principio de Supremacía Constitucional, este es con seguridad uno de los primeros principios que internalizamos al iniciar nuestro paso por una Facultad de Derecho, ya que las primeras lecciones de Introducción al Derecho nos enseñan el aporte de Hans Kelsen, una figura: la pirámide, y una premisa: lo que está arriba prevalece por sobre lo que está debajo. Al parecer la idea es bastante simple, *donde manda capitán, no manda marinero*, ¿será realmente así de simple su aplicación en el mundo del Derecho?, ¿será válido extrapolar con tal simpleza dicha premisa a la organización y funcionamiento de un Estado Constitucional de Derecho?

Las anteriores preguntas están dirigidas a retomar la discusión sobre la posibilidad de la aplicación del control difuso por parte de la Administración Pública, conocido como “control difuso administrativo”. Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el control difuso administrativo, sus sentencias hito sobre el tema recayeron en el Exp. 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlenque) y el Exp. 4293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena), las que podrían considerarse el acto de nacimiento y de defunción de dicho control, en los análisis que merecieron dichos fallos entró a debate el conflicto de principios que generaría su ejercicio, pues, siendo un Estado Constitucional de Derecho, tenemos que el Principio de Supremacía Constitucional encuentra en el Principio de Legalidad, que rige la actuación de la Administración Pública, un importante freno para su aplicación en todos los poderes del Estado, Estado que desde su concepción moderna encuentra su equilibrio en el sistema de pesos y contrapesos que representa la separación de poderes. Ante dicho escenario, es más que razonable considerar si dicho equilibrio podrá mantenerse intacto en el supuesto de que tanto el Poder Judicial como el Poder Ejecutivo puedan inaplicar lo producido por el Legislativo. Por otro lado, apartándonos del ámbito de la división de Poderes del Estado, también debemos analizar la razonabilidad que una entidad administrativa, un Tribunal Administrativo por ejemplo, tenga que decirle al ciudadano que se le aplicará una norma inconvencional a pesar que dicho Tribunal sabe que lo es, solo que no puede actuar de otra manera pues este sí debe actuar como “boca de la ley” aun cuando la norma primigenia sostenga que todo la producción normativa de un rango inferior a esta debe ser compatible y coherente con sus postulados.

Por otro lado, la doctrina y jurisprudencia en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos nos ha mostrado en el “Control de Convencionalidad” una figura análoga al Control de Constitucionalidad, solo que la aplicación del primero de estos implica la revisión de la uniformidad de toda la normativa interna de un Estado, incluida su Constitución, con las obligaciones internacionales adoptadas a través de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, de tal manera que el Estado como un todo debe buscar que sus actuaciones privilegien las disposiciones de los Tratados de Derechos Humanos sobre su normativa interna cuando estas sean incompatibles. La obligatoriedad de este control, no solo en sede internacional a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sino en sede interna a través del Poder Judicial y los “órganos vinculados a la administración de justicia”, abre un nuevo flanco para el debate sobre el control difuso en sede administrativa, en tanto, el propio Tribunal Constitucional ha acogido la doctrina del Control de Convencionalidad, señalando su obligatoria observancia para “todos los poderes públicos” aún en los casos en los que el Estado

peruano no fue parte, pues sí nos resulta vinculante la ratio decidendi de la totalidad de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese entender ¿será lo mismo aplicar control de constitucionalidad que control de convencionalidad? ¿Se podría aplicar control de convencionalidad en la administración pública sin quebrantar lo sostenido por el Tribunal Constitucional en cuanto a la posibilidad de ejercer control difuso? ¿Los Tribunales Administrativos pueden y deben entenderse como órganos vinculados a la administración de justicia? ¿la imposibilidad actual de la Administración Pública para aplicar control difuso implicaría un desconocimiento de obligación internacional de aplicar el Control de Convencionalidad?

Arequipa, Octubre de 2015



I. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Enunciado del Problema

El Estado peruano ha proscrito el ejercicio del control difuso de constitucionalidad por para la Administración Pública, lo cual podría generar un eventual incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos en aquellos casos en los que los órganos resolutivos no jurisdiccionales de la Administración Pública conozcan asuntos donde sea necesaria la aplicación de un control difuso de convencionalidad, ya no de constitucionalidad, y a pesar de ello se consideren imposibilitados de aplicarlo en observancia de la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, ello en atención a la obligatoriedad de la aplicación del control de convencionalidad, cuyo alcance abarca al Estado como un todo y no solo a los órganos jurisdiccionales.

1.2. Descripción del Problema

1.2.1. Campo : Ciencias Jurídicas.

1.2.2. Áreas : Derecho Constitucional – Derecho Administrativo – Derechos Humanos

1.2.3. Líneas : Principio de supremacía de la Constitución – Principio de legalidad y potestades en la Administración Pública

1.3. Interrogantes básicas de la investigación

- a) Al analizar la posibilidad de aplicar control difuso en sede administrativa, exclusivamente en materia de Derechos Humanos, en un Estado Constitucional de Derecho ¿existe un conflicto entre el Principio de Supremacía de la Constitución y el Principio de Legalidad?
- b) ¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la posibilidad de ejercer control difuso por parte de la Administración Pública en casos de Derechos Fundamentales reconocidos en Tratados de Derechos Humanos?
- c) ¿Los Tribunales Administrativos deben considerarse órganos vinculados a la administración de justicia para realizar Control de Convencionalidad según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o únicamente como órganos de solución de conflictos a los que no alcanza tal obligación? ¿Resuelven temas vinculados con los Derechos Humanos? ¿En qué casos?
- d) ¿Cuáles serían las implicancias jurídicas de permitir que la Administración Pública ejerza control difuso únicamente en materia de Derechos Humanos?

- e) ¿La obligatoriedad del Control de Convencionalidad reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos habilita el ejercicio del control difuso en esta materia por parte de la Administración Pública?

1.4 Tipo y nivel de investigación

1.4.1. Nivel

Descriptivo

1.4.2. Tipo

Cualitativo.

1.5 Justificación.-

Luego que el Tribunal Constitucional emitiera su Sentencia en el Exp. 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlenque) el debate sobre el control difuso en la Administración Pública estuvo sobre la mesa por un buen tiempo y mereció diversas publicaciones de especialistas en Derecho Administrativo y Derecho Constitucional pronunciándose tanto a favor como en contra de esta facultad reconocida por el máximo intérprete de la Constitución, discusión que se retomó recientemente con motivo de la emisión de otra Sentencia del Tribunal Constitucional la correspondiente al Exp. 4293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena) a través de la cual pone fin a la posibilidad de ejercer control difuso en la Administración Pública; sin embargo, la misma no habría tomado en consideración obligaciones que tendría el Estado peruano en virtud a la suscripción de Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos así como el reconocimiento de la competencia contenciosa de Tribunales Internacionales en dicha materia. De tal manera, la utilidad de la presente investigación radicará en el contenido aportado para el análisis e identificación de las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de Derechos Humanos que podrían incumplirse con motivo de un impedimento absoluto de la Administración Pública para realizar un control difuso respecto de Derechos Humanos con reconocimiento convencional, dicho contenido podría plasmarse en la formulación de políticas públicas en materia de Derechos Humanos que garanticen su ejercicio efectivo ante la Administración Pública, como la capacitación de sus órganos resolutivos en materia de Derechos Humanos y los métodos con los que cuentan para garantizar el ejercicio de estos por parte de los administrados; de tal manera, el cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano se darán en el Estado como un todo, como exige la Corte Interamericana, y ya no solo a partir del acceso a una sede jurisdiccional; asimismo, permitirá la elaboración de estrategias de defensa de las diversas agencias estatales en los casos sometidos al conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de las cuáles los Estados podrán acreditar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales al conocer adecuadamente los alcances del control de convencionalidad en sede administrativa, alcances identificados a partir de la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Si bien lo establecido por el Tribunal Constitucional a través de las sentencias que se pronuncian sobre el control difuso administrativo, ayudan de manera importante a poner en vitrina su debate, debemos tomar en cuenta que el tema por sí solo cuenta una significativa relevancia jurídica y académica como veremos a continuación. El Estado Constitucional de Derecho como paradigma predominante de Estado en la actualidad nos obliga a profundizar en sus principios y analizarlos en su conjunto de tal manera que las incompatibilidades entre estos se resuelvan y el modelo se vea cada vez más fortalecido, es allí donde podemos encontrar un tarea pendiente como es la investigación y formulación de propuestas para la armonización del Principio de Supremacía Constitucional con el Principio de Legalidad, sumándole a dicho análisis la reciente doctrina del Control de Convencionalidad ampliamente utilizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la actualidad, la cual nos lleva a preguntarnos sobre el ejercicio de un control difuso por parte de la administración pública, ya no de constitucionalidad sino de convencionalidad y si podría darse este último a pesar de la actual restricción para ejercer control de constitucionalidad por parte de estos órganos. Los aportes de dicha investigación no solo encuentran acogida en la administración de justicia con enfoque de protección de Derechos Fundamentales, sino también en el plano académico en cuanto al estudio de la Teoría del Estado, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y los Derechos Humanos.

La relevancia de la investigación que se busca realizar no solo se justifica en la posibilidad de generar aportes en el Derecho en sede interna, sino también para los Estados firmantes de la Convención Americana de Derechos Humanos y sometidos a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ¿de qué manera? Pues, la reciente jurisprudencia de la Corte no ha dejado dudas sobre la obligatoriedad de aplicar el Control de Convencionalidad por los Estados partes y el tema de que este sea aplicado en sede interna por los magistrados de sus Poderes Judiciales, está bastante claro, dejándose sin explorar y sin pronunciamiento académico la posibilidad de que la Administración Pública de dichos Estados también lo aplique, invocando el deber internacional del Estado del que forman parte, emplee también el Control difuso de Convencionalidad a fin de inaplicar normas internas que resulten incompatibles con las obligaciones contraídas en materia de Derechos Humanos. Debe tomarse en cuenta también que los antecedentes de investigación relacionados con el problema escogido, además de ser reducidos en número también se encuentran limitados en cuanto a su enfoque en la medida en que no han tomado en cuenta la variable que representa el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

Por tales consideraciones, la presente investigación busca realizar un aporte sustancial para el debate relacionado a la posibilidad de ejercicio del control difuso en la Administración Pública, para fortalecer la comprensión sobre los principios en los que se sostiene el Estado Constitucional de Derecho, así como la observancia de las obligaciones internacionales del Estado peruano en todos los ámbitos de su organización

MARCO TEÓRICO

2.1. Conceptos Básicos

Los principales conceptos a utilizarse para la realización de la presente investigación son los siguientes:

- A) Supremacía Constitucional:** Es el principio rector del Estado Constitucional de Derecho, el cual postula que la Constitución de un Estado se encuentra en una posición preminente respecto de cualquier otra norma que forme parte de su sistema jurídico, ya sea que se trate de normas internas o externas, con la excepción de los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos. Dicho principio implica que la búsqueda de la supremacía también se vea reflejada en el plano normativo, cuando la normativa infraconstitucional que implementa los derechos fundamentales y la organización del Estado se ajusta a los valores, principios y preceptos de la Constitución, de tal manera que se estructure un sistema jurídico coherente. Las normas reglamentarias y sus derivadas al sujetarse a tales parámetros son normas en palabras de BLUME “impregnadas de constitucionalidad”¹²⁶. Para finalizar la puntual conceptualización de este apartado, recogemos lo sostenido por GARCÍA PELAYO “(...) la Constitución, en tanto que norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos incluido el Parlamento y por lo tanto, la ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios de que estos 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 (...)”¹²⁷.
- B) Principio de legalidad:** El Estado de Derecho se halla materializado principalmente en el principio de legalidad y es que con el nacimiento del Estado Moderno de la mano de la Revolución Francesa, la misma que recoge la concepción de que este nuevo Estado se rija por los tres poderes ya conocidos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; de tal manera, los ciudadanos pasaron de someterse a la voluntad del Rey a someterse a la voluntad de la ley. Según sostiene MORALES GODO, esta tiene una incidencia mucho más profunda en la Administración Pública (Poder Ejecutivo) pues esta “(...) sólo puede actuar previa habilitación legislativa, lo que significa que para ella rige el principio “todo lo que no está permitido está prohibido” (...)”¹²⁸. Dicha idea la encontramos desarrollada con algo más de amplitud en lo sostenido por GARCÍA DE ENTERRIA al señalar que el principio de legalidad de la Administración “(...) se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites,

¹²⁶ BLUME FORTINI, Ernesto. El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú. Editorial Adrus. Arequipa. 2009, p. 119.

¹²⁷ GARCÍA PELAYO. Manuel, “El Status del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 1, Madrid, 1981, p. 18.

¹²⁸ 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.º 3741-2004-AA/TC*. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Lima: Palestra Editores, 2007.

apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente (...)”.¹²⁹

- C) Control difuso de Constitucionalidad:** En concordancia con lo conceptualizado sobre la Supremacía constitucional; tenemos que, ante un supuesto en el que nos encontramos frente a una norma de categoría infraconstitucional cuyos postulados son incompatibles con la Constitución, se hace necesaria la extirpación de dicha norma inconstitucional para asegurar su Supremacía Constitucional en su calidad de principio rector en un Estado Constitucional de Derecho. En nuestro Estado, la búsqueda de esta supremacía en el plano normativo se puede conseguir a través del proceso de inconstitucionalidad o la aplicación del control constitucional difuso.

En el Perú nos encontramos frente a un sistema dual o paralelo del control de constitucionalidad, según GARCÍA BELAUNDE¹³⁰ esta caracterización se debe a Carl Schmitt quien entendió por difuso al norteamericano, y concentrado, al europeo continental. El célebre caso de *Marbury vs. Madison* en 1803 habría sido la partida de nacimiento del control difuso en el sistema americano. Esta experiencia del *common law* en América sería mal vista en Europa, pues en su visión de la división de poderes era un peligro “el gobierno de los jueces”, es así que con la Constitución austriaca de 1920 nace el modelo kelseniano.

El control difuso de constitucionalidad, es un mecanismo de control de la constitucionalidad, es decir, la herramienta para que el principio de Supremacía de la Constitucionalidad sea una realidad, es encargado a diversos agentes, específicamente a los magistrados del Poder Judicial desde el juez con el menor rango hasta el colegiado de las Salas Supremas, así como los magistrados del Tribunal Constitucional cuando conocen procesos diferentes a la acción de inconstitucionalidad, dichos agentes al encontrarse frente a un caso específico tienen la obligación de resolver cualquier incongruencia de las normas aplicables con la norma constitucional; por lo cual, la característica principal del control que permite resolver dicha incongruencia es que se limite a la resolución de un conflicto *inter partes* para un caso concreto.

- D) Control de Convencionalidad:** El control de convencionalidad en palabras de CARBONELL, debe entenderse como “*una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas del sistema convencional internacional (tratados internacionales, pero también derecho derivado de los mismos). Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar – de oficio una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados*”

¹²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Madrid: Civitas, 2000, p. 441

¹³⁰ GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Temis. Bogotá. 2001. P. 123.

*internacionales*¹³¹. Como sostuvo la propia Corte IDH en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, caso hito en cuanto a la doctrina del control de convencionalidad, nos encontramos frente a una obligación *ex officio* de los jueces nacionales de aplicar un parámetro que permita controlar la conformidad de la normativa interna (nacional) respecto de los estándares internacionales, en concreto los consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³².

2.2. Codificación de temas y subtemas

En atención a los objetivos e hipótesis planteada la presente investigación se encuentra dividida en cuatro capítulos.

Desde dicha perspectiva, previo análisis de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional con oportunidad de analizar el control difuso administrativo, es importante revisar el Principio de Supremacía de la Constitución y el Principio de Legalidad en la Administración Pública enmarcados en un Estado Constitucional de Derecho, en atención a ello el Capítulo 1:

Capítulo 1 “Principio de Supremacía de la Constitución y Principio de legalidad en las actuaciones de la Administración Pública”

- E. El Estado Constitucional de Derecho y la división de poderes.
- F. Principio de Supremacía de la Constitución y la defensa de los Derechos Fundamentales de la persona.
- G. Principio de Legalidad en las actuaciones de la Administración Pública.
- H. Ejercicio del Principio de Legalidad en un Estado Constitucional de Derecho.

Seguidamente en una vez determinados los alcances de los principios de Supremacía de la Constitución y Legalidad se analizará la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al referirse al control difuso administrativo.

Capítulo 2 “El control difuso en la Administración Pública en la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional”

- I. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional antes del Exp. 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlénque)
- J. Análisis del nacimiento formal del control difuso administrativo en el Exp. 3741-2004-AA/TC (Caso Salazar Yarlénque)
 - El precedente vinculante: análisis de forma y fondo.
 - Resolución aclaratoria: los alcances del control difuso administrativo.
- K. Análisis del final del control difuso administrativo en el Exp. 4293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena)

Capítulo 3 “La aplicación del control difuso en las resoluciones de los Tribunales Administrativos”

¹³¹ CARBONELL, Miguel, Introducción general al control de convencionalidad, pp. 94-95, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>, consultado: 20/08/2015.

¹³² Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párrafo 124

- L. Resoluciones del Tribunal Fiscal.
- M. Resoluciones del Tribunal Registral.
- N. Resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado.

Finalmente analizaremos los aportes del Control de Convencionalidad desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su aplicación en sede administrativa.

Capítulo 4 “El control de convencionalidad en el análisis de la posibilidad de ejercicio de control difuso en sede administrativa”

- E. El control de convencionalidad
- F. Finalidad del control de convencionalidad
- G. Relación del control de convencionalidad y el control de constitucionalidad.
- H. ¿Quiénes pueden ejercer el control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana?
 - Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
 - Posibilidad del ejercicio de jurisdicción en sede administrativa
 - Según la jurisprudencia de la Corte IDH ¿Los Tribunales Administrativos pueden y deben entenderse como órganos vinculados a la administración de justicia?
- I. ¿La obligatoriedad del control de convencionalidad habilita el ejercicio del control difuso en sede administrativa?

APORTES

CONCLUSIONES.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS.

Previa a la realización del presente proyecto, se buscó antecedentes de investigativos vinculadas al tema propuesta, tanto en las bibliotecas de Universidades locales, como en el Catalogo de Tesis de Superintendencia Nacional de Educación Superior, encontrando solamente una sola tesis que analizó parcialmente el tema de control difuso administrativo¹³³; sin embargo, no abordó los aportes del Control de Convencionalidad al momento de analizar la viabilidad y obligatoriedad de aplicar control difuso en sede administrativa, excluyendo así el análisis de las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de Derechos Humanos.

4. OBJETIVOS.

General

- Determinar si la obligación de aplicar el Control de Convencionalidad por parte de los Estados habilita el ejercicio de dicho control de manera difusa por parte de la Administración Pública en materia de Derechos Humanos en el Estado peruano.

¹³³ MEZA FIGUEROA, Mossi. 2014. *Control difuso administrativo peruano*. Pontificia Universidad Católica del Perú

Específicos

- Determinar la existencia de un conflicto entre el Principio de Supremacía de la Constitución y el Principio de Legalidad ante la posibilidad de que la Administración Pública aplique control difuso de convencionalidad en materia de Derechos Humanos
- Identificar el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional y sus aportes al debate sobre la posibilidad de ejercer control difuso por parte de la Administración Pública en materia de Derechos Humanos
- Determinar si los Tribunales Administrativos deben considerarse órganos vinculados a la administración de justicia para realizar Control de Convencionalidad según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos u órganos de solución de conflictos a los que no alcance dicha obligación.
- Determinar si la Administración Pública puede ejercer control difuso de convencionalidad, restringido a materia de Derechos Humanos, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los órganos habilitados a ejercerla y sus límites.

5. HIPÓTESIS

Dado qué:

El Estado peruano se encuentra obligado a aplicar Control de Convencionalidad según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Es probable que:

Los Tribunales Administrativos puedan aplicar dicho control difuso en materia de Derechos Humanos, al tratarse de órganos vinculados a la solución de conflictos.

6. PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

6.1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

6.1.1. TÉCNICAS

En concordancia con las interrogantes y objetivos propuestos, para la recolección de información se usará la técnica de investigación documental.

6.1.2. INSTRUMENTOS

De acuerdo con la técnica, los instrumentos serán:

- a) Fichas de Registro (biblioteca, hemeroteca, archivos, consultas en Internet)
- b) Fichas de Investigación:
 - Fichas textuales
 - Fichas resumen
 - Fichas de observación estructurada

- Fichas de observación estructurada

7. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

7.1. Estrategia

La información que se requiere, para la presente investigación, será recogida de la siguiente forma:

- a) **Revisión Conceptual:** Se obtendrá información mediante recolección de datos tanto en las siguientes bibliotecas y centros de información:
 - Biblioteca de la Universidad Católica de Santa María.
 - Biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín.
 - Biblioteca del Colegio de Abogados de Arequipa.
 - Biblioteca de la Academia Nacional de la Magistratura.
 - Biblioteca Pontificia Universidad Católica del Perú.
 - Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
 - Exploración en Internet
- b) **Revisión Documental:** Para la revisión de las sentencias del Tribunal Constitucional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de las Resoluciones de los Tribunales Administrativos nacionales se hará uso de fichas de observación cuya elaboración corresponde al investigador.
- c) **Método:** Los métodos a aplicar serán dos: i) análisis: principalmente sobre los contenidos doctrinarios a revisarse en la investigación y ii) inductivo: respecto de la jurisprudencia nacional y supranacional en cuanto a la determinación de las obligaciones existentes para el Estado peruano así como los alcances de estas, dicho método se aplicará a un nivel descriptivo, de tipo cualitativo jurídico. Las bases de análisis son doctrinarias, documentales, normativas y jurisprudenciales.

III. BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFÍA E INFORMATIGRAFÍA

a) BIBLIOGRAFÍA

a.1) Normas Legales y Tratados Internacionales:

- Convención Americana de Derechos Humanos
- Constitución Política del Perú de 1993
- Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General)

a.2) Textos

- BLUME FORTINI, Ernesto. El Proceso de Inconstitucionalidad en el Perú. Editorial Adrus. Arequipa. 2009.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “El Status del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 1, Madrid, 1981.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Madrid: Civitas, 2000.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo. *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Temis. Bogotá. 2001.
- MEZA FIGUEROA, Mossi. 2014. *Control difuso administrativo peruano*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 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.º 3741-2004-AA/TC*. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Lima: Palestra Editores, 2007.
- RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico: Introducción al Derecho*. Octava Edición. Lima. Fondo Editorial de la PUCP. 1999.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México. Editorial Nacional. 1966.
- 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, justicia*. Madrid. Trotta. 2008.

a.3.) Jurisprudencia Supranacional

- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.
- Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No.221.

a.4.) Fuentes web:

- CARBONELL, Miguel, Introducción general al control de convencionalidad, pp. 94-95, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>, consultado: 20/08/2015.
- http://www.bustamanteasociados.com/descargas/publicaciones/Control_difuso.pdf
- <http://www.corteidh.org>



IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO 2015-2016

AÑO	2015-2016											
ACTIVIDADES	SET	OCT	NOV	DIC	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO
Preparación del Proyecto	X											
Aprobación del proyecto	XXXXX											
Recolección de la información	XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX											
Preparación del Borrador							XXXXXXX					
Conclusiones y sugerencias								XX				
Presentación final del informe									XXXXXX			

IV. ANEXOS

INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

ANEXO 1

FICHA BIBLIOGRÁFICA (A)

Nº: _____

NOMBRE DEL AUTOR :

TÍTULO DEL LIBRO :

EDITORIAL, LUGAR, AÑO:

FUENTE:

APORTE:



ANEXO 2

FICHA BIBLIOGRÁFICA (B)

Nº: _____

PÁGINA WEB:

TITULO Y MARCADOR:

PAIS:



ANEXO3
FICHA TEXTUAL

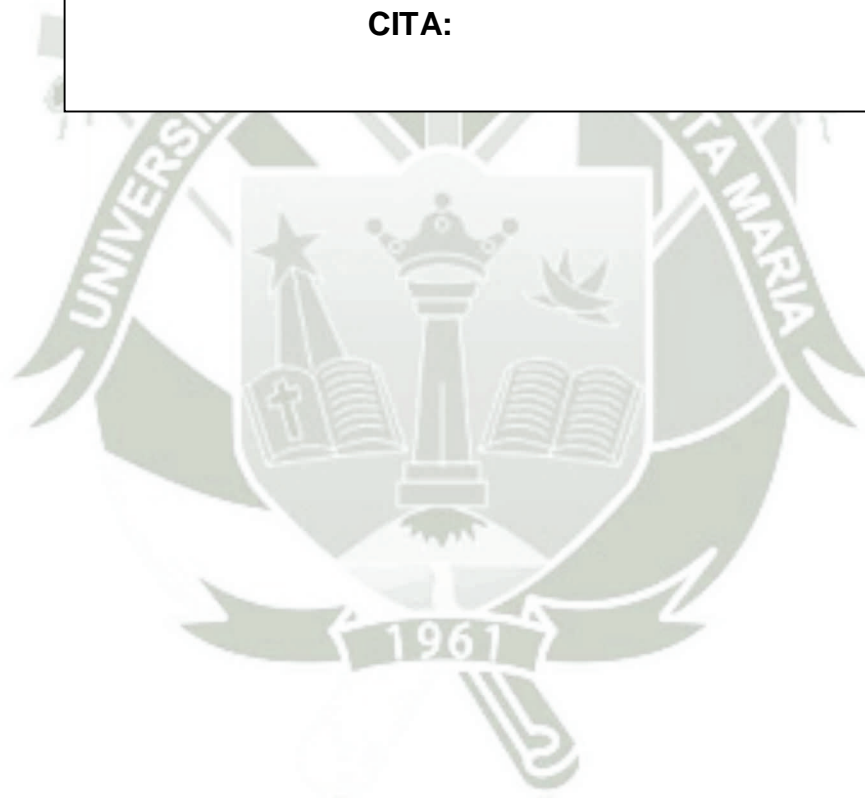
Nº:____

INDICADOR :

TÍTULO:

NOMBRE DEL AUTOR:

CITA:



ANEXO 4

FICHA DE OBSERVACIÓN ESTRUCTURADA (1) : JURISPRUDENCIA NACIONAL Y SUPRANACIONAL

NOMBRE DEL CASO:

AÑO:

DATOS RELEVANTES:

- Partes procesales:
- Fecha de la causa:
- Pretensión procesal o derecho conculcado:
- Resumen de los argumentos:

PUNTOS RESOLUTIVOS

- Decisión de la causa: