

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO EN TODOS LOS NIVELES E INSTANCIAS: CASO PUNO.

Tesis presentada por el Bachiller:

JORGE VICENTE TIMOTEO LINARES CARREÓN

para optar el Grado Académico de

Magíster en Derecho Constitucional.

AREQUIPA – PERÚ

2009

Dedicatoria: A la memoria de mi querida mamita Maruja, quien con su esfuerzo y constancia logró hacerme lo que soy, y quien ahora, desde el Cielo, y en compañía del Señor, me sigue inspirando.



ÍNDICE GENERAL

RESUMEN	Pag.7
ABSTRACT	Pag.10
INTRODUCCIÓN	Pag.12
CAPÍTULO I.	
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DE LA NORMA CONSTITUCION.	Pag.16
1. <u>EL “PROBLEMA” DEL CONTROL DIFUSO</u>	Pag.16
2. <u>¿ES POSIBLE QUE LOS ADMINISTRADORES TAMBIÉN HAGAN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, AL RESOLVER LOS ASUNTOS PUESTOS A SU CONSIDERACIÓN?</u>	Pag.19
3. <u>DERECHOS HUMANOS.</u>	Pag.22
3.1. Concepto de derechos humanos	Pag.22
3.2. Su evolución e importancia	Pag.24
3.3. Justificación y fundamentación de los derechos humanos	Pag.28
3.3.1. Fundamento objetivista	Pag.29
3.3.2. Fundamento subjetivista	Pag.29
3.3.3. Fundamento ínter subjetivista	Pag.30
3.3.4. Fundamentación iusnaturalista	Pag.30
3.3.5. Fundamentación historicista	Pag.31
3.3.6. Fundamentación ética o axiológica	Pag.32
3.4. Despliegue normativo y protección de los derechos humanos	Pag.33

4.	<u>DERECHOS FUNDAMENTALES</u>	Pag.34
4.1.	Concepto y evolución	Pag.34
4.2.	La función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo contemporáneo.	Pag.35
4.3.	Interpretación de los derechos fundamentales	Pag.37
4.4.	Despliegue normativo y protección de los derechos fundamentales	Pag.38
4.4.1.	Estado liberal de derecho	Pag.39
4.4.2.	El estado constitucional de derecho	Pag.42
5.	<u>LA CONSTITUCIÓN Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.</u>	Pag.45
5.1.	La Constitución	Pag.44
5.1.1.	Definición y finalidad	Pag.44
5.1.2.	Interpretación de la norma constitucional	Pag.46
5.1.3.	Cómo debe interpretarse la Constitución?	Pag.48
5.1.4.	Principios de interpretación constitucional	Pag.52
5.1.4.1.	El principio de unidad de la constitución	Pag.53
5.1.4.2.	El principio de concordancia práctica	Pag.53
5.1.4.3.	El principio de corrección funcional	Pag.53
5.1.4.4.	El principio de función integradora	Pag.53
5.1.4.5.	El principio de fuerza normativa de la constitución	Pag.54
5.1.5.	Eficacia del contenido normativo de la constitución	Pag.54
5. 2.	Principios aplicables al control de la constitucionalidad de las leyes y normas de menor jerarquía.	Pag.59

5.2.1. Principio de supremacía constitucional	Pag.59
5.2.2. La jerarquía normativa	Pag.60
5.2.2.1. La jerarquía basada en la cadena de validez de las normas.	Pag.62
5.2.2.2. La jerarquía basada en la fuerza jurídica distinta de las normas.	Pag.63
5.2.3. La plenitud jurídica.	Pag.63
5.2.4. Reglas de aseguramiento de la plenitud jurídica.	Pag.65
5.2.4.1. Aplicación de las reglas de enlace.	Pag.65
5.2.4.2. Aplicación de las reglas de exclusión.	Pag.65
5.2.4.3. Aplicación de la regla de competencia circunscrita.	Pag.66
5.2.4.4. Aplicación de los modos de integración.	Pag.66
5.3. Sistemas de control constitucional.	Pag.66
5.3.1. Control difuso.	Pag.70
5.3.2. Control concentrado.	Pag.71
5.3.3. El control abstracto.	Pag.71
5.3.4. El control concreto.	Pag.71
5.4. Caso Marbury vs. Madison	Pag.72
CAPÍTULO II.	
EL CONTROL DIFUSO EN SEDE ADMINISTRATIVA	Pag.75
1. <u>LAS FUNCIONES ESTATALES</u>	Pag.75
1.1. Función legislativa	Pag.76
1.2. Función jurisdiccional	Pag.76
1.3. Función administrativa y la justicia administrativa	Pag.77

2. EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA SE EJECUTA LA CONSTITUCIÓN Y NORMAS INFERIORES. Pag.78
3. MORIGERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SEDE ADMINISTRATIVA. Pag.79
4. LA ADMINISTRACIÓN TAMBIÉN ESTÁ FACULTADA PARA CONTROLAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y NORMAS DE MENOR JERARQUÍA Y LA NECESIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL A TRAVÉS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Pag.83
 - 4.1. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración. Pag.83
 - 4.1.1. Los principios constitucionales involucrados. Pag.84
 - 4.1.2. Control difuso de la constitucionalidad de las leyes a cargo de la administración. Pag.86
 - 4.1.2.1. Los que están a favor Pag.92
 - 4.1.2.2. Los que están en contra Pag.93
 - 4.2. ¿La administración pública puede ejercer control difuso? ¿le está constitucionalmente permitido a la administración pública ejercer el control difuso. Pag.94
 - 4.3. La aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por los tribunales administrativos. Pag.98
 - 4.3.1. ¿Control de constitucionalidad sólo a cargo de los tribunales administrativos? Pag.108

- 4.3.2. El control difuso a cargo de la administración pública antes de la sentencia del tribunal constitucional. Pag.110
- 4.3.3. El control difuso a cargo de la administración pública después de la sentencia del tribunal constitucional. Pag.113
- 4.4. La operatividad del control difuso por parte de los tribunales administrativos. Pag.115
5. LA NECESIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA QUE HACE CONTROL DIFUSO A TRAVÉS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Pag.117
- 5.1. Aspectos generales Pag.117
- 5.2. Importancia y finalidades del proceso contencioso-administrativo Pag.119
- 5.3. Forma de aplicar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes por los administradores y su control a través del proceso contencioso administrativo. Pag.121
- CAPÍTULO III.**
- CONOCIMIENTO DEL CONTROL DIFUSO, EN LA CIUDAD DE PUNO, POR LOS ABOGADOS Y ADMINISTRADORES**
1. Ficha técnica Pag.127
2. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS APLICADAS A LOS ADMINISTRADORES Y ABOGADOS EN LA CIUDAD DE PUNO. Pag.128
- 2.1. ANÁLISIS DESCRIPTIVO APLICADO A ADMINISTRADORES Pág.128

2.2. ANÁLISIS DESCRIPTIVO APLICADO A LOS ABOGADOS	Pag. 140
CONCLUSIONES	Pag.151
SUGERENCIAS	Pag.153
BIBLIOGRAFÍA	Pag.156
ANEXOS	Pag.162



RESÚMEN

Esta tesis está dividida en 3 capítulos, con sus conclusiones, sugerencias, propuestas, y a través de la misma se demuestra que toda la administración pública está constitucionalmente facultada para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, tanto los administradores de primera instancia cuanto los de segunda instancia u organismos colegiados. En esa forma se va más allá de lo establecido por el Tribunal Constitucional, para quien sólo los tribunales administrativos pueden hacer control difuso.

En el primer capítulo se expone el problema advertido, esto es, que no se reconoce explícitamente que todos los administradores deben hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, con la finalidad de garantizar la plena eficacia y primacía de la norma constitucional, así, en la ciudad de Puno, y presumo que en otras localidades, no sólo no se tiene conciencia de tal atribución sino que es negada. Seguidamente se trata sobre el concepto, evolución e importancia de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, haciendo hincapié – respecto a estos últimos – en su protección a través de su positivización en la norma constitucional. Luego se trata el tema de los mecanismos de protección constitucional, entendidos éstos como aquellos que van a viabilizar el principio de supremacía constitucional, como son el control difuso y el control concentrado – principalmente – dándose un vistazo a su desarrollo histórico y su recepción por nuestra legislación, tratándose posteriormente el célebre caso *Marbury vs. Madison*.

En el capítulo segundo se toca el tema relativo al control difuso en sede administrativa, con opiniones encontradas de connotados académicos al

respecto y recogiendo doctrina y jurisprudencia constitucional y administrativa de la que se desprende el iter que el tema ha tomado, esto es, desde una total negación de la posibilidad que los administradores puedan hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, hasta la permisión, pero sólo a los tribunales administrativos, para concluirse – en función a los principios de supremacía constitucional, jerarquía normativa y los precedentes del Tribunal Constitucional - que es constitucionalmente correcto que los administradores públicos de todas las instancias ejerzan la atribución de control difuso. Se trata asimismo, la necesidad que el órgano jurisdiccional revise, a través del proceso contencioso administrativo, el control difuso de constitucionalidad de las leyes que realicen los administradores, proponiéndose la optimización de la legislación, a través de la modificación de la Ley N° 27444 y la Ley N° 27584.

En el capítulo tercero se analiza la información recogida, vía encuesta, en abogados y administradores de la ciudad de Puno, constatándose que los mismos – los administradores públicos - no sólo no aplican el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, sino que no conocen la operatividad de la institución.

Concluyo sosteniendo la necesidad que debe propenderse a que todos los operadores jurídicos, judiciales y administrativos de todos los niveles, siempre prefieran la norma constitucional a la norma legal al resolver los casos puestos a su consideración, empero, como en razón al desconocimiento de la institución por parte de los administradores pueden producirse errores o

patologías en la aplicación del control, es necesario que se robustezcan los mecanismos de control judicial de la actividad de la administración.



ABSTRACT

This thesis is divided in three chapters, with its conclusions, suggestions, proposals, and through it is demonstrated that all the public administration, as much the administrators of first instance whatever those of second instance or organisms must make diffuse control of the constitutionality of the laws. In that form one goes away beyond the established by the Constitutional Court, for whom only the administrative courts can make control diffuse.

In the first chapter the noticed problem is exposed, this is, that it is not recognized explicitly that all the administrators must make diffuse control of the constitutionality of the laws, with the purpose of guaranteeing the total effectiveness of the constitutional norm, thus, in the city of Puno, and I am conceited that in other localities, there is not conscience of such attribution also is denied. Next one treats about the concept, evolution and importance of the human rights and the fundamental rights, making emphasis with respect to these last ones in its protection through its celebration in the constitutional norm.

Soon the subject is the mechanisms of constitutional protection, understood that they are going to help the principle of constitutional supremacy, as they are the diffuse control and the concentrated control mainly it contemplates its historical development and its reception by our legislation, treating the famous case Marbury versus. Madison.

In the second chapter the subject is the diffuse control in context administrative, with opinions found of conoticed academic containing doctrine and constitutionalist and administrative jurisprudence of where is deduced the iter

that the subject has taken, this is, from a total negation of the possibility that the administrators can make control diffuse of the constitutionality of the laws, until the permission but only to the administrative courts, to conclude - in function to the principles of constitutional supremacy, normative hierarchy and the precedents of the Constitutional Court - who is coherent that the administrators public of all the instances exert the attribution of diffuse control. Contains also the necessity that the jurisdictional organ reviews, through administrative contentious process, the diffuse control of constitutionality of the laws that the administrators make, giving the optimization of the legislation, through the modification of the Law N° 27444 and the Law N° 27584.

In the third chapter is analyzed the information collected, for survey in lawyers and administrators of the city of Puno finding that the administrators public not only they do not apply the diffuse control of the constitutionality of the laws, also do not know the operativity the institution.

I conclude maintaining the necessity that must prohang to that all the legal operators, judicial and administrative of all the levels, always prefer the constitutional norm to the legal norm when solving the cases put to their consideration, however, as in reason to the ignorance of the institution on the part of the administrators can take place errors or pathologies in the application of the control, are necessary reinforce the judicial control mechanisms of the activity of the administration.

INTRODUCCIÓN

Desde los inicios de mi experiencia laboral en la administración pública (el Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos) y ahora en una Vocalía Superior de la Corte Superior de Justicia de Puno, siempre me preocupó el hecho que en no todos los estamentos de la administración pública se reconoce la plena y total eficacia de la norma constitucional, porque –precisamente- se admitía la posibilidad que en sede administrativa prevalezca una norma legal en detrimento de la norma constitucional, sin que el administrador pueda hacer nada al respecto.

Por ello, desde que inicié mis estudios de maestría en Derecho Constitucional, en los diversos cursos recibidos y trabajos presentados, siempre he sostenido que la administración puede hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, tesis que sostuve inclusive antes que el Tribunal Constitucional emita su paradigmática sentencia en el expediente N° 3741-2004-AA/TC, la misma que, para beneplácito mío, recoge los postulados que siempre he señalado respecto al tema durante el dictado de los diferentes cursos de la maestría.

Constituye una manifestación de la defensa de los derechos humanos, la eficacia de los principios, valores y normas contenidos en el texto constitucional. Uno de estos principios lo constituye sin duda la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra fuente normativa (ley, reglamento, etc.).

En fechas recientes se ha visto que no sólo los jueces hacen control difuso de la constitucionalidad de las leyes, sino también los administradores, quienes inaplican determinada ley cuando su contenido normativo es contrario a la Constitución. Tal actuación ha sido duramente criticada dado que se sostiene

que sólo los jueces pueden hacer control difuso y no los administradores, porque éstos están obligados – se dice - a observar ineludiblemente, al resolver los casos puestos a su consideración, el principio de legalidad, aplicando la ley, aunque sea contraria a la Constitución, en tanto no haya sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Consecuentemente, la investigación es actual, porque aborda un tema que en fecha reciente se está discutiendo, cuestionándose “el dogma” que prohíbe a los administradores, que ejercen actividad jurisdiccional, puedan hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, pese a que el mencionado “dogma” tiene raíces acentuadas en la comunidad jurídica, también es cierto que una gran parte de la comunidad jurídica reconoce que los administradores de todos los niveles están facultados constitucionalmente para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, para que así prevalezca plenamente la Constitución en todo el ordenamiento jurídico, no aplicándose, al resolver los casos de los administrados, una norma que sea inconstitucional. Ello determina que la investigación realizada sea útil e importante, porque busca que los administradores tengan la seguridad que al resolverse sus casos, van a aplicar siempre la Constitución, prefiriéndola sobre cualquier otra norma de menor jerarquía; porque sostener la postura contraria, esto es, que en un procedimiento administrativo debe observarse sólo el contenido de la ley, desvinculado de la observancia de las disposiciones constitucionales, tanto de derechos objetivos como de principios, **lo que se está poniendo en evidencia**

es un problema de eficacia de la Constitución. Por ello, esta tesis contribuye a que la constitucionalidad sea efectiva, en todo el ordenamiento jurídico.

En razón a ello, el objetivo de esta investigación es demostrar que a la luz de los principios de primacía de la norma constitucional, jerarquía normativa y valor normativo de la Constitución, e inclusive del precedente emitido por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes mencionada, es constitucionalmente viable que los administradores de todas las instancias ejerzan control difuso de la constitucionalidad de las leyes, al dilucidar – jurisdiccionalmente - los asuntos puestos a su consideración por los administrados. En esa forma se demuestra que se puede extender el contenido normativo de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 3741-2004-AA/TC-LIMA, en la que si bien reconoce que la administración puede ejercer control difuso de la constitucionalidad de la ley, sin embargo limita tal posibilidad sólo a los tribunales administrativos u órganos colegiados (se entiende a la segunda instancia administrativa) negando la posibilidad de ejercer tal control a los órganos de primera instancia administrativa, dado que también estos órganos administrativos –inclusive en razón a los fundamentos vertidos por el Tribunal Constitucional – pueden constitucionalmente ejercer control difuso, para así asegurar, o mejor dicho, expandir la eficacia de la Constitución en todo el ordenamiento jurídico.

Para los efectos de esta investigación se ha analizado el derrotero conceptual que desde sus inicios ha tenido el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, para demostrar que aun desde el comienzo de las elaboraciones

conceptuales era posible concluir que también la administración pública pueda hacer tal control.

Se han encuestas para comprobar, primero, el grado de conocimiento que tienen los abogados y administradores del control difuso, y, segundo, del grado de aplicación del mismo al desarrollarse la justicia administrativa, arribándose a conclusiones poco auspiciosas, las que estoy seguro también se pueden reflejar en otras ciudades, porque se ha constatado no sólo un claro desconocimiento de los abogados y de los administradores del control difuso a cargo de la administración, sino que tal control es prácticamente nulo en la operatividad de la justicia administrativa.

El control difuso a cargo de la administración es un tema nuevo, y por ello no ha sido posible enfocar la investigación en la revisión de expedientes en la ciudad de Puno, limitándose la misma al análisis de pronunciamientos de principales órganos administrativos de alcance nacional (Tribunal Registral, Tribunal Fiscal) que en razón al ámbito de su competencia han emitido pronunciamiento al respecto, negando inicialmente la posibilidad del control en un comienzo, para luego permitirlo, asimismo la investigación se ha sustentado en encuestas aplicadas a abogados y administradores de la ciudad de Puno, con las que se evidencia el deficiente conocimiento del tema por parte de tales personas, y en el análisis doctrinal y jurisprudencial relacionado con el tema.

Arequipa, 30 de octubre de 2008.

CAPÍTULO 1

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

1. EL “PROBLEMA” DEL CONTROL DIFUSO

En el ejercicio de mi labor profesional, tanto como vocal en el Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Público como vocal superior de la Corte Superior de Justicia de Puno, uno de los problemas que he detectado es la poca inclinación ha establecer si en el ámbito administrativo la Constitución tiene plena eficacia, y así establecer si la administración está facultada constitucionalmente, en todos los niveles e instancias para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Como es sabido, en nuestro sistema jurídico la Constitución prevalece sobre toda otra norma de menor jerarquía (ley, decreto supremo, etc.), y por ello todos los operadores jurídicos tienen el deber de preferir siempre la norma constitucional.

Sin embargo, en la ciudad de Puno tuve la oportunidad de constatar que en la práctica diaria, es común observar que en sede administrativa, los administradores no se sienten obligados a preferir la norma constitucional sobre normas de rango inferior ni tampoco los administrados hacen exigencia en tal sentido.

Por ello en esta tesis se va a determinar y analizar en que medida se hace control difuso de la constitucionalidad de las leyes en sede administrativa, en la

ciudad de Puno, del 2005 al 2006¹ (que es el ámbito temporal al que se refieren las encuestas aplicadas), y en base a ello determinar la conveniencia o no de que los administradores efectúen control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

El Tribunal Constitucional recientemente ha establecido (en la sentencia recaída en el expediente N° 3741-2004-AA/TC-Lima²) que 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 38º, 51º y 138º de la Constitución.

El contenido normativo de tal sentencia viene causando gran polémica, porque destruye el paradigma que solo los jueces pueden hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, dado que reconoce que los tribunales administrativos – en tanto órganos de segunda instancia administrativa - también pueden hacer tal control.

En esta tesis se reconoce la corrección de lo antes señalado, empero, se demuestra que tal control no sólo debe estar a cargo de los tribunales administrativos, sino también a cargo de todo administrador que imparta justicia administrativa, sea en primera o segunda instancias.

¹ Varío en esa forma el ámbito temporal establecido en el proyecto de tesis, lo que modo alguno desnaturaliza los objetivos de esta investigación.

² Extraída de la página web del Tribunal Constitucional: www.tc.gob.pe, en la que declarándose fundada la demanda de proceso de amparo, se ordenó que la Municipalidad Distrital de Surquillo admita a trámite el medio de impugnación interpuesto por el recurrente, contra el acto administrativo que determinó una sanción de multa, sin exigirle previamente el pago de una tasa por concepto de impugnación.

En efecto, para el control de la constitucionalidad, en las Constituciones se han diseñado, atendiendo a diversos criterios, distintos sistemas que agrupan instrumentos y mecanismos para dicho control, ya sea atendiendo al órgano que predominantemente tiene a su cargo dicha función, o a la naturaleza de los instrumentos y mecanismos técnicos y jurídicos que se utilizan para ello.

La materia del control de constitucionalidad se encuentra – tradicionalmente - dentro del Derecho Procesal Constitucional, que se ha perfilado en el siglo XX como una disciplina independiente del derecho constitucional y del derecho procesal.

Por ello se piensa que el control de constitucionalidad de las leyes, debe estar solo a cargo de magistrados, sean éstos constitucionales (a través del control concentrado), o sean éstos ordinarios (a través del control difuso). Esta es una posición – a mi entender – evidentemente dogmática de la institución jurídica comentada; sin embargo, la sociología jurídica, que en buena cuenta informa que el Derecho debe ser instrumento de desarrollo social, y sobre todo la primacía de un Estado Constitucional, plantean la existencia de otros mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes, y en función a ello se empieza a sugerir que los administradores también pueden ejercer – eficazmente – tal control, tanto más que el constitucionalismo moderno postula la ampliación al máximo de los derechos fundamentales, lo que significa que toda operación de interpretación de los mismos – en función al principio pro hómīne – debe buscar su máxima eficacia.

Así, el control de constitucionalidad es el medio que permite regular y controlar la norma jurídica legal por parte de los operadores jurídicos, que por

disposición del Derecho, pueden ejercer tal control³. Ahora bien, en función al sistema de control de constitucionalidad de las leyes que determinado sistema asuma, toda norma de rango legal que viole la norma constitucional, por la forma o el fondo, será ineficaz, con efecto *erga omnes* (si el control es concentrado) o con efectos para el caso concreto (si el control es difuso). Así se consagra la supremacía de la norma constitucional sobre los actos de los poderes públicos, sea que dimanen del legislativo, del ejecutivo o del judicial o que provengan – inclusive - de los particulares.

Todo ello porque la discusión sobre si la Constitución contiene normas jurídicas en sentido estricto ha sido superada por la doctrina comparada en función del tipo de Estado en el que nos encontramos, por el cual se afirma que “(...) *la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior*”⁴.

2. ¿ES POSIBLE QUE LOS ADMINISTRADORES TAMBIÉN EJERZAN CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, AL RESOLVER LOS ASUNTOS PUESTOS A SU CONSIDERACIÓN?

Si bien la discusión académica sobre el tema de control de constitucionalidad de las leyes es muy extensa, en antaño no se le ha prestado ninguna atención a la posibilidad de su aplicación en sede administrativa; sin embargo, en hogaño tal posibilidad se vislumbra como plausible, lo que ha determinado la constitución de un – llamémosle- “sistema informal” de control de la

³ **Digo del Derecho, porque sabemos que la normatividad jurídica, en tanto sistema regulatorio de las interacciones sociales, no se limita a la fuente normativa legal, sino a todo el ordenamiento jurídico en su conjunto.**

⁴ García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, tercera edición, Madrid, 1988, página 50.

constitucionalidad de las leyes. Es desafortunado que ello sea así, pues si lo que se pretende es la mayor expansión posible de la eficacia de los derechos fundamentales, resulta un contrasentido que exista un sector del aparato estatal (la administración) en donde sea posible que, sin ningún control, sea eficaz una ley que transgreda la Constitución.

En razón a lo señalado creo que deben redefinirse los mecanismos de control constitucional, y sobre todo es necesario que los operadores jurídicos cambiemos nuestros paradigmas, para hacer más viables los derechos fundamentales y como correlato de ello, expandir los mecanismos que permitan una mayor horizontalidad⁵ en el control de constitucionalidad de la norma legal.

En efecto, para tales fines, quizás resulte más fructífero intentar una emancipación del concepto de derechos humanos respecto del marco histórico que los vio nacer, suponiendo que los valores morales formulados originalmente hayan podido sufrir alguna modificación y que, en todo caso, las exigencias concretas que de ellos derivan tampoco son idénticas. De cualquier forma, todo ello requiere morigerar el modo de fundamentación estrictamente racional de los derechos fundamentales, admitiendo que las condiciones históricas y la propia opinión de los individuos que las padecen pueden tener algún peso en la definición de los derechos fundamentales, y en la reconfiguración de los instrumentos idóneos para su protección.

Por ello, decidir que rasgos debe tener una pretensión para hacerse merecedora al calificativo de derecho humano o fundamental, en suma, determinar el contenido de los derechos, no es un problema teórico o

⁵ Defino así a la necesidad que sean otras entidades, además del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, los que también tengan la posibilidad de ejercer control constitucional.

conceptual, sino ideológico o de fundamentación, entendiéndose que cuando se dice que el Derecho se fundamenta, ello “(...) *significa demostrar que el Derecho sirve para algo (...)*”, como señalan José Palomino Manchego y Eloy Espinosa Saldaña Barrera⁶.

Con ello quiero decir que debemos cambiar nuestros paradigmas conceptuales, y comprender que el control de constitucionalidad de las leyes, no tiene como causa-fuente el célebre caso Madison vs Marbury, sino que su causa-fuente está en el derecho humano a que siempre se respete el núcleo duro de la Constitución, en caso que una norma legal sea violatoria de la misma, porque también en la aplicación del derecho administrativo debe prevalecer la Constitución, pues, de intentar afirmarse que en el marco de un procedimiento administrativo debe observarse sólo el contenido de la ley, desvinculado de la observancia de las disposiciones constitucionales, tanto de derechos objetivos como de principios, lo que se está poniendo en evidencia es un problema de eficacia de la Constitución. Es decir, que la Constitución rige y es válida en la totalidad del ordenamiento jurídico; pero que su eficacia es limitada en sede administrativa, en donde su aplicación “cede” en apariencia a favor del cumplimiento de disposiciones de índole legal. Lo que a todas luces nos conduce a un contrasentido jurídico, inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho.

Por estas razones creo que es importante realizar una revisión de las finalidades y los principios propios del procedimiento administrativo, revistiéndolo de un contenido constitucional que lo haga acorde con los fines

⁶ Palomino Manchego, José, Espinosa Saldaña Barrera, Eloy, Teoría de los derechos humanos: problemas escogidos, Curso a Distancia para Magistrados, Academia de la Magistratura, Lima, 2005, página 34.

del Estado Constitucional de Derecho, y que además se constituya en un instrumento eficaz para controlar la labor jurisdiccional de la administración, porque de lo contrario, la justicia administrativa se encontraría desvinculada de la organización estatal que le da origen y en cuyo marco debe cumplir sus funciones.

En ese sentido, creo que podemos afirmar que la totalidad del ordenamiento jurídico debe adecuarse no solo a las disposiciones contenidas en la norma constitucional, sino también al conjunto de valores contenidos en la Constitución. De aquí se desprende un punto central: la incidencia del Derecho Constitucional en el ámbito del Derecho Administrativo, lo que trae como correlato que también en sede administrativa – en todas las instancia, y no solo en segunda instancia - es posible controlar la constitucionalidad de las leyes.

3. DERECHOS HUMANOS

3.1. CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

Antonio Truyol, citado por Marco Gerardo Monroy Cabra⁷, explica: *“Decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”*.

⁷ Monroy Cabra, Marco Gerardo, Los derechos humanos, Editorial Temis Librería, Bogota, 1980, página 1.

Queda claro que el Estado no otorga ni concede derechos, sino que se limita a reconocerlos, debido a que son anteriores a la existencia del Estado y se fundamentan en la naturaleza y dignidad de la persona humana.

Es importante resaltar que para Ruiz Miguel, citado por Gregorio Peces-Barba Martínez⁸, los derechos humanos son derechos morales, porque postula que su existencia presupone por lo menos tres rasgos conceptuales: que los derechos humanos son: a) exigencias éticas justificadas, b) especialmente importantes, c) que deben ser protegidos eficazmente en particular a través del aparato jurídico.

Por otra parte, también es cierto que cuando se habla de derechos humanos, me estoy refiriendo a una pretensión moral justificada sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del hombre, y a su recepción en el Derecho positivo (convirtiéndolos en derechos fundamentales), para que pueda realizar eficazmente su finalidad.

Así, la dignidad de la persona humana exige reconocerle ciertos derechos inalienables. Según Luis Recansés Siches, también citado por Marco Monroy Cabra⁹, el pensamiento de la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por si mismo, o lo que es igual, diciéndolo en una expresión negativa, la cual tal vez resulta más clara, el hombre no debe ser un mero medio para fines extraños o ajenos a los suyos propios.

⁸ Peces- Barba Martínez, Gregorio, Curso de derechos fundamentales (I) teoría general, Curso a Distancia para Magistrados, AMAG, Lima, 2005, página 59.

⁹ Monroy Cabra, Marco Gerardo, obra citada, página 13.

3.2. SU EVOLUCIÓN E IMPORTANCIA

Pedro Pablo Camargo¹⁰ explica que los antecedentes remotos de los derechos humanos se encuentran en los Diez Mandamientos de Moisés, el Código de Hammurabi, las Leyes de Solón y el Código de las Diez Libertades Esenciales y Controles o Virtudes Necesarios para la Buena Vida, de Manú y Buda. El mismo Camargo señala que el concepto de los derechos humanos fue desarrollado en Grecia, pero principalmente por el Cristianismo al proclamar la igualdad de las personas ante Dios, que constituyó un antecedente del reconocimiento de la igualdad ante la ley; además el Cristianismo preconizó la dignidad de la persona, reivindicando sus derechos inmanentes e inalienables que derivan de su naturaleza y que el Estado se limita a reconocer, y aceptó también los deberes que tiene consigo mismo, con la familia y con la sociedad donde actúa.

Para algunos autores, añade Pedro Pablo Camargo¹¹, los orígenes de los derechos humanos se remontan a la Grecia clásica. Estos autores – señala- consideran que los derechos humanos surgieron con el derecho natural, y el ejemplo clásico es tomado de la literatura helena, en la obra Antígona, en la cual, según Sófocles, cuando Creonte reprocha a Antígona haber dado entierro a su hermano, pese a tenerlo prohibido, Antígona responde que ha actuado según las leyes no escritas e inmutables de los cielos.

La escuela jusnaturalista sostuvo que el hombre tiene derechos consustanciales a su naturaleza y que deben ser respetados por el Estado.

¹⁰ Camargo, Pedro Pablo, Problemática mundial de los derechos humanos, Universidad Gran Colombia, Bogotá, 1974, página 25.

¹¹ Camargo, Pedro Pablo, obra citada, página 35.

Hobbes y Rousseau defendieron los derechos naturales y las libertades individuales frente al absolutismo y a la monarquía absoluta.

Para Diego Uribe Vargas¹², el criterio jusnaturalista, que hace derivar los derechos humanos de la misma esencia individual, fue utilizada en el siglo XVIII como elemento reivindicador de las libertades, en oposición al derecho divino de los Reyes, sobre el cual descansaba el poder absoluto de la autoridad. A su vez, según Diego Uribe, un pensador ilustre del catolicismo describe de la siguiente forma el fundamento natural de los derechos del hombre: *“El valor de la persona, su libertad, sus derechos, surgen del orden de las cosas naturalmente sagradas que llevan la señal del Padre de los seres y tiene en sí el término de su movimiento”*.

Las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa parten del supuesto de que existen derechos inherentes del hombre, que están por encima del Estado, que tienen valor más alto que éste, y que uno de los fines del Estado consiste en garantizar la efectividad de tales Derechos; por ello, según Grocio el derecho natural es *“aquello que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza social del hombre”*.

A pesar de ello, Marco Monroy señala que la concepción jusnaturalista fue criticada por el positivismo jurídico, y por los historicistas, ya que éstos no admitían principios racionales de validez universal y necesaria, agrega que el positivismo atacó tal concepción, según lo afirma Recansés Siches¹³ con este argumento: *“Interpretando la expresión ‘derechos del hombre’ como un conjunto de derechos subjetivos, argüían que no puede haber propiamente*

¹² Uribe Vargas, Diego, Los derechos humanos y el sistema interamericano, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1972, página 205.

¹³ Monroy Cabra, Marco Gerardo, obra citada, página 19.

‘derechos subjetivos’ ni antes ni fuera del Estado, es decir ‘ni antes ni fuera de un ordenamiento positivo’. Hay un ‘derecho subjetivo’ cuando una norma de derecho positivo lo establece, proveyendo, además, los medios para hacerlo efectivo, es decir, proveyendo una medida coercitiva para el otro sujeto, que, con su conducta, desconozca o infrinja el derecho subjetivo de una persona. Ahora bien, decían quienes objetaban en este sentido, que esto puede darse única y exclusivamente dentro del marco de un ordenamiento jurídico positivo, y no con anterioridad o independencia de él. Por tanto, recalcan esos objetantes, no puede hablarse de derechos subjetivos fuera del Estado ni por encima de él”.

Por otra parte, la concepción socialista de los derechos humanos – también existe una - los condiciona a las variantes del proceso social. John Lewis dice al respecto¹⁴: *“Una manera más satisfactoria de plantear los derechos del hombre consiste en considerar que tales derechos se fundan en las posibilidades de las necesidades y posibilidades humanas y en el reconocimiento, por los miembros de un grupo social, de las condiciones necesarias para cumplir sus fines comunes”.*

Creo, como Marco Monroy Cabra – en posición que es mayoritaria en la doctrina - que no puede aceptarse que la existencia de los derechos humanos dependa del reconocimiento que de ellos haga el Estado, por cuanto esto conduce a aceptar el totalitarismo y a que se pueda menoscabar y desconocer tales derechos por simple “razón de Estado” o alegando interés nacional. La persona como tal y desde su nacimiento, y aún

¹⁴ Lewis, John, Los derechos del hombre, UNESCO, 1949, página 53.

desde su concepción¹⁵, tiene derechos que el Estado se limita a reconocer y garantizar, pero que no puede desconocer.

Asimismo, el tratadista Carlos García Bauer, citado por Monroy Cabra, ha dicho que los derechos humanos tiene como antecedente la práctica humanitaria del asilo, el control al tráfico de esclavos, las convenciones de La Haya de 1899 y 1907 sobre humanización de la guerra, el régimen de mandatos de la Sociedad de las Naciones, luego el mandato de administración fiduciaria de las Naciones Unidas y los acuerdos internacionales para la protección de las minorías.

Camargo, según opinión recogida por Marco Monroy¹⁶ precisa que constituyen hitos de la evolución de los derechos humanos:

- a) La Carta Magna expedida por el Rey Juan en 1215, consagrándose en este instrumento jurídico fundamentalmente dos principios: 1) respeto de los derechos de la persona, y 2) sumisión del poder público a un conjunto de normas, porque en tal instrumento jurídico se preceptúa: *“Ningún hombre libre será arrestado o apresado o despojado de sus bienes o condenado o desterrado, o en cualquier otra forma arruinado, ni se tomará o emprenderá acción contra él, si no es por el juicio legal de sus pares y conforme a lex terrae”*.
- b) La Petición of Rights de 1628, dado que con este documento Carlos I confirmó las garantías reconocidas en la citada Carta Magna.
- c) Los Bill of Rights de 1689, documento que garantizó los derechos civiles en Inglaterra y que contiene las libertades reivindicadas por el Pueblo y reconocidas por el Rey, ya que postula: *“El pretendido poder de suspender*

¹⁵ No olvidemos que de acuerdo al artículo 1 del Código Civil, la persona humana es sujeto de derechos desde su nacimiento y que la vida humana comienza con la concepción.

¹⁶ Monroy Cabra, Marco Gerardo, obra citada, página 32.

las leyes, o la ejecución de las mismas, por especial autoridad del Rey y sin su consentimiento, es ilegal”.

Finalmente, la importancia del estudio de los derechos humanos radica en evitar (aunque es cierto, muchas veces con poca fortuna) los frecuentes atentados contra los mismos en los sistemas dictatoriales, la experiencia de la Segunda Guerra Mundial y el sinnúmero de ultrajes contra la dignidad de la personas, lo que evidencia que la cuestión del respeto a los derechos humanos es de excepcional importancia en nuestra época. Las monstruosidades de los regímenes nazi y fascista y la violación sistemática de los derechos humanos en diversos Estados, hace necesario reivindicar la dignidad de la persona humana y su finalidad trascendente. Desde luego que la defensa de los derechos humanos es tarea fundamental del Estado, pero subsidiariamente también le corresponde al Derecho, en su totalidad, resguardar el respeto de tales derechos.

3.3. JUSTIFICACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Según José Palomino Manchego y Eloy Espinosa Saldaña Barrera¹⁷ el problema de la fundamentación de los derechos humanos puede plantearse desde distintos marcos de referencia y en consecuencia puede desembocar en soluciones cualitativamente dispares.

Estos tratadistas señalan que la búsqueda de la fundamentación puede apuntar hacia la explicación de por qué los derechos humanos son un elemento crucial

¹⁷ Palomino Manchego, José, Espinosa Saldaña Barrera, Eloy, obra citada, página 33.

de las actuales estructuras jurídico-políticas, o puede orientarse hacia la demostración de por qué los derechos humanos deben ser un elemento básico de la ordenación jurídica de las relaciones sociales en el mundo actual. El punto crucial sobre la fundamentación de los derechos humanos se produjo cuando se reunieron en l'Aquila (Italia), entre los días 1 al 19 de setiembre de 1964, un equipo de expertos para discutir, en el Coloquio del Instituto Internacional de Filosofía, la posibilidad de la fundamentación, tocándole a Chaim Perelman plantear la posibilidad de la fundamentación de los derechos humanos, perfilándose, desde la filosofía, las grandes tendencias para su fundamentación, que siguiendo los postulados de Pérez Luño, son:

3.3.1. Fundamento objetivista

Que se expresa en dos aspectos. El primero referido a la ética material de los valores cuya fuente de inspiración es el movimiento fenomenológico, que surgió como un intento de superar el riguroso formalismo atribuido a la ley moral kantiana. Según este enfoque, el orden objetivo y jerárquico de valores no puede ser conocido a través de la razón, sino aprehendido por el sentimiento y la intuición de su evidencia. El segundo aspecto está referido al objetivismo ontológico cristiano, que nace con el propósito de recuperar el nexo entre el ser y el valor.

3.3.2. Fundamento subjetivista

Apunta a la reivindicación del primado de la libertad individual como fundamento de los valores ético-políticos. Es una suerte de salvación del ser

humano, del ser individual, dirigida según Kart Popper, a la defensa de la sociedad democrática, abierta y plural.

3.3.3. Fundamento intersubjetivista

Se empeña en concebir los derechos humanos como valores intrínsecamente comunicables, es decir, como categorías que por expresar necesidades históricas y sociales compartidas permiten suscitar un consenso generalizado sobre su justificación.

José Palomino Manchego también recoge otras corrientes de fundamentación, como son:

3.3.4. Fundamentación iusnaturalista

Consiste en la consideración de los derechos humanos como derechos naturales. El iusnaturalismo surge de las inquietudes de los primeros pensadores griegos: Pitágoras, Parménides y Heráclito. Los sofistas, por ejemplo, proclamaban que la libertad era una creación directa de la divinidad; por ello mismo, la naturaleza no había hecho a nadie esclavos. Pero fue en realidad Aristóteles, llamado el Padre del Derecho Natural, quien planteó más desagregadamente esa idea. La ley natural se origina en lo justo, por naturaleza, es universal e inmutable. La ley positiva nace de la voluntad del legislador y debe ser la expresión de la ley natural. Posteriormente el iusnaturalismo se hace presente en el pensamiento jurídico romano (Marco Aurelio, Cicerón, Ulpiano y Gayo) y en la filosofía cristiana. Esta última es muy importante porque será la fuente moderna del derecho natural.

Son seis, en distintos tiempos, los que fundan la Escuela Moderna del Derecho Natural: Francisco Suárez, Hugo Grocio, Bartolomé de las Casas, Thomas Hobbes, John Locke y Jhon Stuart Mill. Agrega José Palomino, siguiendo a Norberto Bobbio, que el iusnaturalismo es aquella corriente que admite la distinción entre el derecho natural y el derecho positivo, y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo.

En consecuencia:

- 1) El origen de los derechos naturales no es del derecho positivo, sino un tipo de orden jurídico distinto al derecho positivo: el orden jurídico natural.
- 2) Tanto el orden jurídico natural, como los derechos naturales de él deducidos, son expresión y participación de una naturaleza humana común y universal para los hombres.
- 3) Una última sustentación, quizás la más polémica de todas consiste en afirmar que *“los derechos humanos existen y los posee el sujeto independientemente de que se reconozcan o no por el derecho positivo”*. Esta tesis ha sido la que, a lo largo de la historia, ha caracterizado con mayor énfasis a la corriente iusnaturalista.

3.3.5. Fundamentación historicista

Considera a los derechos humanos como derechos históricos. Es bien sabido que el historicismo es, propiamente dicho, una escuela filosófica del derecho, llamada con más propiedad Escuela Histórica del Derecho. Su principal argumento puede ser definido en pocas palabras: a la razón – o al derecho natural – se opone la historia. Los derechos humanos manifiestan los derechos

variables y relativos a cada contexto histórico que tiene el hombre y se mantiene de acuerdo al desarrollo de la sociedad.

Las diferencias con la fundamentación iusnaturalista son claras:

- 1) En lugar de derechos naturales, universales y absolutos, se habla de derechos históricos, variables y relativos.
- 2) En lugar de hechos anteriores y superiores a la sociedad, se habla de derechos de origen social (en cuanto que son resultado de la evolución de la sociedad).

3.3.6. Fundamentación ética o axiológica

Considera a los derechos humanos como derechos morales. Esta fundamentación, aun en vías de clarificación y asentamiento, relaciona los derechos humanos con los valores de la dignidad humana y con los derechos llamados morales. Sostiene esta fundamentación, que el origen y fundamento de los derechos humanos nunca puede ser jurídico sino previo a lo jurídico.

Para esta fundamentación los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por lo tanto, como un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y el Derecho; derecho igual, obviamente basado en la propiedad común a todos ellos de ser considerados seres humanos, y derecho de igual humanidad independiente de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social.

3.4. DESPLIEGUE NORMATIVO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El concepto de derechos humanos entra en el marco del derecho constitucional y del derecho internacional, siendo el propósito de éstos el defender por medios institucionales los derechos de los seres humanos contra los abusos de poder cometidos por los órganos del Estado y, al propio tiempo, promover el establecimiento de condiciones de vida humanas y el desarrollo multidimensional de la personalidad del ser humano. Empero, la protección efectiva de los mismos empieza con su positivización.

Según Imre Szabo¹⁸, los orígenes de los derechos humanos respecto al derecho positivo se remontan a documentos aparecidos en siglos recientes. Desde este punto de vista – cuyos defensores son pocos en número, dado que la mayoría de los autores consideran a los derechos humanos como derechos naturales -, los mencionados derechos humanos son contratos establecidos por el Estado con la población y, principalmente, con la nobleza. Se considera que estos contratos preservan ciertos derechos del hombre al impedir que el Estado interfiera en el ejercicio de tales derechos. La fuerza legal de estos derechos se considera fundamentada (contrariamente a las ideas de la teoría contractual, basadas en la ley natural) en la voluntad del Estado o, mejor aún, en las circunstancias del periodo en su reconocimiento por el Rey.

En todo caso, con el reconocimiento internacional de estos derechos, los Estados tienen igual deber de respetarlos en sus propias legislaciones, con lo

¹⁸ Szabo, Imre, Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollo posteriores, Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos, Volumen I, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, página 41.

que se da inicio, normativamente, a la consideración de instrumentos legales idóneos para su protección.

Varios documentos o declaraciones contribuyeron a esta garantía internacional de los derechos humanos. Así, no sólo documentos preparados para la constitución de la Organización de las Naciones Unidas, sino otros que ya se referían al problema de los derechos humanos. El principal ejemplo al respecto fue la declaración del Presidente Roosevelt el 26 de enero de 1941 sobre “las cuatro libertades”: libertad de opinión y expresión, libertad de culto, derecho a ser liberado de la miseria y garantía de vivir sin amenazas.

Esta “prehistoria”, sin embargo, llegó finalmente a término con la Declaración de las Naciones Unidas del 1 de enero de 1942, que elevó los postulados de protección de los derechos humanos a nivel internacional.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES

4.1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

La expresión derechos fundamentales apunta a los atributos inherentes a la persona reconocidos y positivizados en una Constitución escrita, y cuyo enfoque es nacional o interno. Según señala José Palomino¹⁹, la acepción derechos fundamentales (droits fondamentaux) que se gesta en pleno movimiento político cultural en Francia hacia 1770, también se emplea para referirse a los derechos constitucionales. Añade que adquirió auge en Alemania en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, con el nombre de Grundrechte

¹⁹ Palomino Manchego, José, Espinoza Saldaña Barrera, Eloy, obra citada, página 52,

mediante el cual se articula el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico político. Por ejemplo la Constitución del Perú de 1993, lo primero que hace es enunciar la voz derechos fundamentales. Por tanto, derechos fundamentales o derechos constitucionales son los derechos humanos positivizados en el texto constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista, según señala Antonio E. Perez Luño²⁰, los términos derechos humanos y derechos fundamentales son utilizados muchas veces como sinónimos; sin embargo, no ha faltado tentativas doctrinales tendientes a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa de reservar el término “derechos fundamentales” para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la formula “derechos humanos” sería la más usual para denominar los derechos naturales positivizados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico – positivo.

4.2. LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO

²⁰ Perez Luño, Antonio, Los derechos fundamentales, en Teoría de los derechos humanos: problemas escogidos, Academia de la Magistratura, Lima, 2005, página 50.

En este punto, sigo los postulados de Antonio E. Perez Luño²¹, quien señala que el constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales.

Así, se da un estrecho nexo de interdependencia genético funcional, entre el Estado de Derecho (más propiamente el Estado Constitucional) y los derechos fundamentales, ya que el Estado Constitucional exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que estos exigen e implican para su realización al Estado Constitucional.

Los derechos fundamentales se presentan en la normatividad constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos, y al propio tiempo como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.

Señala Pérez Luño que en su significación axiológica objetiva, los derechos fundamentales representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de Derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática.

En la medida en que el Estado Liberal de Derecho ha evolucionado hacia formas de Estado Social de Derecho, los derechos han dinamizado su propia significación al añadir, a su función de garantía de libertades existentes, la descripción anticipadora del horizonte emancipatorio a alcanzar. Al propio

²¹ Perez Luño, Antonio, Los derechos fundamentales, en Teoría de los derechos humanos: problemas escogidos, Academia de la Magistratura, Lima, 2005, página 25.

tiempo los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir en un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos.

En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales determinan el estatus jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden por tanto a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder, sino también frente al poder de los demás miembros del cuerpo social.

Concebidos inicialmente como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado, se consideró que los derechos fundamentales no tenían razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares.

4.3. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Señala Antonio Perez Luño²² que los derechos fundamentales representan una de las decisiones básicas del constituyente a través de la cual los principales valores éticos y políticos de una comunidad alcanzan expresión jurídica. Precisa el mencionado autor que *“(...) esta peculiaridad de los derechos humanos incide en su interpretación y exige que su significado sea entendido unitariamente, es decir, como un sistema entre cuyos elementos no puede existir antítesis o contradicciones de orientación y sentido. Pero al propio tiempo, dicho sistema no forma un compartimento estanco dentro de la*

²² Perez Luño, Antonio, Derechos humanos, estado de derecho y constitución, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, página 310.

Constitución, sino que forma parte integrante del orden constitucional en su conjunto y se halla ligado orgánicamente a las restantes normas constitucionales. De otro lado, para cumplir sus funciones los derechos fundamentales están dotados de una especial fuerza expansiva, o sea, de una capacidad para proyectarse, a través de los consiguientes métodos y técnicas a la interpretación de todas las normas del ordenamiento jurídico”.

Consecuentemente, al interpretarse los derechos fundamentales, debe expandirse los alcances de los mismos al máximo, de modo tal que su contenido normativo se difumine lo más extensamente posible en el ordenamiento jurídico. Ello guarda concordancia con el principio pro hómine, que importa la exigencia de que toda labor de interpretación debe privilegiar la eficacia de los derechos fundamentales, en tanto reflejo de los derechos humanos, inherentes a toda persona, por el solo hecho de serlo.

Por ello, según señala Fernando Vidal Ramírez²³, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales han generado un serie de deberes para el Estado, todos ellos dirigidos a conseguir la plena vigencia de su contenido constitucionalmente reconocido, y uno de esos deberes – que duda cabe – es el de implementar mecanismos de defensa efectiva contra agresiones a los derechos fundamentales.

4.4. DESPLIEGUE NORMATIVO Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

²³ Vidal Ramírez, Fernando, El Tribunal Constitucional vs. El Jurado Nacional de Elecciones, Análisis del conflicto competencial derivado de la inconstitucionalidad de la Ley N° 28642, en Diálogo con la jurisprudencia, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 1997, página 76.

4.4.1. Estado Liberal de Derecho

El Estado Liberal de Derecho se institucionaliza de modo coherente por primera vez y con cierto carácter general tras la Revolución Francesa, como una reacción al poder despótico de los Reyes.

Señala Elías Díaz²⁴ que en la Edad Media la autoridad del monarca aparece así ilimitada moral y religiosamente por el estamento eclesiástico, social y fácticamente por el estamento nobiliario, no llegando en general al Pueblo sino ciertas lejanas repercusiones de esas limitaciones. Pero incluso a ese nivel minoritario de estamentos privilegiados, no existe una suficiente institucionalización jurídica de esas interrelaciones; no existe siquiera, podría decirse un “Estado nobiliario”.

Agrega que en esto la burguesía mostrará después poseer diferente criterio e institucionalizará jurídicamente el Estado por ella y para ella creado (el Estado Liberal), dando así lugar precisamente al Estado Liberal del Derecho. Por ello, la Revolución Francesa, revolución de la burguesía, marca el fin del antiguo régimen absolutista y el comienzo de la instauración de los regímenes liberales; sociológicamente significa el paso de una sociedad estamental a una sociedad clasista, y desde un punto de vista institucional jurídico, en ella se generaliza la fórmula de lo que después se llamaría Estado de Derecho. En efecto, el artículo 16 de la Declaración de 1789 establecía que *“La sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes*

²⁴ Díaz, Elías, Estado de derecho y sociedad democrática, Editorial Taurus, Madrid, 1981, página 25.

determinada carece de Constitución". Por ello, Díaz²⁵ señala que para la existencia del Estado de Derecho hacen falta dos requisitos: la garantía de los derechos fundamentales y la separación o división de los poderes, porque se trata del imperio de la ley positiva como base de toda la construcción, ley entendida en un sentido muy concreto como disposiciones emanadas de la Asamblea Nacional, primando así sobre todos los demás actos estatales (administrativos, judiciales y legislativos de inferior rango) que a ella deberá subordinarse.

En función a ello, Díaz²⁶ precisa que las características generales que corresponden, como exigencias básicas e indispensables a todo auténtico Estado de Derecho, pueden concretarse en las siguientes notas:

a) Imperio de la ley, como expresión de la voluntad general. En el Estado de Derecho la ley es la concretización racional de la voluntad popular, la ley ordinaria se conexas y subordina a la ley fundamental (la Constitución) y el control de constitucionalidad de las leyes asegura precisamente esa conexión subordinación. Todo Derecho positivo es Derecho, tanto el que procede de un Parlamento, democráticamente elegido, como el que deriva de la decisión personal de un dictador que se hace obedecer. Empero no todo imperio de la ley es Estado de Derecho, porque no hay tal si la ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de una asamblea popular libremente elegida.

b) División de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial. Significa esto que la creación de las leyes (función legislativa) corresponde al poder legislativo y

²⁵ Díaz, Elías, obra citada, página 28

²⁶ Díaz, Elías, obra citada, página 31.

que la aplicación de las leyes (funciones ejecutiva y judicial) corresponde bajo esas dos formas a los poderes ejecutivo y judicial. Así, según Díaz²⁷, el principio de la separación de poderes no debe entenderse en forma absoluta y rígida como si las diferentes funciones y poderes de un mismo Estado constituyesen compartimentos aislados, totalmente incomunicables entre sí, porque no se trata propiamente de una rígida separación, sino más bien, de una distribución o división de funciones y poderes, necesitada de una serie de relaciones, controles e intervenciones mutuas y recíprocas. Aparece aquí nuevamente la idea del control y la limitación del poder estatal: los tres poderes limitándose recíprocamente, nunca entorpeciendo innecesariamente, constituye una garantía frente al absolutismo y la dictadura.

c) Legalidad de la administración, actuación según ley y suficiente control judicial. Refiere Díaz²⁸, que el principio de legalidad de la administración puede enunciarse como exigencia de sometimiento de la administración a la ley. Quiere ello decir, que la administración, en su actuación, deberá siempre respetar esa primacía de la ley, ajustando a ella su modo de proceder; esto constituye el marco y el fundamento en que actúa la administración.

El principio de legalidad de la administración, la sumisión de esta a la ley, se manifiesta sobre todo a través de un sistema de control y responsabilidad de la administración, sistema que asegure el comportamiento de ésta conforme a Derecho y que sirva de garantía para la seguridad de los particulares. Se trata del establecimiento de un control jurisdiccional contra las posibles infracciones

²⁷ Díaz, Elías, obra citada, página 33.

²⁸ Díaz, Elías, obra citada, página 36.

legales llevadas a cabo por los órganos de la administración: es el llamado “régimen jurídico de la administración”, o “sistema de justicia administrativa”.

d) Derechos y libertades fundamentales, garantía jurídico formal y efectiva realización material. Resalta Díaz²⁹, que puede muy bien afirmarse que el objetivo de todo Estado de Derecho y de sus instituciones básicas se centra en la pretensión de lograr una suficiente garantía y seguridad para los llamados derechos fundamentales de la persona humana, exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho. El establecimiento jurídico – constitucional de los derechos fundamentales aparece, en efecto, como eje de todo Estado de Derecho.

4.4.2. El Estado Constitucional de Derecho

Según Luis Prieto Sanchis³⁰, el Estado Constitucional de Derecho presenta la mejor o más justa forma de organización política, señala que el tipo de Estado de Derecho, es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: una primera que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico.

²⁹ Díaz, Elías, obra citada, página 38.

³⁰ Prieto Sanchis, Luis, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra Editores, Lima, 2002, página 110.

Agrega Luis Prieto que en líneas generales esta es la tradición norteamericana originaria, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional, dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más “neutro” de los poderes, a aquel que debe y mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al Poder Judicial.

La idea del poder constituyente del pueblo se traduce aquí en una limitación del poder político y, en especial, del más amenazador de los poderes, el legislativo, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no puede traspasar en ningún momento. En este esquema, señala Prieto, es verdad que el constitucionalismo se resuelve en judicialismo, pero se trata, en principio, de un judicialismo estrictamente limitado a vigilar el respeto hacia las reglas básicas de la organización política.

La segunda tradición, en cambio concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado, si puede decirse así, en esta segunda tradición la Constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado en la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales.

Señala Claudia del Pozo³¹ que en el Estado Liberal, era impensable que la Administración pudiera efectuar un control de constitucionalidad de las disposiciones normativas, ya que por un lado, en la pirámide de producción normativa, era el Parlamento quien tenía preeminencia frente a la Administración, y por otro lado, el moderno sistema de derechos fundamentales no existía, por lo que los derechos públicos subjetivos se encontraban regulados por ley, perdiendo el carácter vinculante que tienen hoy en día, frente a los particulares y el poder estatal.

Agrega Claudia del Pozo que la sociedad requería de un orden político jurídico que, a través del establecimiento de reglas claras y garantistas de los derechos, conforme un modelo político centrado en la defensa de la persona humana y de sus derechos, y que en tal contexto se empieza a desarrollar el denominado Estado Constitucional de Derecho. En esta nueva forma de organización reparto del poder estatal, lo que se procura es que el individuo constituya el centro del ordenamiento y no su objeto.

Por ello, citando a Peter Háberle³², señala que este nuevo orden político, se distingue de las anteriores formas de organización estatal por su ordenamiento jurídico que opera como ordenamiento marco, estableciendo contenidos – tales como la dignidad de la persona humana – y procedimientos – tales como el reconocimiento de la democracia como consecuencia organizativa de la dignidad de la persona, división de poderes, sistema pluripartidista, entre otros.

³¹ Del Pozo, Claudia, control difuso y procedimiento administrativo, Palestra Editores, Lima, 2005, página 63.

³² Del Pozo, Claudia, obra citada, página 64.

Añade Claudia del Pozo³³ que no nos encontramos frente a organizaciones estatales que “otorgan” derechos a los ciudadanos, y que por tanto pueden ser retirados por el mismo Estado que los otorgó; por el contrario se considera que la libertad del ser humano es ilimitada en principio, mientras que la libertad del Estado es limitada en principio. Por ello - señala – es aquí donde la legalidad puede devenir en insuficiente como mecanismos de protección de los derechos fundamentales, dado que su validez y eficacia ya no dependen más de la norma legal, sino que se reconoce su carácter de derechos inherentes al ser humano y, en tanto tales, exigibles frente al Estado y los particulares.

Como consecuencia de lo puntualizado – resalta Claudia del Pozo – la noción de Constitución en el marco del Estado Constitucional de Derecho, implica una revisión de las bases formalistas en que esta surgió. La Constitución no es solo una “norma jurídica estatal”, que impone deberes, derechos y obligaciones; sino que constituye el marco de valores y principios en el que la sociedad desea vivir y que regula el ordenamiento del poder en general.

5. LA CONSTITUCIÓN Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

5.1. LA CONSTITUCIÓN

5.1.1. Definición y finalidad

³³ Del Pozo, Claudia, obra citada, página 68.

Siguiendo a Eloy Espinosa-Saldaña Barrera³⁴, cuando se habla de Constitución se está haciendo referencia a una norma o conjunto de normas, producto de la labor del Poder Constituyente (expresión de la voluntad ciudadana de darse reglas de juego permanente y de ineludible cumplimiento dentro de un estado determinado), destinada a encuadrar dentro de parámetros jurídicos el ejercicio del poder en general, y del poder político en particular, en una sociedad determinada. Esta limitación del ejercicio del poder político se sustenta en la necesidad de asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales. Por tanto la Constitución no sólo es una norma que regula la estructura organizativa interna de un estado, sino también una norma que asegura al ciudadano protección contra el ejercicio indebido del poder, al garantizar materialmente la efectividad de los derechos fundamentales.

5.1.2. Interpretación de la norma constitucional

Según Luis Manuel Sánchez Fernández³⁵, la interpretación es una actividad hermenéutica, dirigida a comprender el significado general de las cosas. Por esta razón Wróblesky – precisa Luis Manuel Sánchez – señala que es conveniente distinguir al menos los niveles *sensu largísimo* (comprensión de cualquier texto cultural), *sensu largo* (comprensión de cualquier signo lingüístico), y *sensu estricto* (determinación de un significado lingüístico cuando existan dudas respecto a este significado), en la interpretación.

³⁴ Espinoza-Saldaña Barrera, Eloy, Derechos constitucionales y derechos humanos, Módulo II, Academia de la Magistratura-Profa, Lima, 2005, página 2.

³⁵ Sánchez Fernández, Luis Manuel, Cuaderno de argumentación jurídica, Comunicación y Publicidad, Arequipa, 2000, página 25.

En el campo de la interpretación jurídica este último sentido es el que puede resultar más apropiado. Por ello, se puede sostener, siguiendo a Wróblesky, que interpretar es determinar el sentido de una norma cuando existen dudas referentes a éste.

Agrega Luis Manuel Sánchez, que la dificultad que se presenta en las operaciones de interpretación es que el vocablo “determinar” no dice mucho respecto al modo en que ha de procederse para hacer la “determinación”. Si esto debe hacerse prioritariamente a partir de los “materiales objetivos” contenidos en la norma, o si le es permitido al interprete – al jurista en este caso – una interpretación mas o menos dependiente de sus creencias subjetivas.

Esto explica, dice Sánchez, que los diversos autores no siempre están de acuerdo respecto a cuál sea el verbo más adecuado para expresar lo que se hace en las actividades interpretativas. Algunos hablan de “desentrañar” (Aftalión), “buscar” (García B.), “averiguar” (Guastini); lo que sin duda tiene una connotación un tanto objetiva de la interpretación. Otros hablan de “asignar” (García B), “atribuir” (Martínez y Fernández), o incluso “elegir” (Aarnio), lo que desde luego tiene una connotación subjetiva.

Por ello, concluye Sánchez, que en el acto de interpretación normativa es imposible lograr una separación estricta entre componentes objetivos y subjetivos, por lo cual los verbos “construir” (Dworkin), “reconstrir” o “reformular” (Frosini), expresan mejor lo que se hace durante las operaciones de interpretación.

Sin embargo, si bien en los procesos de interpretación hay una inseparabilidad de referentes semánticos objetivos y subjetivos, *“la regla de operación que guía las operaciones del intérprete jurídico es la de ‘explicar’ o ‘descubrir’ el contenido semántico de la norma despejando toda duda subjetiva. Por tanto puede establecerse que en la norma jurídica al decisor no le está permitido, en principio, efectuar una interpretación librada a sus creencias. Su punto de partida será siempre el contexto objetivo, actual o pasado, en el que opera la norma. Con estos argumentos, podemos pensar que las operaciones de interpretación en sentido estricto, juegan principalmente en un contexto de descubrimiento, en la medida en que permiten explicar la manera en la que el decisor llega a establecer el significado de la norma. Sin embargo, una decisión fundada en razones interpretativas puede no estar de por sí justificada, por lo que hará falta también evaluarla en un contexto de justificación, y expresar porque razones el decisor se vale de esa interpretación y no de otra³⁶”*.

5.1.3. ¿Cómo debe interpretarse la Constitución?

Siguiendo a Francisco Javier Díaz Revorio³⁷, hay que destacar las notas peculiares que caracterizan al texto constitucional, ya que en buena medida las especialidades de la interpretación constitucional derivan de su objeto. Así, la Constitución posee una estructura normativa diferente a la ley, ya que a diferencia de ésta, la Constitución es una norma única, que no es expresión de regularidad alguna en los comportamientos sociales, y cuya estructura no supone habitualmente la tipificación de una conducta para anudarle

³⁶ Sánchez Fernández, Luis Manuel, obra citada, página 26.

³⁷ Díaz Revorio, Francisco Javier, La constitución abierta y su interpretación, Palestra Editores, Lima, 2004, página 238.

determinadas consecuencias jurídicas. En general la Constitución es más bien el cauce, el marco, el límite a la actuación de particulares y poderes públicos, y en especial al legislador.

Pero ello no significa, según Díaz Revorio, que los métodos de interpretación legal no sean útiles en la interpretación constitucional, porque de hecho todos ellos han sido empleados por el Tribunal Constitucional, si bien ha de advertirse que los mismos presentan sus propias peculiaridades cuando se utilizan para interpretar la norma fundamental, de manera que no actúan en este caso de idéntica forma a como lo hacen en general en la interpretación de normas infraconstitucionales. Pero de otro lado, se muestran insuficientes en esta labor, de manera que han de ser completados con otros criterios o elementos propios de la interpretación constitucional. La conjunción de todos ellos constituye lo que en sentido amplio puede denominarse “método de la interpretación constitucional”.

Ahora señalaré los criterios de interpretación constitucional, según Díaz Revorio³⁸.

Criterio gramatical. Se basa en el sentido propio de las palabras, esto es, en la dicción literal del texto, y es un imprescindible punto de partida de toda interpretación jurídica, y por tanto también en la interpretación constitucional. En aquellos supuestos en que la dicción literal es clara y terminante, la interpretación gramatical es el método más fiable, y el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que *“una interpretación que conduzca a un resultado distinto de la literalidad del texto sólo puede pensarse cuando existe*

³⁸ Díaz Revorio, Francisco Javier, obra citada, página 244.

ambigüedad o cuando la ambigüedad puede derivar de conexión o coherencia sistemática entre preceptos constitucionales”. Sin embargo, el criterio literal es insuficiente en la labor interpretativa, y sólo en contados casos puede resultar decisivo.

Criterio sistemático. Este elemento posee una gran importancia en la interpretación constitucional. Señala Díaz que en realidad este criterio, entendido en sentido amplio, engloba tres argumentos: a) el argumento a coherencia, según el cual los enunciados legales han de interpretarse teniendo en cuenta que no puedan expresar normas incompatibles; b) el argumento *sedes materiae*, por el que se atribuye un significado normativo a un precepto dudoso teniendo en cuenta el lugar que ocupa en el texto normativo del que forma parte; y c) el argumento sistemático en sentido estricto, que atribuye un significado normativo a un enunciado teniendo en cuenta otros preceptos o normas, esto es, al contexto jurídico en el que se ubica la norma.

Los antecedentes históricos y legislativos. En el caso de la norma fundamental, están referidos a los precedentes constitucionales y los debates parlamentarios que dieron origen a su aprobación.

Interpretación teleológica. Es la que busca el significado de un precepto de acuerdo con su finalidad, y posee también relevancia a la hora de interpretar el texto constitucional. Sin perjuicio de que cada precepto constitucional puede tener su finalidad, hay que destacar que existe un sistema constitucional de valores y principios del ordenamiento. Y alguno de los criterios más utilizados en la interpretación constitucional como el de la interpretación más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, posee un fundamento teleológico,

pues implica en definitiva la interpretación de las normas de forma acorde con la finalidad derivada de los preceptos constitucionales, que son los valores y fines del sistema constitucional.

La interpretación evolutiva. Es la relativa a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicada. Este elemento posee indudable utilidad en la interpretación constitucional, dado que la Constitución ha de tener una indudable vocación de permanencia y estabilidad, como norma fundamental y suprema de un sistema político social, y esta permanencia no sería posible si la interpretación de la misma no se realizase teniendo en cuenta la realidad social en que ha de ser aplicada. Por ello se ha destacado la importancia de una interpretación evolutiva del texto constitucional que lo vaya adecuando a las cambiantes circunstancias sociales, políticas, económicas.

Señala Rafael De Asís Roig³⁹ que existen diferentes concepciones sobre la interpretación jurídica, destacando las que denomina la cognitiva y la escéptica. La concepción cognitiva de la interpretación considera que interpretar es descubrir el significado de un precepto, esto es, verificar el significado de un texto; por su parte, por la concepción escéptica, interpretar es decidir el significado, esto es atribuir significado a un texto. Detrás de estas concepciones está una discusión clásica en el mundo jurídico: la polémica entre razón y voluntad a la hora de plantearse un concepto de Derecho.

Sin embargo, añade Rafael De Asís Roig⁴⁰, que la decisión interpretativa válida es la que se ajusta a los requisitos que un ordenamiento jurídico establece. En

³⁹ De Asís Roig, Rafael, La interpretación de la Constitución, sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su interprete, en Palestra del Tribunal Constitucional, Palestra Editores, Lima, 2007, página 741.

⁴⁰ De Asís Roig, Rafael, obra citada, página 749.

este punto conviene ser concientes que en los ordenamientos jurídicos con derechos suele hablarse de dos tipos de criterios de validez, el formal y el material, a través de los cuales es posible referirse al sistema jurídico como mixto. El criterio formal se refiere a la competencia del órgano, en este caso del interprete y al procedimiento que sigue; el criterio material hace referencia a la concordancia del contenido, en este caso a la concordancia del contenido de la interpretación, con los contenidos de las normas superiores y en definitiva con los contenidos de la norma constitucionales.

5.1.4. Principios de interpretación constitucional

En función al criterio material de la interpretación – que es el que me interesa para los efectos de este trabajo – el Tribunal Constitucional⁴¹ ha establecido los principios de interpretación constitucional, señalando que reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo –subsunción del hecho– consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:

⁴¹ Véase el fundamento jurídico N° 12 de la sentencia emitida en el expediente N° 5854-2005-PA/TC, en Explorador Jurisprudencial 2007-2006, Gaceta Jurídica Editores.

5.1.4.1. El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

5.1.4.2. El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 de la Constitución).

5.1.4.3. El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

5.1.4.4. El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar,

pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad.

5.1.4.5. El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, al Tribunal Constitucional) y a la sociedad en su conjunto.

5.1.5. Eficacia del contenido normativo de la Constitución

Según Eduardo García de Enterría y Tomás – Ramón y Fernández⁴², la Constitución configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra parte, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. En todos estos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del Pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del Poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos.

Citando a Kaegi, García de Enterría señala que lo fundamentalmente nuevo del Estado Constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la fuerza vinculante bilateral de la norma, esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, y la fundamentalmente igual vinculación de

⁴² García de Enterría, Eduardo, Tomás-Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo I, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1984, página 97.

todas las autoridades y de todos los ciudadanos, en contraposición a toda forma de Estado de privilegios de viejo y nuevo cuño.

Pero la Constitución, agrega García de Enterría, no es solo una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*, por varias razones. Primero, porque la constitución define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que solo por dictarse conforme a la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una ley será válida o un reglamento vinculante; en este sentido es la primera de las normas de producción, *la norma normarum*, la fuente de las fuentes. Segundo, porque en la medida que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración estable, lo que parece asegurarle una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitadas a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido.

Esta idea determinó primero, la distinción entre un poder constituyente, que es de quien surge la Constitución, y los poderes constituidos por éste, de los que emanan todas las normas ordinarias. De aquí se dedujo inicialmente la llamada “rigidez” de la norma constitucional que le asegura una llamada “superlegalidad formal” que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios.

Pero la idea llevará también, dice García de Enterría, al reconocimiento de una “superlegalidad material” que asegura a la Constitución una preeminencia

jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la misma Constitución, obra del superior poder constituyente. Estas demás normas solo serán válidas si no contradicen, no ya solo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y limitaciones del poder que en la Constitución se expresa. En un plano formal puede decirse que la superlegalidad material garantiza, en último extremo, la superlegalidad formal o rigidez de la Constitución, al imponer que toda decisión normativa que implique salirse del marco constitucional tenga que ir precedida, bajo pena de nulidad, de una reforma constitucional acordada por sus propios cauces.

La Corte Suprema de Justicia de la República⁴³ reconoce tales postulados, y en función a ello ha señalado: “(...) Hoy en día los jueces no solo están sometidos a la ley, como en el primigenio Estado Liberal de Derecho, sino, y con mayor intensidad, a la Constitución, dada la plena virtualidad jurídica de esta última, su eficacia vinculante frente a los particulares y a todos los poderes públicos, (...), lo que conlleva la observancia de la Constitución como norma jurídica, con pleno valor vinculante (...)”; por tanto, la máxima instancia judicial de nuestro país, reconoce el valor vinculante de la Constitución como norma. **Ahora bien, si bien es cierto que el precepto antes glosado está dirigido a los magistrados, imponiéndoles el imperativo de aplicar la consulta de inconstitucionalidad, no es menos cierto que la ratio legis de tal precepto – el valor vinculante de la norma constitucional – es aplicable, *mutatis mutandi*, al tema objeto de esta tesis, esto es, que los administradores de**

⁴³ En el Oficio Circular N° 021-2007-SG-CS-PJ, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 13 de febrero de 2007, concretamente en el segundo considerando y en la parte resolutive.

todos los niveles, no solo los integrantes de órganos colegiados, están vinculados por la norma constitucional.

El Tribunal Constitucional⁴⁴ también se ha pronunciado en tal sentido, y refiriéndose a la Constitución como norma jurídica, ha señalado que el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, eso es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad e su conjunto.

Se señala en la mencionada sentencia que ello significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso – de la mano del principio jurídico de soberanía popular – al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución, y por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.

⁴⁴ Véase el fundamento jurídico N° 3 de la sentencia recaída en el expediente N° 5854-2005-PA/TC, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 10 de noviembre de 2005.

José Rivera Santibáñez⁴⁵ puntualiza que la Constitución constituye la ley fundamental de todo ordenamiento jurídico, tal como lo afirma el Tribunal Constitucional de España en su sentencia N° STC-9/1981, la misma que reproduce en parte: *“La constitución es una norma jurídica; pero una norma cualitativamente distinta, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico”*.

En tal línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional en forma reiterada se ha pronunciado sobre la supremacía de la Constitución como norma⁴⁶, al señalar, que: *“(…) La Constitución en la medida que contiene normas jurídicas, es fuente del Derecho (...). El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente del Derecho y como fuente de fuentes (...)”*.

Asimismo, el Tribunal Constitucional no sólo se ha referido a Constitución como norma jurídica sino que lo ha hecho desde una perspectiva objetivo estructural y subjetivo institucional. Así, en la misma sentencia⁴⁷, ha señalado: *“La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38 y 45). Consecuentemente es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los*

⁴⁵ Rivera Santivañez, José A., Supremacía Constitucional y Sistema de Control de Constitucional, en Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, Juristas Editores, segunda edición, Lima, 2004, página 49.

⁴⁶ Véase el fundamento jurídico N° 9 de la sentencia emitida en el expediente N° 047-2004-AI/TC, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 13 de mayo de 2006.

⁴⁷ Véase el mismo fundamento jurídico.

derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana”.

5.2. PRINCIPIOS APLICABLES AL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES Y NORMAS DE MENOR JERARQUÍA

5.2.1. Principio de supremacía constitucional

Sostiene el magistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia José Rivera Santiváñez⁴⁸, que el principio de supremacía constitucional significa que el orden jurídico y político del Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados. En ese sentido, la Constitución es la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico, por lo que las disposiciones legales ordinarias, al derivarse de ella, no pueden contradecirla ni desconocer los valores, principios, derechos y garantías que ella consagra. De manera que cualquier norma de menor jerarquía que sea contraria a la Constitución es nula y debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

Agrega José Rivera Santiváñez⁴⁹ que la supremacía de la Constitución puede ser enfocada desde dos puntos de vista: partiendo de su propio contenido, lo que implica una supremacía material; y del procedimiento de su elaboración, lo que implica la supremacía formal.

⁴⁸ Rivera Santiváñez, José, *Supremacía constitucional y sistemas de control de la constitucionalidad*, en *Derecho Procesal Constitucional*, Jurista Editores S.A., Lima, 203, página 49.

⁴⁹ Rivera Santiváñez, José, obra citada, página 51.

La supremacía material resulta del hecho que la Constitución organiza las competencias de los órganos del poder político, por lo que es superior a los individuos que están investidos de esas competencias, es decir, los gobernantes. En consecuencia – señala – la supremacía material asegura para todas las personas un refuerzo de la legalidad, ya que no sólo las leyes contrarias a la Constitución serán consideradas nulas y desprovistas de valor jurídico, sino también todo acto contrario a ella, inclusive en el caso que ese acto emane de los gobernantes.

La supremacía formal de la Constitución se deriva de su carácter de rigidez, es decir, del hecho de que es fruto de la voluntad suprema, extraordinaria y directa que es el poder constituyente, que expresa esa voluntad mediante procedimientos especiales, distintos a los de la ley ordinaria; por lo que para modificar esas normas, se requiere igualmente de procedimientos especiales. De ahí que, cuando se trata de disposiciones cuyo contenido no sea propiamente de naturaleza constitucional, pero que por su particular importancia el constituyente ha considerado oportuno elevar a esa categoría, introduciéndolas en el texto de una Constitución, éstas, al igual que las demás, tendrán supremacía sobre cualquier otra norma no constitucional.

5.2.2. La jerarquía normativa

Resalta José Rivera Santibáñez⁵⁰ que el principio de supremacía de la Constitución supone la concurrencia del principio de jerarquía normativa, pues, citando a Bidart Campos, la supremacía constitucional supone gradación

⁵⁰ Rivera Santibáñez, obra citada, página 51.

jerárquica del orden jurídico derivado, que se escalona en planos descendentes, los más altos subordinan a los inferiores, y todo el conjunto se debe subordinar a la Constitución.

Señala tal autor que el principio de jerarquía normativa consiste en que la estructura jurídica de un Estado se base en criterios de niveles jerárquicos que se establecen en función a sus órganos emisores, su importancia y el sentido funcional. Significa que se constituye una pirámide jurídica en la que el primer lugar o cima lo ocupa la Constitución, como principio y fundamento de las demás normas jurídicas, y, citando a Francisco Fernández Segado, refiere que implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango, y citando a Hans Kelsen precisa que *“la norma que determina la creación de otra es superior a ésta; la creada con tal regulación, es inferior a la primera”*.

El Tribunal Constitucional ha establecido⁵¹, a propósito del principio de jerarquía, que la Constitución contiene un conjunto de normas supremas porque estas irradian y esparcen los principios y valores contenidos a todas las demás pautas jurídicas restantes. El principio de jerarquía implica el sometimiento de los poderes públicos, y también de los particulares, a la Constitución y al resto de normas jurídicas; consecuentemente, siguiendo a Requena Lopez, el Tribunal Constitucional establece que es la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consistente en hacer

⁵¹ En la sentencia recaída en el expediente N° 047-2004-AI/TC, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 13 de mayo de 2006.

depender la validez de unas sobre otras. Así, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquélla.

Con referencia a este principio estructurado del sistema, el artículo 51 de la Constitución⁵² dispone que: *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicación es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”*.

En ese sentido el referido artículo afirma el principio de supremacía constitucional que supone una normatividad supra – la Constitución – encargada de consignar la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento legal. Así, la Constitución es una especie de super ley, de *norma normarum* que ocupa el vértice de la pirámide normativa, dado que el mundo del Derecho empieza en la Constitución, no existe ni puede existir una voluntad superior a la Constitución.

En la misma sentencia⁵³, el Tribunal Constitucional señala que el principio de jerarquía normativa puede ser comprendido desde dos perspectivas:

5.2.2.1. La jerarquía basada en la cadena de validez de las normas

Al respecto, siguiendo a Requena López, el Tribunal Constitucional señala que el principio de jerarquía hace depender la validez de una norma sobre otra. Por ende, dicha validez se debe entender como la conformidad de una norma con referencia de otra u otras que sean jerárquicamente superiores.

Agrega el Tribunal Constitucional, que el orden jurídico es un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se

⁵² Constitución Política de 1993.

⁵³ Considerando 56 de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 047-2004-AI/TC.

encuentran interconectadas por su origen, es decir, que una normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas, señalando que con ello se postula una prelación normativa con arreglo a la cual, las normas se diversifican en una pluralidad de categorías que se escalonan en consideración a su rango jerárquico. Dicha estructuración se debe a un escalonamiento sucesivo tanto en la producción como en la aplicación de las normas jurídicas. Esta jerarquía se fundamenta en el principio de subordinación escalonada.

5.2.2.2. La jerarquía basada en la fuerza jurídica distinta de las normas

Al respecto el Tribunal Constitucional precisa que la fuerza o eficiencia de una fuente puede definirse como su capacidad para incidir en el ordenamiento, creando derecho objetivo o modificando el existente, su potencialidad frente a las otras normas.

Asimismo señala que mediante el concepto de fuerza jurídica atribuible a cada forma normativa se establece una ordenación jerárquica del sistema de fondo, según la cual las relaciones entre las fuentes se desarrollan conforme a dos reglas básicas:

- 1) En virtud de su fuerza activa, una fuente puede modificar: a) cualquier disposición o norma de fuerza inferior a la suya, b) cualquier disposición o norma de su misma fuerza.
- 2) En virtud de su fuerza pasiva, ninguna disposición o norma puede ser modificada por una fuente de fuerza inferior.

5.2.3. La plenitud jurídica

En la misma sentencia⁵⁴ el Tribunal Constitucional señala que la plenitud jurídica significa que todo hecho de implicancia intersubjetiva se encuentra sometido al ordenamiento jurídico, aun cuando no haya alcanzado regulación preceptiva.

Dicha expresión hace referencia a una propiedad consustancial del ordenamiento jurídico para resolver cualquier conflicto que se le plantee. Se trata de aquella capacidad definitiva de dar respuesta a las controversias, aunque no todas tengan la respuesta expresamente regulada en una norma jurídica.

El ordenamiento es completo en el sentido que el Estado garantiza que todo conflicto de intereses que se presente tendrá una solución, aunque para ello se tenga que razonar a base de elementos ajenos al derecho positivo.

En puridad significa que todo ordenamiento debe considerarse hermético y completo, esto es, sin vacíos, por lo que estos sólo existen como lagunas normativas, las cuales deberán ser cubiertas.

La Corte Suprema de Justicia⁵⁵ también se ha pronunciado reiteradamente en tal sentido, y en razón a ello ha establecido – por ejemplo- *“(...) el ordenamiento jurídico constituye un todo ideal y unitario, por ello el juzgador al momento de resolver la controversia sometida a su conocimiento debe asegurarse de aplicar la norma jurídica que resulte pertinente al caso concreto, luego de haberla armonizado orgánica y lógicamente al caso concreto”*.

⁵⁴ Numeral 66 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 047-2004-AI/TC.

⁵⁵ Tercer considerando de la sentencia emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, en el expediente de casación N° 011-2005-PUNO.

5.2.4. Reglas de aseguramiento de la plenitud jurídica

El Tribunal Constitucional señala⁵⁶ que la plenitud del orden jurídico se asegura mediante la utilización sucesiva y por descarte de los cuatro procedimientos siguientes:

5.2.4.1. Aplicación de las reglas de enlace. El orden jurídico se asienta en una pluralidad de normas acopladas y empalmadas entre si, que permiten regular creativamente, por inducción o deducción, cualquier situación, hecho o acontecimiento de relevancia jurídica.

5.2.4.2. Aplicación de las reglas de exclusión. Cuando una norma ordena un comportamiento determinado, los demás fijados en dicha regulación se adscriben a la determinación de una consecuencia jurídica por la vía de la exclusión. Es decir, los casos no comprendidos por la norma se rigen por la asignación de deberes o derechos basados en la exención que esta prevé. La regla de exención se formula bajo el principio de que *“nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*, el cual se encuentra contemplada en el apartado a) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución. Esta regla se aplica única y exclusivamente para los ciudadanos, mas no opera para los funcionarios públicos.

⁵⁶ Numeral 67 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 047-2004-AI/TC.

5.2.4.3. Aplicación de la regla de competencia circunscrita. Los funcionarios públicos con poder de decisión sólo pueden hacer aquello que concreta y específicamente les ha sido asignado como competencia funcional en el marco de una norma jurídica. Por ende aquello regulado fuera de su marco escapa de su ámbito de acción.

5.2.4.4. Aplicación de los modos de integración. Estos modos señalan las reglas que sirven de última fuente de solución para cubrir o llenar las lagunas normativas. Así en defecto de la aplicación de las reglas de enlace y exclusión aparecen los principios generales del derecho, la analogía y la equidad, como fontana técnica de terminación del problema derivado de un defecto o deficiencia normativa. Cabe admitir que los problemas de coherencia de un sistema jurídico son consecuencia del exceso de normas; en tanto que los problemas de cuestionamiento de su plenitud son resultantes del defecto o la deficiencia de normas.

5.3. SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Sobre la base del reconocimiento del principio de supremacía constitucional, se puede afirmar que todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional debería estar cubierto por el manto de legitimidad constitucional, ya que su fuente de inspiración es y será la Constitución, no pudiendo desnaturalizarla ni contravenirla. Es por ello que se presume *iuris tantum* que toda norma legal es constitucional, salvo que medie prueba en contrario, lo que implica que el Derecho Constitucional moderno realiza una defensa del principio in dubio pro

legislature, ya que aquella persona que alega la inconstitucionalidad de una norma le corresponde la carga de la prueba y que ante la falta de elementos suficientes para contrastarlas se utiliza la presunción, como forma de salir del impasse

Pero si bien toda norma goza de una incuestionable presunción de legitimidad constitucional, es evidente que ello no significa - *per se* - el negar de plano la posibilidad de eventuales excesos de los legisladores al emitir normas que contravengan por el fondo o por la forma la Constitución, lo que debilita a todo Estado Constitucional y Democrático; sin embargo, existen mecanismos jurídicos de controles de constitucionalidad, los que tienden a restablecer y eliminar dicho debilitamiento.

Estos mecanismos jurisdiccionales de control de constitucionalidad, constituyen operaciones de verificación, que conducen normalmente a la anulación o la no aplicación de la ley cuando es contraria a una disposición constitucional; es por ello que la misma norma fundamental, organiza y determina las funciones de los órganos que pertenecen al poder público, competentes para aplicar dichos mecanismos de control, no siendo posible que dichos órganos asignados para dicha función deleguen su ejercicio a otros o lo peor aún que otros órganos se arroguen dicha facultad.

Es en ese orden de ideas que nuestro sistema jurídico ha aprehendido, al igual que otros países latinoamericanos, del Derecho Constitucional Comparado la aplicación de dos mecanismos de control clásico, los cuales conviven mutuamente, constituyendo un modelo “dual”; estos son: (i) el denominado control concentrado, la que ostenta el Tribunal Constitucional a través del

proceso de inconstitucionalidad; y (ii) el control difuso o americano de jurisdicción constitucional, el cual señala que los jueces tienen la potestad de aplicar, en un proceso judicial concreto, la Constitución si es una norma de rango menor es incompatible con ella.

Mauro Cappelletti⁵⁷, precisa que el control difuso es un poder - deber de todos los jueces de desaplicar normas inconstitucionales que en principio son aplicables a casos concretos que les corresponda conocer y decidir, y aplicar preferentemente la Constitución.

En función a lo precedentemente señalado se ha sostenido que el control difuso de la constitucionalidad es ejercido por los jueces, en un caso concreto, donde les corresponde conocer y decidir si la norma que en principio debe aplicar a ese caso concreto colisiona con una norma o principio constitucional (test de constitucionalidad), y de ser así, debe inaplicar la norma legal en referencia y aplicar, en su lugar, la norma o principio constitucional.

De este modo, se establece que entre las características de este modelo de control constitucional están: (i) es difuso o disperso, pues todo juez, indistintamente de su grado o jerarquía es competente para inaplicar en un caso concreto la totalidad o parte de una ley; (ii) es control concreto, dado que la validez de la norma se analiza a partir de un caso específico; (iii) es de carácter incidental, debido a que su pronunciamiento constitucional solo es posible a partir de la existencia previa ante el órgano jurisdiccional de una litis o cuestión prejudicial, es decir que no es el objeto central de la controversia; (iv) tiene efectos interpartes, ya que la consecuencia de la inaplicación solo

⁵⁷ Capelleti, Mauro, El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, México 1996, página 39.

vincula a las partes en conflicto, a los que participan en el proceso judicial dentro del cual se constató la invalidez de la norma; y (v) es declarativo (extunc), donde su aplicación en el tiempo tiene una eficacia retroactiva, debido a que la norma se entiende nula, como si no hubiese existido.

En el Perú, se entendió inicialmente que sólo el Poder Judicial podía hacer control difuso, y excepcionalmente otros organismos jurisdiccionales, como son: el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones; afirmación que se desprende de la lectura de los artículos 138, 181 y 202 inciso 2 de nuestra Carta Magna. El propio Tribunal Constitucional – inicialmente- se ha pronunciado al respecto en las sentencias recaídas en el expedientes N°s 007-2001-AI/TC y 0499-2002.AA/TC, precisando que la atribución de declarar inaplicables las normas jurídicas solo se encuentra reservada para aquellos órganos que ejercen funciones jurisdiccionales: Poder Judicial, Jurado Nacional de Elecciones y Tribunal Constitucional, y no para otros órganos de naturaleza o competencia eminentemente administrativa.

Sin embargo, tal panorama ha cambiado radicalmente con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el expediente N° 3741-2004-AA/TC-Lima⁵⁸, aclarado por la resolución del 13 de octubre de 2006.

Sobre el mismo tema sostiene Omar Gairo Roldán⁵⁹ que el respeto de los derechos de la persona es un elemento esencial del sistema constitucional. Por eso, además de distribuir el ejercicio de las funciones políticas entre distintos órganos, las constituciones contienen elementos de control dirigidos a la protección de estos derechos, siendo los más importantes aquellos que forman

⁵⁸ Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 13 de octubre de 2006.

⁵⁹ Gairo Roldán, Omar, Justicia constitucional y proceso de amparo, Palestra Editores, Lima, 2004, página 13.

parte de la justicia constitucional (el proceso de amparo, el proceso de hábeas corpus, el proceso de inconstitucionalidad, el proceso de cumplimiento), porque sirven para proteger la supremacía normativa de la Constitución y para asegurar la vigencia de los derechos humanos.

El mismo autor señala⁶⁰ que puede ser útil considerar dos clasificaciones de los sistemas de control de la constitucionalidad normativa, basadas en elementos diferentes. Utilizando como criterio a la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes (criterio orgánico), la primera clasificación comprende al control difuso y al control concentrado. La segunda clasificación, empleando como elemento distintivo al efecto que produce la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, agrupa a los sistemas de control abstracto y control concreto.

5.3.1. Control difuso

Existe un sistema de control difuso de la constitucionalidad normativa cuando en un ordenamiento se reconoce a todos los órganos que realizan actividad jurisdiccional la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes aplicables a los procesos que conocen. Su punto de partida es el reconocimiento del deber de hacer prevalecer a la norma de mayor jerarquía (la Constitución) frente a las normas legislativas ordinarias que la contravengan. Por tanto no hace falta que las normas escritas reconozcan esta competencia para que los jueces se consideren habilitados para ejercerla.

⁶⁰ Gairo Roldán, Omar, obra citada, página 45.

5.3.2. Control concentrado

En el sistema de control concentrado la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes es monopolizada por un solo órgano del sistema jurisdiccional del Estado. Señala Omar Gairo que aunque usualmente se identifica a este sistema como el llamado “modelo europeo” (debido al surgimiento de Tribunales Constitucionales en Checoslovaquia y Austria, durante 1920), el control concentrado no se originó en Europa sino en América Latina, porque según explica Allan Brewer-Carías, Colombia y Venezuela tuvieron un verdadero sistema de control concentrado de la constitucionalidad desde 1850.

5.3.3. El control abstracto

El control abstracto está presente cuando la decisión del órgano que declara la inconstitucionalidad de una ley produce efectos generales, es decir, ocasiona el retiro total del ordenamiento jurídico – y no solo su inaplicación en un caso concreto – de la norma inconstitucional.

5.3.4. El control concreto

En el sistema de control concreto la decisión de los órganos que declaran la inconstitucionalidad de una ley, tiene efectos solamente dentro del proceso en que se produjo tal declaración. Generalmente el control concreto funciona conjuntamente con el sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

5.4. CASO MARBURY vs. MADISON

No puede tratarse el tema de control de constitucionalidad sin hacer referencia al célebre caso Marbury vs Madison, por ser la más emblemática conquista del constitucionalismo, y que precisamente estableció que no se puede establecer lo que la constitución no establece. En éste tópico sigo lo señalado por Daniel Ernesto Cerna Salazar⁶¹.

Puntualiza tal articulista, que en diciembre de 1801, en las postrimerías de su mandato presidencial, Jhon Adams – que pertenecía al Partido Federalista – copó el sistema judicial norteamericano de jueces adeptos a su partido. Así pues, con el apoyo del Senado, pues contaba con mayoría parlamentaria, logró que se ratificaran dichos nombramientos, con lo cual se cumplía la exigencia constitucional requerida. Empero, la transferencia del poder hizo que “los jueces federalistas”, recientemente nombrados no fueran puestos todos en ejercicio de sus funciones, en buena cuenta no se les entregó su nombramiento, tarea que solo podía cumplir el Secretario de Estado, que ya para ese momento era James Madison, persona de absoluta confianza del nuevo presidente Thomas Jefferson, del Partido Republicano. Ya en ejercicio de sus funciones, Jefferson enterado de esta maniobra y del peligro que importaba para su gobierno la permanencia de estos jueces, impartió precisas instrucciones a su Secretario de Estado para que no se ejecute dicha disposición administrativa – la entrega de nombramiento – que era el paso final que “los jueces de medianoche”, como despectivamente los calificó, requerían para asumir el cargo.

⁶¹ Cerna Salazar, Daniel Ernesto, La labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional, en Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2007, página, 107.

Así entonces, William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe y William Harper plantearon su caso directamente ante la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, para que ésta, mediante sentencia, mande ejecutar dicha disposición administrativa; es decir, se ordene a James Madison la entrega de los respectivos nombramientos como Jueces de Paz del Distrito de Columbia. En consecuencia, los puntos controvertidos de la materia en debate se resumían a tres: a) ¿tiene el demandante derecho al nombramiento que solicita?, b) si tiene ese derecho y el mismo ha sido violado ¿le otorgan las leyes del país un remedio?, c) y si así es, ¿el remedio consistiría en un mandamiento que debe emitir el tribunal?. Entendido así el panorama planteado un tema tan espinoso debía ser analizado con cuidado. Lo complicado del asunto se debía a que, si la pretensión de Marbury se declaraba fundada – que era lo más justo – se corría el riesgo que el presidente Jefferson hiciera caso omiso a ese requerimiento y, es más, como represalia a este decisión, todos los jueces de la Corte Suprema fueran removidos por el Senado mediante juicio político, el cual ya era dominado por los republicanos. En el otro supuesto, si la pretensión planteada por Marbury era rechazada, la Corte Suprema se vería desprestigiada pues evidenciaría claudicación al poder político.

La ponencia del caso recayó en el presidente de la Corte Suprema John Marshall, quien es considerado, quizás, el más importante jurista de los siglos pasados y quien, asombrosamente, tuvo una escasa formación académica en el campo del Derecho (algunos autores señalan que tan solo seis meses) pero

si era un político hábil. Este elucubró una solución que consagró el control de constitucionalidad.

Así, luego de “dormir” el expediente por mucho tiempo, en su voto – al cual se adhirieron unánimemente todos sus colegas- indicó que en el fondo la pretensión de Marbury era justa, empero la Corte Suprema no era competente para conocer dicha litis, toda vez que esa materia no se encontraba normada entre sus competencias. Es decir, el demandante debió plantear su caso no directamente ante la Suprem Cort, sino en una instancia inferior; por lo cual, al ser el nombramiento de juez de paz un cargo que duraba un corto periodo, la solución planteada desanimaría a los demandantes.

Agrega Daniel Cerna que lo trascendental de este fallo no fue exactamente lo glosado en el párrafo anterior, sino más bien el determinar que la sección 13 de la Ley Judicial – invocada por Marbury para solicitar que la Corte Suprema exija al secretario de Estado el cumplimiento de una disposición administrativa (entrega de nombramiento) – era inconstitucional. Y era inconstitucional porque colisionaba con lo establecido en la Constitución, la cual en ningún apartado establece la posibilidad de exigirle al Ejecutivo mediante sentencia, el cumplimiento de la obligación de entregar el nombramiento como juez. En buena cuenta señalaba que la Constitución no establecía el trámite administrativo de entrega de nombramiento para el ejercicio de la labor jurisdiccional. Es decir: lo que no estaba dicho en la Constitución, no estaba dicho.

CAPÍTULO 2

EL CONTROL DIFUSO EN SEDE ADMINISTRATIVA

1. LAS FUNCIONES ESTATALES

Si bien es cierto que los textos constitucionales reconocen la existencia de “poderes constituidos” criterio al que no escapa la Constitución peruana de 1993, lo cierto es que el Estado es unitario, y por ello es a través de “funciones” que se divide la forma como éste desarrolla sus actividades, con la finalidad de proveer los servicios necesarios para el bienestar de la población.

Por ello Juan Francisco Linares⁶² parte de la base de reconocer la existencia de tres poderes constituidos, pero señala que esta distinción tripartita es cuestionable, si se la traslada a la distinción de funciones. Agrega que Kelsen puntualiza que la única distinción posible de funciones es bipartita, y que comprende solo la función de legislación y de ejecución, y que la subdivisión en ésta última, de jurisdicción y de administración, en sentido objetivo, no es esencial, y presentaría además grandes dificultades por la similitud que ambas tiene ante un enfoque objetivo de las mismas.

Puntualiza que en esa tarea de división se inclina por la tripartita, y que frente a los dos clásicos criterios, el objetivo o material (que comprende la función de legislación y de ejecución) y el subjetivo, formal u orgánico, para determinar las funciones del Estado, toma como base el segundo, porque permite identificar esa función, cualquiera sea el órgano que la ejerza.

⁶² Linares, Juan Francisco, Derecho administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, página 151.

1.1. FUNCIÓN LEGISLATIVA

Se considera función legislativa⁶³ al comportamiento del Estado consistente en dictar unilateralmente, mediante el uso de la palabra escrita, normas jurídicas generales, así como las normas jurídicas de alcance individual dictadas por el Poder Legislativo.

1.2. FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La función jurisdiccional⁶⁴ consiste en la actividad estatal de ejecutar el ordenamiento jurídico, mediante actos unilaterales de carácter individual, que deciden situaciones contenciosas en casos concretos, por las que se particulariza, para esos casos, cualquiera de los contenidos de normas jurídicas.

Se trata, como se ve, de un enfoque objetivo de la función, que puede ser ejercida por cualquiera de los tres poderes de autoridad, si bien su principal actor es el Poder Judicial, pero también ejercen jurisdicción y de hecho lo hacen el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

En el plano histórico, las hoy funciones administrativas y jurisdiccionales nacen íntimamente ligadas con la función legislativa. Es un fenómeno que se advierte en todas las comunidades primitivas y posteriores. Cuando aparece el Estado moderno absolutista, con su concentración de poder, esa ligazón se mantiene en cabeza del monarca. Los tribunales judiciales ingleses, los más organizados de esa época, tenían una clara dependencia frente al Rey.

⁶³ Linares, Juan Francisco, obra citada, página 152.

⁶⁴ Linares, Juan Francisco, obra citada, página 158.

En el Estado Constitucional de Derecho las cosas cambian en la medida que se establece en él, como elemento de factor iusliberal que lo integra, una división de poderes, o sea de funciones. Si bien se sabe, esta división no es absoluta: ningún poder de autoridad tiene el monopolio de una sola especie de función.

1.3. FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Señala Linares que por vía negativa⁶⁵, todo lo que no es ejecución jurisdiccional es administración en sentido material, con tal que no se la ejerza en situaciones contenciosas, y siempre que se la despliegue a través de actos de alcance individual. La lógica moderna reivindica la corrección de las definiciones negativas, desdeñadas por la lógica clásica, máxime cuando se apoya en un género próximo que sería aquí la ejecución.

Se define así a la administración, como la función de ejecutar normas jurídicas de toda especie, en cuanto a su extensión lógica, fuera de situaciones contenciosas, mediante decisiones individuales normativas que particularizan en casos concretos: **a)** cualquiera de los contenidos de aquellas normas aplicadas, y, **b)** actos de conducta de ejecución de normas jurídicas en calidad de hechos administrativos.

Duguit, citado por el maestro Humberto Nuñez Borja⁶⁶, afirma que mientras por la función legislativa el Estado formula el derecho objetivo, mediante la administrativa crea una situación de derecho subjetivo o condiciona por un acto individual el nacimiento de una situación legal.

⁶⁵ Linares, Juan Francisco, obra citada, página 165.

⁶⁶ Nuñez Borja, Humberto, Breve tratado de derecho administrativo del Perú, tercera edición, primera parte. Cooperativa Editorial Universitaria, Arequipa, 1972, página 14.

Es precisamente esa prerrogativa de creación de una situación de derecho subjetivo la que configura los contornos de la denominada **justicia administrativa**, la que puede conceptualizarse, siguiendo a Dante Cervantes Anaya⁶⁷, como la potestad que legalmente tiene la administración pública, ejercida por funcionarios, órganos y organismos, para resolver sobre peticiones o reclamaciones, originadas por los propios actos administrativos.

2. EN LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA SE EJECUTA LA CONSTITUCIÓN Y NORMAS INFERIORES

Si se parte de la verdad que es la totalidad del ordenamiento jurídico el que rige cada caso, jurisdiccional o no, administrativo o no, toda función de los poderes constituidos del Estado, implica, por lo pronto, una ejecución mediata o inmediata de la ley fundamental.

Así, según Linares⁶⁸, la doctrina argentina reconoce que esa ejecución es directa e inmediata cuando la cumple el Poder Legislativo. Directa y excepcionalmente inmediata cuando la hace el Poder Ejecutivo, como en el caso de la declaración del estado de sitio. Pero es mediata cuando aplica las leyes: las orgánicas de los ministerios o cualquier otra. Los órganos administrativos dependientes del Poder Ejecutivo, aplican siempre en forma mediata la Constitución, en función al reflejo del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, es importante resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico, el peruano, es posible aplicar inmediatamente la Constitución, no

⁶⁷ Cervantes Anaya, Dante, Derecho administrativo y administración pública, primera edición, Editorial F.D. UNSA, Arequipa, 1996, página 304.

⁶⁸ Linares, Juan Francisco, obra citada, página 167.

sólo porque todos (ciudadanos y administradores) tenemos el deber de acatar el contenido normativo del artículo 51 de la Constitución que prevé: *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”*, sino porque, por expreso mandato legal, los administradores, dentro del desempeño de sus funciones, deben aplicar inmediatamente la norma Constitucional.

En efecto, según el principio de legalidad recogido en el numeral 1.1. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General -, 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 conferidas. Del mismo modo, conforme al contenido normativo del artículo V del mismo título preliminar son fuente del procedimiento administrativo las disposiciones constitucionales.

3. MORIGERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN SEDE ADMINISTRATIVA

Tradicionalmente se sostuvo que la administración sólo estaba sometida a la ley, estableciéndose –así- que la administración pública se encuentra forzosamente sujeta al principio de legalidad, que constituye, por decir lo menos, la sujeción de la actuación de los órganos o agentes públicos, materializados a través de actos administrativo, al ordenamiento jurídico vigente, o lo que es similar, estar sujeto al Derecho Administrativo, no pudiendo

bajo ningún concepto ser una expresión anárquica del poder. Es – pues – una sujeción superlativa al principio de legalidad.

Brewer Carias establece que el principio de la legalidad implica la necesaria sumisión de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico, la que está compuesta por la propia Constitución, que tiene aplicación directa como norma, por las leyes infraconstitucionales y además por el conjunto de reglamentos y normas directas emitidas por las autoridades competentes en el ejercicio de poderes establecidos en normas de derecho inferiores a la Constitución⁶⁹.

Para Morón Urbina⁷⁰, a diferencia de Brewer Carias, la vinculación positiva de la administración a la ley, como se denomina modernamente el principio de legalidad, no solo se debe ceñir a la ley (en todos sus niveles) sino a algo más amplio como es el Derecho, ya que la primera es fuente de la segunda. Expresa tal autor, que: *“Por imperio de este principio se debe entender que las entidades están sujetas (...) a todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por ley formal, los actos administrativos de alcance general y, eventualmente ciertos contratos administrativos”*.

Por tanto, debemos precisar que – *prima facie* - la administración se encuentra sometida rigurosamente al principio de legalidad. Todo lo que haga o decida hacer tiene que tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual

⁶⁹ Brewer-Carias, Allam, Marco Constitucional del Derecho Administrativo en Venezuela, página 2.

⁷⁰ Morón Urbina, Juan Carlos, Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos General, Editorial Gaceta Jurídica, segunda edición, Lima, 2003, página 29

manera. Por ejemplo, si una entidad pública tiene en su ley de creación asignada la función genérica sobre la labor administrativa a su cargo, pero no se le asigna a ella la potestad sancionadora, dicha entidad no puede - vía interpretación - concluir que es tácita su competencia para sancionar por el hecho que la ley haya tipificado las infracciones, establecido las sanciones, pero no definido el organismo sancionador.

Es decir, la actuación del funcionario administrativo no se rige por el literal a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución que prevé que *“Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”* precepto que constituye una garantía fundamental de la persona humana, sino que la actuación de funcionario se rige por la cara opuesta de esa garantía: el funcionario de la administración en ejercicio de sus funciones solo puede lo que la ley le permite hacer y esta impedido de hacer lo que ella no le faculte. ¿Por qué adoptar ese tratamiento diferenciado para el comportamiento de la persona individual, de la del funcionario administrativo?

El Estado, a través de la administración pública hace uso de su *ius imperium* y somete a los miembros de la colectividad nacional (administrados) a las regulaciones y disposiciones necesarias para una adecuada convivencia dentro de un Estado Constitucional. Dentro de ese marco reconoce derechos, establece cargas, exonera de ellas, señala responsabilidades, autoriza, sanciona, entre otras.

Si el funcionario administrativo pudiera regirse solamente por el literal a) del inciso 24 del Artículo 2 de la Constitución, entonces su actuación

estaría supeditada únicamente a su conciencia y curiosamente el ciudadano (administrado) vería afectada tal garantía Constitucional. En resumen un caos en el manejo del Estado.

En nuestra Constitución el principio de legalidad se encuentra inmerso en forma implícita en el artículo 38, el que establece que *“Todos los peruanos, tiene el deber de honrar y proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación”*.

A nivel infraconstitucional, tal principio lo encontramos reconocido en forma expresa en el numeral 1.1. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, que prescribe *“(…) Las autoridades 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 conferidas”*.

Pero cosa curiosa, pese a que se sostiene que el principio de legalidad constituye reflejo de la norma constitucional, sin embargo, en antaño no se reconocía al administrador la facultad de preferir la norma constitucional a la legal, cuando ésta contravenía a aquélla.

Por ello, en hogaño, siendo cierto que el funcionario público está sometido a la ley, también es cierto que por estar reguladas nuestras interacciones sociales dentro de un Estado Constitucional de Derecho, es ineludible que el funcionario público debe siempre preferir la norma Constitucional respecto a la norma legal.

Lo expuesto no significa – ahora - que el funcionario administrativo es un mero “aplicador literal de la ley”, sino que debe resolver los asuntos puestos a su consideración haciendo prevalecer siempre la norma constitucional, y por ello, se reconoce que el administrador puede – y debe hacer- control difuso de la constitucionalidad de las leyes y normas de menor jerarquía, al desarrollar actos de justicia administrativa.

Por tanto, es claro que el rígido principio de legalidad, que solo permitía al administrador la aplicación de la ley y nada más, porque según el profesor francés André de Laubadère, citado por Dante Cervantes Anaya⁷¹, el principio de legalidad es el conjunto de leyes y reglamentos a los cuales se somete la actividad administrativa, en hogaño se ha visto morigerado en su operatividad, porque se permite al administrador (por lo menos al de segunda instancia administrativa) ir más allá en sus funciones e inaplicar una norma legal cuando ésta sea infractora de una norma constitucional.

4. LA ADMINISTRACIÓN TAMBIÉN ESTÁ FACULTADA PARA CONTROLAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES Y NORMAS DE MENOR JERARQUÍA Y LA NECESIDAD DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

4.1. EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

⁷¹ Cervantes Anaya, Dante, obra citada, página 32.

Entre los aspectos que se entrevén con nitidez en todo Estado moderno, está la vigencia del principio de supremacía constitucional, que propugna que las normas constitucionales poseen supremacía y vigencia sobre cualquier otra norma del sistema jurídico, prevaleciendo sobre la ley y éstas sobre las normas de inferior jerarquía; es por ello que Manuel García Pelayo manifiesta con acierto: Todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución⁷².

4.1.1. Los principios constitucionales involucrados

No podemos obviar que la solución al problema planteado, esto es si los administradores están facultados o no a hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, es normativo, lo que en buena cuenta significa establecer, a partir del principio de primacía constitucional, si la Constitución les confiere tal prerrogativa.

Por ello, resulta importante determinar si la Administración Pública tiene la facultad constitucional de aplicar o no el control difuso de la constitucionalidad de las leyes; sin embargo debemos dejar en claro que es un tema polémico, donde legal, doctrinal y jurisprudencialmente existen posiciones divididas, entre quienes están a favor y quienes están en contra.

En función a ello es medular la norma contenida en el artículo 51 de la Constitución que prevé que – valga la redundancia - la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Así, tal artículo regula las líneas generales de la jerarquía

⁷² García Pelayo, Manuel, Estado legal y Estado Constitucional de Derecho en Lecturas sobre temas constitucionales, N° 7. Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, página 34.

normativa en nuestro sistema jurídico, y consagra – como es obvio – la supremacía jerárquica de la Constitución como norma, lo que significa que ninguna otra norma de menor jerarquía puede oponérsele, precepto que todos los peruanos debemos acatar (jueces, administradores incluidos), porque así lo dispone la norma contenida en el artículo 38 del texto constitucional⁷³.

Por otra parte, es cierto que la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución prevé que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera, la norma agrega que, igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior, norma que lleva a la conclusión – errada en mi concepto – que solo los jueces están facultados constitucionalmente a hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes. Empero no podemos soslayar que la norma constitucional es interpretable, y en función, si lo que queremos es privilegiar la supremacía normativa de la Constitución (lo que trae por añadidura la expansión de la protección que se merecen los derechos fundamentales), lo que tenemos que hacer es interpretar el texto constitucional de modo tal que la aparente tensión entre sus normas sea resuelta de tal manera que se optimice el contenido de las normas involucradas, sin sacrificar ninguno de los valores y principios constitucionales, en buena cuenta debe concordarse prácticamente el entramado normativo de la Constitución.

En razón a ello, si por una parte tenemos que, en función al principio de jerarquía normativa, la norma constitucional es oponible a cualquier otra norma

⁷³ Artículo 38.- Deberes para con la patria. Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación

de menor jerarquía, y si todos los peruanos (incluidos los administradores y los jueces) tenemos el deber de respetar y hacer cumplir la Constitución, no existe razón constitucional que impida a los administradores a preferir la norma constitucional cuando esta es colisionada por otra norma de menor jerarquía, porque solo así se puede garantizar la plena eficacia del principio de primacía constitucional.

Ello también va a garantizar la efectividad del principio de plenitud jurídica que informa al ordenamiento jurídico, porque ante la falta de regulación expresa respecto a la posibilidad que los administradores hagan control difuso, es posible concluir que éstos están facultados constitucionalmente para realizar tal control cuando en el ejercicio de sus funciones se encuentren ante la colisión de una norma legal con una norma constitucional, porque las normas constitucionales relativas al tema (las que posibilitan solo a los jueces a hacer control difuso, las que disponen la primacía de la norma constitucional sobre las demás normas de rango inferior, y las que establecen el acatamiento de la Constitución por todos los peruanos), deben enlazarse armónicamente, sin neutralizarse.

4.1.2. Control difuso de la constitucionalidad de las leyes a cargo de la administración

A nivel normativo, encontramos que varios países latinoamericanos, a diferencia del Perú, reconocen expresamente la facultad de ciertos órganos de la Administración Pública de aplicar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, claro está, en casos excepcionales. Así tenemos que la Constitución

Política de la República Bolivariana de Venezuela que establece en su décima octava disposición transitoria, que los funcionarios adscritos al organismo encargado de velar por la libre competencia, deberán abstenerse de aplicar cualquier disposición contraria al mandato expreso del artículo 113 de la Constitución (artículo que prohíbe los monopolios, abuso de posición de dominio, entre otros particulares); con ello crea un ente de defensa a la competencia de carácter administrativo, que tiene la facultad de inaplicar cualquier norma legal que tenga efectos restrictivos a la competencia.

Por su parte el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente la Constitución Política Colombiana de 1991 (artículo 237.2); Ley N° 270/96 (artículo 37.9); Ley N° 446/97 (artículo 37.7), ha instruido que el Consejo de Estado, no solo tenga la potestad de ejercer el control de la legalidad de los actos de poder, sino también la potestad de control constitucional de los decretos que expida el Gobierno, exceptuados los casos en los que la Constitución asigna dicho control a la Corte Constitucional; lo que implicaría que el Derecho colombiano consagra un sistema de control difuso de constitucionalidad, en donde el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo tiene un papel en el control de constitucionalidad así como unas competencias plenamente autónomas, cuyo ejercicio no es susceptible de control ulterior por órgano estatal alguno.

En cuanto a la jurisprudencia existente en nuestro país, se aprecia una clara evolución entre la negativa total a permitir que los administradores hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes, hacia la permisión de los órganos colegiados administrativos a hacer tal control.

Inicialmente el Tribunal Constitucional, (en las sentencias N°. 007-2001-AI/T y N° 0499-2002-AA/TC⁷⁴) negó la posibilidad que la administración pública tenga facultad de inaplicar normas jurídicas violatorias de la Constitución, precisando que dicha potestad exclusiva es de los órganos constitucionales que ejercen funciones jurisdiccionales, como son: Poder Judicial, Jurado Nacional de Elecciones y Tribunal Constitucional. Así, el Tribunal Constitucional sostuvo⁷⁵: *“(...) el Tribunal estima que la municipalidad emplazada ha incurrido en un evidente exceso, pues la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable.”*; y luego sostuvo⁷⁶ : *“(...) Esta limitación del derecho de acceso a la justicia debe entenderse a la luz del principio pro actione y, en ese sentido, el agotamiento de la vía administrativa*

⁷⁴ Publicadas en el diario oficial El Peruano el 1 de febrero de 2003 y 18 de junio del 2003 respectivamente.

⁷⁵ Fundamento jurídico N° 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 007-2001-AI/T.

⁷⁶ Fundamento jurídico N° 1 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0499-2002-AA/TC.

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

Posteriormente reconoció y legitimó el control difuso de las leyes supuestamente inconstitucionales, por parte de las autoridades administrativas (fundamento 156 de la sentencia recaída en los expedientes acumulados N°s 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC⁷⁷), en donde señala: “(...) *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 las normas expedidas por las entidades del 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 solo 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”.*

⁷⁷ Sentencia que fija las reglas aplicables al sistema pensionario, y que fue publicada en el diario oficial “El Peruano” el 12 de junio de 2005.

Esta discusión, también se aprecia a nivel académico, ya que existen autores como Jorge Danós, José Rivera Santiváñez, Jorge M. Pando Vilchez, Ricardo Miguel Andreau, Hildebrando Castro Pozo Chávez e incluso la propia Asociación Peruana de Derecho Administrativo, que niegan esta posibilidad de control difuso de constitucionalidad de leyes en sede administrativa; y otros, quienes reconocen que es viable, como es la posición vertida por César Landa Arroyo y Percy Bardales Castro⁷⁸, entre otros.

La posición de los académicos que niegan la posibilidad que los administradores estén facultados constitucionalmente para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes se centra en el hecho que el ordenamiento jurídico solo otorga tal atribución – exclusivamente – al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y al Jurado Nacional de Elecciones; que la administración, en función al principio de legalidad, solo puede hacer aquello que le es permitido por las normas y está prohibida de hacer lo que no está establecido normativamente.

La posición de los académicos que reconocen la posibilidad que los administradores estén facultados constitucionalmente para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes se fundamenta en los principios de supremacía constitucional y de fuerza normativa con la que cuenta la Constitución Política del Perú.

Las posiciones encontradas al respecto, se pueden resumir en el siguiente cuadro:

⁷⁸ Véase artículo publicado por Bardales Castro, Percy, La Obligación del Tribunal Fiscal y la Administración Tributaria de ejercer el control difuso: A propósito del criterio establecido en una reciente sentencia del Tribunal Constitucional”, en Revista de Dialogo con la Jurisprudencia, Año 11, Nº 83, Gaceta Jurídica, Lima, agosto, 2005, página 209.

POSICIONES FRENTE AL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR PARTE DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA	
A FAVOR	EN CONTRA
<ul style="list-style-type: none"> - Tiene su fundamento en los principios de supremacía constitucional y de fuerza normativa con la que cuenta la Constitución Política del Perú. - Artículo 38 de la Constitución. “Todos los peruanos incluidos los funcionarios que forman parte de la Administración Pública tiene el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación” - Artículo 51 de la Constitución que reconoce el principio de jerarquía normativa de nuestro sistema jurídico. - Lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Considerando 156 de las sentencia recaída en los expedientes acumulados N°s. 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC y 009-2005-PI/TC, y recientemente en el expediente N° 3741-2004-AA/TC. - En los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no solo tiene la 	<ul style="list-style-type: none"> - El ordenamiento jurídico no le otorga a la administración la función jurisdiccional de ejercer el control constitucional difuso de las normas, las mismas que están reservadas exclusivamente al Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones. - La administración solo puede hacer aquello que el es permitido por las normas y está prohibida de hacer lo que no está establecido normativamente. - En un Estado de derecho no pueden existir órganos con competencias ilimitadas (como sería el de aceptar que la administración, por extensión, pueda tener facultades ilimitadas de aplicar el control constitucional difuso). -Es desacertado otorgar a órganos técnicos la interpretación de la Constitución para inaplicar normas, pues la interpretación es una actividad compleja, que exige una especialidad legal. - El principio de presunción de

<p>facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.</p>	<p>constitucionalidad (in dubio pro legislatore) se mantiene inmune para la administración, siempre y cuando no haya sido declarado su inaplicación o derogación tácita por inconstitucional, por las instancias jurisdiccionales competentes.</p> <p>- El principio de legalidad, implica que la administración actué con respecto a la Constitución y las leyes, la misma que establece mecanismos procesales para hacer preservar la Constitución ante una norma inconstitucional.</p>
---	---

Fuente: Gaceta Jurídica Legal Express N° 59.

4.1.2.1. Los que están a favor

Los que comparten el criterio de que la Administración Pública debe ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en su accionar de carácter administrativo, se fundamentan principalmente en los principios de supremacía constitucional (en la que se encuentra incluido el principio de legalidad administrativa) y de fuerza normativa con la que se cuenta la ley superior fundamental, amparándose para ello en lo establecido en el propio artículo 38 de la Constitución Política del Estado, cuya norma señala que todos los

peruanos (incluidos los funcionarios que forman parte de la Administración Pública) tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación; norma que como es de verse exige el cumplimiento del respeto y defensa de la Constitución ante cualquier norma de menor jerarquía, complementando para ello en lo establecido en el artículo 51 de la ley fundamental que reconoce el principio de jerarquía normativa de nuestro sistema jurídico⁷⁹.

Al respecto Bardales Castro⁸⁰ afirma que: *“En virtud de estos principios, en referencia al principio de supremacía constitucional y de fuerza normativa, se establece que el órgano administrativo resolutorio, en tanto obligado a cumplir la constitución, debe llegar y preferir las soluciones que permitan gozar a las disposiciones constitucionales de la mayor plenitud y eficacia. Cumpliendo dichos principios, entonces, se asegura la plena vigencia de la Carta Constitucional”*.

4.1.2.2 Los que están en contra

Los que muestran su inconformidad para que la administración pública haga control difuso de la constitucionalidad de las leyes, se sustentan fundamentalmente en el hecho que tal facultad sólo está conferida constitucionalmente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, y que en razón al principio de legalidad, al administrador público sólo le está permitido aplicar la ley.

⁷⁹ Artículo 51 de la Constitución Política del Perú. “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente (...)”

⁸⁰ Bardales Castro, Percy, artículo citado.

4.2. ¿LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PUEDE EJERCER CONTROL DIFUSO? ¿LE ESTÁ CONSTITUCIONALMENTE PERMITIDO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EJERCER EL CONTROL DIFUSO?

Al responder a tales interrogantes Cesar Landa Arroyo⁸¹ señala que la Administración Pública, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, no solo se encuentran sometida a la ley, sino también a la Constitución de manera directa y no indirectamente a través de la ley. En tal sentido - agrega - dentro de una perspectiva constitucional no positiva sino institucional del Derecho, puede señalarse que la legitimidad y validez de los procedimientos administrativos se sustentan en el respeto a la Constitución y los derechos fundamentales de los administrados. Añade que ello es así, en la medida de que los derechos fundamentales de los administrados pueden también ser vulnerados como producto de la aplicación de normas legales y administrativas ambiguas o con conceptos jurídicos indeterminados. Esto habilita, en la práctica, a que los tribunales administrativos y los funcionarios públicos apliquen tales normas de manera discrecional o, peor aún, arbitraria. Ante esto los tribunales administrativos deberían resolver dichos casos realizando un juicio de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad.

Puntualiza que si bien la Constitución, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 138, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, esto no significa necesariamente que dicha potestad únicamente les corresponde a ellos. Así, nada obsta para que los tribunales y funcionarios de

⁸¹ Entrevista a César Landa, en Gaceta Jurídica – Legal Express N° 59, página 18.

la administración pública en un caso concreto puedan anular un acto administrativo, inaplicando una norma legal, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado. Más aún, si los tribunales administrativos son responsables de garantizar que el ordenamiento jurídico administrativo se encuentre vinculado principalmente por la Constitución antes que por la ley, tal como se desprende del artículo 51 que reconoce el principio supremacía constitucional y del artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, ya sea por el fondo o por la forma.

Por otro lado Jorge Danos⁸², contestando las mismas preguntas, señala que es indispensable diferenciar entre: (i) control difuso para el control de constitucionalidad de las leyes y (ii) control difuso para el control de la legalidad de los reglamentos y de toda norma general de rango inferior a la ley. Considera que la administración pública no está constitucionalmente autorizada para ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes por que se trata de una potestad consagrada por el artículo 138 de la Constitución exclusivamente para los jueces o las entidades que ejercen función jurisdiccional. Añade que, en nuestro ordenamiento constitucional los artículos 138 y 139 numeral 1) reservan al Poder Judicial la potestad de administrar justicia y al consagrar la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, proscriben toda posibilidad de que los entes de la administración pública puedan ejercer función jurisdiccional.

⁸² Entrevista a Jorge Danós, en Gaceta Jurídica – Legal Express N° 59, página 18.

Sostiene Danós que diferente es el caso del control difuso de legalidad de los reglamentos, que no involucra la posibilidad de inaplicar leyes, sino que solo comprende la facultad de inaplicar leyes, dispositivos reglamentarios por considerarlos no conformes con normas de mayor jerarquía, potestad que considera si poseen algunos órganos de la administración pública que por mandato legal están expresamente facultadas para ejercerla, como es el caso de los Tribunales Administrativos que resuelven recursos en última instancia administrativa, en especial el Tribunal Fiscal a quien el artículo 102 del Código Tributario expresamente le faculta a ejercer el citado control difuso que se ha entendido siempre referido exclusivamente a reglamentos.

Agrega que en ese sentido, considera equivocado sostener que el artículo 51 de la Constitución, que consagra el principio de supremacía constitucional y de jerarquía internormativa, otorgue potestad a la administración pública para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, por que se trata de un precepto que no tiene como propósito asignar el control normativo o organismo estatal alguno, como si lo hace el numeral 1) del artículo 202 que confiere al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las normas con rango de Ley, el numeral 5) del artículo 200 que consagra el proceso de acción popular para el control judicial con efectos generales de los reglamentos y normas de rango subordinado a la ley y el segundo párrafo del artículo 138 que consagra el control difuso de constitucionalidad exclusivamente a cargo de los jueces.

Advierte que de aceptarse en toda su dimensión la mencionada tesis que del artículo 51 de la Constitución deriva una suerte de control difuso “universal” de

las normas jurídicas, se llegaría al extremo de que incluso todas las personas estarían facultadas para no cumplir las normas legales que consideran contrarias a otras de mayor jerarquía, sin necesidad de recurrir a un órgano judicial que así lo declare. Esto quebraría, en definitiva, cualquier organización social basada en el respeto de las normas jurídicas, situación que sería más grave aún en el caso de las leyes formales que son aprobadas por órganos legislativos integrados por representantes elegidos por sufragio popular. Postula que sin lugar a dudas una solución de esa clase atentaría contra el derecho esencial a la igualdad, porque los particulares dotados de mayores medios y recursos estarían en mejor situación que lo que carecen de dichas condiciones.

Finaliza sosteniendo que el control difuso referido exclusivamente al control de legalidad de los dispositivos de rango reglamentario es una potestad que tiene como fundamento el respeto al principio de legalidad al que está sometida la administración pública de un Estado de derecho, pero se trata de una facultad residual que, en su opinión, no puede ser ejercida por cualquier funcionario, u órgano de la administración pública, sino exclusivamente por aquellos tribunales administrativos expresamente facultados por norma legal para ejercer dicha potestad. Este criterio – señala - ha sido expuesto por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, especialmente en los casos referidos a ordenanzas municipales que regulan los arbitrios, en las que se ha señalado que corresponde al Tribunal Fiscal, en su calidad de órgano que resuelve en última instancia administrativa las controversias sobre materia tributaria, ejercer el control difuso de legalidad y/o constitucionalidad de las ordenanzas

municipales tributarias, las que conforme al mandato constitucional deben sujetarse a los parámetros que establezcan las leyes de la materia.

Comparto plenamente la posición del doctor César Landa Arroyo, porque a través de la misma se desprende su preocupación por privilegiar el principio de supremacía constitucional, de modo tal que la norma constitucional se expanda en todo el ordenamiento jurídico aun en el ámbito administrativo, en el caso de colisión con una norma legal; y por la misma razón discrepo de la posición del doctor Jorge Danós que me parece “muy formal” en razón a que hace una lectura literal de la norma contenida en el artículo 138 de la Constitución, y no responde satisfactoriamente – a mi criterio – respecto a la forma como el administrador solucionaría en entuerto cuando en el ejercicio de sus funciones advierta la colisión de una norma legal con la norma constitucional.

4.3. LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3741-2004-AA/TC⁸³, ha estableciendo, como precedente vinculante, que los tribunales administrativos deben aplicar el control difuso de constitucionalidad de las leyes, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; así, ha establecido, las siguientes reglas:

⁸³ Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 24 de octubre de 2006.

a) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la Administración Pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

b) Regla sustancial: 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) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad

jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la Administración Pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la Administración Pública, a un grupo amplio de personas.

d) Regla sustancial: 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, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

Luego, en el fundamento jurídico N° 4 de la resolución aclaratoria del 13 de octubre de 2006, el Tribunal Constitucional aclaró qué tribunales administrativos podían hacer control difuso, señalando que: *“(...) si bien los funcionarios de la Administración Pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N° 3741-2004-AA/TC, esto es, que ‘(...) [t]odo 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 (...)’.* Precisamente con respecto a este

extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten 'justicia administrativa' con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados”.

Para los efectos de este trabajo resulta relevante sólo la regla sustancial b), por tener directa incidencia en el tema materia de investigación.

Así, la ratio legis que determinó la regla sustancial antes glosada, están en los fundamentos 6 al 16 de la antes referida sentencia, en donde el Tribunal Constitucional ha establecido que:

“ 6. Este 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 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. Esta vinculación de la Administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia ley como 'principio de legalidad', en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que '[l]as autoridades

administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho’.

7. De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la Administración Pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no solo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa– sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.

8. Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138 de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o

procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51, el cual señala que ‘La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)’.

9. Por tanto, el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51 antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla. Es coherente con ello el artículo 102 del Código Tributario, cuando precisa que ‘[a]l resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía (...)’; es decir, aquellas disposiciones de la Constitución que, en este caso, se manifiestan a través de los principios constitucionales tributarios y de los derechos fundamentales que están relacionados con dichos principios.

10. En segundo lugar, está de por medio también la eficacia vertical de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la Administración Pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –eficacia vertical– como de los particulares –eficacia horizontal–; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación

comporta la afectación no solo de un derecho subjetivo individual –dimensión subjetiva–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –dimensión objetiva–.

11. Esta incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica, por otra parte, un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el siglo XIX en una etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Por eso mismo, es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir, de realizar el control difuso –dimensión objetiva–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos –dimensión subjetiva–.

12. Por ello, es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la Administración Pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual ‘la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’ (artículo 1).

13. *En el Derecho constitucional comparado –es el caso puntual del ordenamiento chileno–, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa. El control que realiza esta entidad administrativa es, como es obvio, un control estrictamente jurídico, en el que la Contraloría confronta la actuación administrativa reglamentaria o singular, contenida en un decreto o resolución, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquella, como consecuencia del principio general de legalidad que establece el propio artículo 7 CPR. Sin embargo, es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser ‘salvado’ mediante la insistencia gubernamental, ya que –se considera– al estar el decreto o resolución en pugna –aparentemente– con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento.*

14. *Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la Administración Pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma; siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la*

interpretación del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

15. En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la Administración Pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la Administración Pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello solo es posible de ser realizado '(...) garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general' (énfasis agregado).

16. De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la Administración Pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38, 51 y 201 de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático”.

Así, para sostener que los tribunales administrativos pueden y deben hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional se sustenta, en:

- a) El principio de supremacía constitucional, porque todos los poderes del Estado y los órganos constitucionales se encuentran sometidos en primer lugar a la Constitución, y en segundo lugar al principio de legalidad.
- b) Que el imperativo de hacer cumplir la Constitución, dada su fuerza normativa, no es de cargo exclusivo de los jueces dentro de un proceso judicial, sino también de los tribunales administrativos.
- c) Que una interpretación positivista y formal del artículo 138 de la Constitución⁸⁴ no solo supone el desconocimiento de los principios de interpretación constitucional de unidad de la Constitución y concordancia práctica, sino que también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138 de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en los procesos de distinta naturaleza, lo cual supondría convertir a la Constitución en una norma legal.
- d) Que está de por medio la eficacia vertical de los derechos fundamentales, es decir su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo incluye a la Administración Pública.
- e) Que la incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el siglo XIX en una etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el

⁸⁴ Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

ámbito de la ley, en el Estado Constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Por eso mismo, es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir, de realizar el control difuso –dimensión objetiva–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos –dimensión subjetiva–.

4.3.1. ¿Control de constitucionalidad sólo a cargo de los tribunales administrativos?

Debo precisar que estoy de acuerdo en que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes, por todas las razones señaladas precedentemente (supremacía de la constitución como norma, el imperativo que de hacer cumplir la Constitución por todos los órganos del Estado, el imperativo de defender los derechos fundamentales, etc.). Sin embargo, y por las mismas razones, no encuentro razón alguna para que todos los administradores, inclusive los de primera instancia administrativa, no realicen tal control.

En efecto, negar tal posibilidad importaría caer en la misma contradicción insoluble de eficacia de la Constitución que señala el Tribunal Constitucional⁸⁵, porque supondría que la norma constitucional sólo tiene validez y eficacia en

⁸⁵ Fundamento jurídico N° 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3741-2004-AA/TC.

los procesos administrativos cuando éstos están en trámite en segunda instancia administrativa, ante tribunales administrativos o colegiados administrativos, y que no tiene validez y eficacia cuando el trámite del procedimiento administrativo se encuentra en primera instancia administrativa ante un órgano unipersonal.

Tampoco el Tribunal Constitucional, en la sentencia *in comento*, ha señalado las razones por las cuáles considera que los órganos de primera instancia administrativa u órganos unipersonales no puedan hacer control difuso de la constitucionalidad de leyes, limitándose – sin decir nada al respecto – que tal control sólo lo pueden hacer aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados, sin aclarar en absoluto el tema, porque también los órganos de primera instancia de tales tribunales u órganos colegiados imparten justicia administrativa, y al hacer ello dilucidan temas que también tienen incidencia sobre los derechos fundamentales. A guisa de ejemplo, téngase en cuenta la labor de los registradores públicos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (como órganos de primera instancia administrativa registral) que imparten justicia administrativa registral, al decidir – en primera instancia – la inscripción o no de los actos puestos a su calificación, los mismos que tienden a brindar seguridad jurídica a las relaciones interpartes, decisión que en caso de tacha u observación es revisada en segunda instancia administrativa registral por el Tribunal

Registral⁸⁶. Consecuentemente, si en este supuesto el Tribunal Registral decidiera, haciendo control difuso de la constitucionalidad de las leyes, revocar determinada observación o tacha, en defensa de la supremacía de la Constitución ante determinada norma legal que la vulnera, no existe razón para que el registrador público no haga ese mismo control también en defensa de la supremacía de la Constitución, tanto más que el recurso ante el Tribunal Registral sólo es viable en caso de producirse tacha u observación y no en el caso que se pretende cuestionar la inscripción o anotación extendida previa calificación registral.

Por tanto, **si se quiere ser coherente con todos los postulados antes vertidos, no queda más que reconocer – como conclusión - que el control difuso de constitucionalidad de las leyes deben hacerlo todos los administradores, de todas las instancias administrativas, que ejercen la denominada justicia administrativa.**

4.3.2. El control difuso a cargo de la administración pública antes de la sentencia del Tribunal Constitucional

Señala Silvia León Pinedo⁸⁷ que hasta antes de la dación de la sentencia recaída en el expediente N° 3741-2004-AA/TC el Tribunal Fiscal, por ejemplo,

⁸⁶ Según el artículo 3 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 079-2005-SUNARP-SN, son instancias del procedimiento registral:

- a) El Registrador;
- b) El Tribunal Registral.

Contra lo resuelto por el Tribunal Registral sólo se podrá interponer demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial.

⁸⁷ León Pinedo, Silvia, La aplicación del control difuso por los tribunales administrativos, en Actualidad Jurídica N° 156, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2006, página, 191.

en aplicación de la norma contenida en el artículo 102 del Código Tributario⁸⁸, en reiterada y uniformemente jurisprudencia ha sostenido, que al ser un tribunal administrativo, no tenía función jurisdiccional por lo que no podía aplicar el control difuso, el cual era de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial⁸⁹.

Así, puntualiza que en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 536-3-99, jurisprudencia de observancia obligatoria, en la que la contribuyente controvertía el monto de los arbitrios argumentado que dado que la Municipalidad no había distribuido el costo del servicio entre todos los predios de los contribuyentes afectos, tal como lo establecía la Ordenanza N° 108, era evidente que el monto de dichos arbitrios debían ser menores que los que figuraban en los recibos emitidos, desde que, en aplicación del principio constitucional de justicia, a mayor cantidad de contribuyentes era menor el costo del servicio que correspondía abonar a cada uno de ellos.

Al resolver dicho caso el Tribunal Fiscal precisó que en el expediente no se estaba discutiendo la aplicación de la norma tributaria sino su contenido legal, al considerarse que se había violado principios constitucionales.

Asimismo, - según Silvia León – el Tribunal Fiscal señaló que “(...) *el artículo 101 del Código Tributario, aprobado por Decreto Legislativo N° 816 expresamente disponía que eran atribuciones del Tribunal Fiscal: conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones de la Administración Tributaria que resuelvan las reclamaciones*

⁸⁸ Artículo 102 del Código Tributario, según Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF: “Al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía (...)”

⁸⁹ Véase las resoluciones del Tribunal Fiscal N°s 6248-2-2004, 8522-3-2001, 495-3-2001, 099-5-2000, 390-2-98, 235-1-98, 1277-5-97, 652-2-96, 536-3-99.

interpuestas contra órdenes de pago, resoluciones de determinación, resoluciones de multa u otros actos administrativos que tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria; conocer y resolver las apelaciones que expida la Superintendencia Nacional de Aduanas; resolver las cuestiones de competencia que se susciten en materia tributaria; resolver los recursos de queja así como de tercería que se interpongan con motivo del procedimiento de cobranza coactiva; atribuciones que como se advierte, no incluye la de pronunciarse sobre la supuesta inconstitucionalidad de los tributos a que alude la recurrente, y si obligada a aplicar la normativa vigente”.

En ese sentido, el Tribunal Fiscal afirmó que “(...) en concordancia con el referido artículo 101, el artículo 102 del citado Código Tributario señala que al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía, se entiende, dentro de su fuero administrativo, por lo que, en el presente caso, se encuentra ante el imperativo de aplicar la Ordenanza materia de grado, pues, al no hacerlo así, se irrogaría indebidamente el control difuso de la Constitucionalidad de las normas, el cual es de competencia del fuero jurisdiccional del Poder Judicial”.

También la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos emitió pronunciamiento al respecto. Así, en la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 370-2003-SUNARP/SN⁹⁰, que aprobó la Directiva N° 009-2003-SUNARP-SN, estableció que el Derecho Administrativo no regula expresamente el control difuso en sede administrativa, por lo que ningún funcionario público puede inaplicar leyes o normas de menor rango, en

⁹⁰ Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 2 de agosto de 2003.

analogía a la situación de los órganos jurisdiccionales, ya que dicha atribución no está contemplada en la Constitución ni en ley alguna; y por ello, en tal directiva se ordenó que los registradores no pueden observar y/o tachar, invocando el control difuso administrativo, los títulos que contienen las solicitudes de inscripción de las resoluciones que emita la Superintendencia de Bienes Nacionales –SBN- en aplicación de lo dispuesto en la primera disposición complementaria de la Ley N° 27333.

4.3.3. El control difuso a cargo de la administración pública después de la sentencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Fiscal en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 02364-A-2007⁹¹, mediante la cual resolvió en última instancia administrativa una controversia originada por la declaración de improcedencia de las solicitudes de devolución de tributos planteadas en relación a determinadas Declaraciones Únicas de Aduanas, estableció que el Tribunal Fiscal es competente para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, siguiendo para ello los parámetros establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3741-2004-AA/TC.

El Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos también se ha pronunciado al respecto. Así, en su vigésimo segundo pleno, llevado a cabo en la ciudad de Lima el 18 de diciembre del 2006, el Pleno del Tribunal Registral, aprobó como precedente de observancia obligatoria⁹² –

⁹¹ Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 10 de abril de 2007.

⁹² Según el artículo 19 del Reglamento del Tribunal Registral, aprobado mediante Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 263-2005-SUNARP-SN es

entre otros-,: a) que se aplique de manera inmediata el control de constitucionalidad conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional, con lineamientos establecidos por el Tribunal Registral, b) que para inaplicar leyes o normas con rango de ley se requiere la aprobación del Pleno del Tribunal Registral.

En razón a ello, en la Resolución N° 210-A-2007-SUNARP-TR-L⁹³, la Tercera Sala del Tribunal Registral estableció que el Tribunal Registral es el órgano competente para efectuar control difuso de legalidad de normas contrarias a la Constitución⁹⁴, por lo que resulta procedente que el pleno registral acuerde inaplicarlos en cada caso concreto. Para tal efecto hace suyos los argumentos vertidos por el Tribunal Constitucional, señalando además, en el décimo punto del análisis, que *“(...) el Tribunal Registral se encuentra facultado para velar por la primacía de la constitución, y esta facultad tiene su origen en que como su función es impartir justicia administrativa, y tiene por finalidad de declaración de derechos fundamentales de los administrados, le resulta aplicable la facultad judicial contemplada en el artículo 138 de la carta magna, referente al control difuso de constitucionalidad; no existe obstáculo para concluir que el Tribunal Registral también puede aplicar el control difuso de legalidad de normas⁹⁵ (facultad también contemplada en el artículo 138 de la Constitución), ello por cuanto dicho control cumple con los mismos requisitos, esto es, sería*

atribución del Pleno Registral- entre otras- aprobar, modificar o dejar sin efecto los precedentes de observancia obligatoria.

⁹³ Del 13 de abril de 2007.

⁹⁴ En la resolución se señala *“(...) para efectuar control difuso de legalidad de normas contrarias a las leyes”,* lo que parece ser un error, porque la contradicción es respecto a la Constitución y no a las leyes.

⁹⁵ Nuevamente la resolución yerra materialmente, porque no se trata de “control difuso de legalidad de normas” sino de “control difuso de la constitucionalidad de las normas”.

ejercido por el Tribunal Registral que imparte justicia administrativa, y que tiene por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados”.

Lo objetable a la decisión del pleno registral es la exigencia que sea el propio pleno el que apruebe la aplicación del control difuso, que en cada caso concreto deben hacer las distintas salas del Tribunal Registral, no existe razón para limitar o imponer tal carga procesal al propio Tribunal Registral, máxime que semejante limitación tampoco ha sido establecida por el Tribunal Constitucional.

4.4. LA OPERATIVIDAD DEL CONTROL DIFUSO POR PARTE DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS

Según el fundamento jurídico 5 de la sentencia emitida en el expediente N° 3741-2004-AA/TC, dicha facultad debe utilizarse cuando el examen de constitucionalidad: 1) sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo, y 2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la constitución.

Según Silvia León⁹⁶ se produce una primera situación cuando el examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada. Señala que la relevancia, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es aquello “importante, significativo”; así mismo, según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual⁹⁷ relevante significa “con gran mérito o

⁹⁶ León Pinedo, Silvia, obra citada, página 193.

⁹⁷ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII, 21 Edición, Editorial Helliasta S.R.L, Buenos Aires.

calidad”. Por ello, según Bullard⁹⁸ “(...) pareciera que el tribunal ha querido evitar que los órganos administrativos tengan una suerte de control difuso muy sofisticado. Prefieren solo conceder a la autoridad administrativa el control de lo grosero. Lamentablemente, no existen criterios definidos, pero en términos generales parece un principio saludable. El control debe hacerse para aquello que, siendo manifiestamente inconstitucional, no puede obligar a la Administración a apañarlo”.

La segunda situación se daría cuando la ley cuestionada no pueda ser posible de ser interpretada de conformidad con la constitución.

Precisa Silvia León⁹⁹ que una norma puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, de lo que se trata entonces, es de buscar, que dentro de las posibilidades de interpretación, exista alguna que sea compatible con la Constitución, que no la contradiga; si ello no es posible, entonces deberá inaplicarse dicha norma. Esto quiere decir, que el intérprete deberá privilegiar aquella interpretación de la norma que no se encuentra en conflicto con la Constitución.

Añade que esta situación se presentó, por ejemplo, en el caso del artículo 17 de la Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía, Ley N° 28194, que sustituyó a los Decretos Legislativos N° 939 y 947, en la que el Tribunal Constitucional consideró que dicho artículo podía ser “interpretado, cuando menos, en dos sentidos distintos. De un lado, como una disposición que autoriza el levantamiento del secreto bancario, quebrando el

⁹⁸ Bullard G, Alfredo, Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas, en Themis, Revista de Derechos N° 51, Lima, página 82.

⁹⁹ León Pinedo, Silvia, obra citada, página 193.

núcleo duro del derecho a la intimidad personal de la que es manifestación concreta, y de otro, como una restricción de dicho secreto prolongándose hacia la Administración Tributaria, cuyo uso solo podrá tener finalidades institucionales de control de la tributación y de fiscalización conforme a las normas vigentes sobre la materia “Agregando que solo la primera de las interpretaciones resultaba incompatible con la Carta Fundamental, optando por quedarse con la segunda y entrar a analizar si se cumplía con el principio de proporcionalidad a efectos de determinar su legítima o ilegitimidad”.

SUPUESTOS EN LOS QUE LA ADMINISTRACIÓN PUEDE EJERCER CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES	
<p>Cuando el examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada.</p>	<p>Cuando la ley cuestionada no pueda ser posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.</p>

5. LA NECESIDAD DEL CONTROL JURIDICCIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA QUE HACE CONTROL DIFUSO A TRAVÉS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

5.1. ASPECTOS GENERALES

Creo que podemos convenir en que si bien es constitucionalmente correcto que se otorgue a la Administración la atribución de ejercer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, sin embargo, también debemos reconocer que

es constitucionalmente incorrecto que tal atribución no esté sujeta a control jurisdiccional

No debemos olvidar que una de las características del Estado de Derecho es – precisamente – el suficiente control judicial de la actividad administrativa.

Señala Elías Díaz¹⁰⁰, que el principio de legalidad de la administración, la sumisión de ésta a la ley (yo agrego que la sumisión de ésta a la Constitución) se manifiesta, sobre todo, a través de un sistema de control y responsabilidad de la Administración, sistema que asegure el comportamiento de ésta conforme a Derecho y que sirva de garantía para la seguridad jurídica de los particulares. Se trata – agrega – del establecimiento de un control jurisdiccional contra las posibles infracciones legales llevadas a cabo por los órganos de aquélla: es el llamado “régimen jurídico de la administración” o sistema de “justicia administrativa. En concreto, el control jurisdiccional de la Administración asegura la sumisión de ésta a la Constitución, a la ley, su proceder conforme a Derecho y, a la vez, constituye firme garantía para los ciudadanos.

Añade Díaz¹⁰¹, que en el Estado de Derecho, a diferencia de lo que ocurría en el “antiguo régimen” absolutista la actuación de la Administración está fiscalizada jurídicamente a través de un sistema de recursos contencioso-administrativos atribuidos a favor de los particulares contra las posibles infracciones legales de la Administración; esto por lo que se refiere a los actos reglados de la Administración. Los actos discrecionales y los actos políticos o de Gobierno tienden a reducirse en los Estados de Derecho a sus justos

¹⁰⁰ Díaz, Elías, obra citada, página 36.

¹⁰¹ Díaz, Elías, obra citada, página 37.

términos, ampliándose al propio tiempo las posibilidades de fiscalización jurídica de ambas esferas.

Por ello, el profesor García de Enterría, citado por Elías Díaz¹⁰², señala que *“(...) proclamar la inmunidad jurisdiccional de la administración en estas materias, así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica, ni mas ni menos el consagrar que la Administración puede obrar en las mismas sin límite legal alguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico alguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a eso derechos hipotéticamente atropellados. Toda la actividad de la administración debe estar sometida al imperio de la ley y, en consecuencia, debe quedar después sujeta a un suficiente control jurisdiccional”*.

5.2. IMPORTANCIA Y FINALIDADES DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Precisa Giovanni Priori Posada¹⁰³ que dentro de un Estado Constitucional existen diversos mecanismos para hacer efectivo el principio de constitucionalidad asegurando con ello no solo la real vigencia de la Constitución y la ley dentro del Estado, sino, además, la efectividad de las situaciones jurídicas de los particulares. El proceso contencioso administrativo es uno de los medios de control del poder, y en particular, una de las formas como el órgano jurisdiccional realiza un control de la administración. Dicho

¹⁰² Díaz, Elías, obra citada, página 38.

¹⁰³ Priori Posada, Giovanni, Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ara Editores, 3era Edición, Lima, 2007, página 2006, página 42.

control tiene por finalidad – indica Priori – en dar efectividad al principio de constitucionalidad y a las situaciones jurídicas de los ciudadanos ante cualquier exceso en el uso del poder por parte de la Administración.

Por otra parte, según el artículo 1 de la Ley N° 27584¹⁰⁴, la acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

Así tal norma regula el sistema de control jurisdiccional denominado de “plena jurisdicción”, el que supone, según Priori¹⁰⁵:

- a) Control jurídico efectivo de la actuación administrativa por parte del Poder Judicial, inspirado en el sistema democrático. En este punto debe tenerse en cuenta que el control que realiza el Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo se restringe, a: **1)** un control jurídico, lo que descarta cualquier forma de control político que no es propio de un órgano jurisdiccional, **2)** un control de las actuaciones administrativas sujetas al derecho administrativo; con lo cual cualquier otra actuación de la Administración que deba regirse por otras reglas no debe ser materia de control a través del proceso contencioso administrativo.
- b) La efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados que supone un reconocimiento, a nivel legislativo, de la trascendencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que inspira a nuestro

¹⁰⁴ Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

¹⁰⁵ Priori Posada, Giovanni, obra citada, página 84.

ordenamiento jurídico. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que el hecho que la tutela jurisdiccional en el proceso contencioso administrativo tiene por finalidad tutelar cualquier tipo de situación jurídica de los particulares que se encuentre vulnerada o amenazada, y no sólo los derechos subjetivos. Por ello – añade Priori – el proceso contencioso administrativo se presenta como un medio a través del cual el Poder Judicial controla la constitucionalidad y la legalidad de la actuación administrativa¹⁰⁶, brindando además una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los administrados que pudieran haberse lesionado o que se hallen amenazadas por la actuación administrativa inconstitucional o ilegal.

5.3. FORMA DE APLICAR EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES POR LOS ADMINISTRADORES Y SU CONTROL A TRAVÉS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El Tribunal Constitucional ya ha establecido que los presupuestos para que la administración ejerza control difuso de la constitucionalidad de las leyes¹⁰⁷, son: (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. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha establecido que tales requisitos deben ser cumplidos por los tribunales administrativos, empero,

¹⁰⁶ Además, claro está de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data.

¹⁰⁷ Aunque referido a los tribunales administrativos según el fundamento jurídico N° 50 de la sentencia del Tribunal constitucional emitida en el expediente N° 3741-2004-AA/TC.

por las razones que he señalado anteriormente, nada impide que tales exigencias sean también cumplidas por los administradores de primera instancia, cuando hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Ahora bien, dado que existe la presunción de constitucionalidad de las leyes, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que cuando los jueces hacen control difuso, la decisión debe ser revisada.

Así, conforme a la norma contenida en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera, la norma agrega que las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas, lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación, se precisa que en todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Norma similar es recogida por el artículo 3 del Código Procesal Constitucional, con la modificación introducida por la Ley N° 28946, donde se establece que las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no

fueran impugnadas, agrega la norma que lo son igualmente las resoluciones judiciales de segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno, se añade que en todos estos casos, los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Como puede apreciarse, el legislador ha previsto el mecanismo de la consulta cuando los jueces apliquen control difuso de la constitucionalidad de las leyes, lo que significa que éstos no pueden en instancia única aplicar tal control. Siendo ello así, y con mayor razón, **el control difuso que efectúen los administradores también debe ser objeto de revisión.**

En las encuestas realizadas se ha podido constatar que los administradores puneños, e inclusive los abogados puneños, en un fenómeno que creo se puede extender fácilmente a otros departamentos, no sólo no conocen la operatividad del control difuso a cargo de los administradores (es más, en gran porcentaje se desconoce la naturaleza jurídica de la institución), sino que creen que tal atribución sólo le está conferida a los jueces y no a los administradores, por lo que la revisión de tal control debe ser rigurosa.

En función a ello, **creo que debe modificarse la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General - de modo tal que sea obligatoria la elevación en consulta ante la segunda instancia administrativa cuando el administrador de primera instancia efectúe control difuso, en caso que su decisión no fuese objeto de recurso impugnativo de apelación.**

Del mismo modo, también debe establecerse en la Ley N° 27444 y en la Ley N° 27584 – Ley del Proceso Contencioso Administrativo - .que cuando los tribunales administrativos efectúen control difuso deben remitir lo actuado ante el Juez Especializado Civil o Mixto de la provincia, con lo que se tendrá por presentada la demanda a efectos de expedirse el auto admisorio de la instancia, para que en la vía del proceso contencioso administrativo se revise tal decisión, en el caso que no exista petición de parte en tal sentido. Debe resaltarse que un trámite análogo, aunque con objeto diferente está ya previsto en la legislación.

En efecto, según el artículo 24 del Decreto Legislativo N° 667¹⁰⁸, cuando exista oposición a la inscripción de posesión respecto a un predio rural, el registrador – de oficio – remite la oposición al juez especializado civil, con lo que, también, se tendrá por presentada la demanda a efectos de expedirse el auto admisorio de la instancia, a efecto de dilucidarse la oposición formulada.

Por tanto, la decisión del tribunal administrativo – cuando haga control difuso - debe ser también revisada en sede judicial, a través del proceso contencioso administrativo.

Es importante resaltar que si bien de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley N° 27584, con la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1067¹⁰⁹, se podría extraer la conclusión que en el proceso contencioso administrativo se va a revisar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes que hagan los órganos administrativos de segunda instancia, con alcance nacional; sin embargo, no es menos cierto que del tenor de tal dispositivo se

¹⁰⁸ Ley del Registro de Predios Rurales.

¹⁰⁹ Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 28 de junio de 2008.

desprende que el proceso contencioso administrativo – en el que supuestamente se va a controlar el control difuso hecho en sede administrativa – procede cuando no se ha hecho tal control, porque procede – según la norma – cuando se ha aplicado una norma que transgreda el ordenamiento jurídico¹¹⁰, añadiendo el dispositivo que la inaplicación de la norma (se entiende la inaplicación de la norma inconstitucional) se apreciará en el mismo proceso, se entiende, el contencioso administrativo.

Por tanto, de acuerdo a la norma glosada, en el proceso contencioso administrativo no se va a controlar ningún control – valga la redundancia – difuso efectuado en sede administrativa, porque para la viabilidad del proceso contencioso administrativo – según la ratio que se desprende de la norma - es necesario que previamente la administración no haya hecho ningún control difuso, y es recién en el proceso judicial en donde se va a evaluar la inaplicación de la norma inconstitucional.

Realmente un retroceso con relación a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 3741-2004-AA/TC, y por ello creo que debe modificarse tal norma, de modo tal que se establezca que el proceso contencioso administrativo procede en caso de que la actuación impugnada se base en la aplicación de una norma que transgreda el ordenamiento jurídico o la Constitución.

Si bien es cierto que el proceso contencioso administrativo es la vía idónea para controlar la actividad de la administración, queda entendido que lo señalado no es óbice para recurrir, de ser el caso, a los procesos

¹¹⁰ Un eufemismo que recoge el dispositivo legal, para no señalar que se ha aplicado una norma que transgrede la Constitución.

constitucionales, siempre y cuando se respete el principio de residualidad recogido en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.



CAPÍTULO 3

CONOCIMIENTO DEL CONTROL DIFUSO, EN LA CIUDAD DE PUNO, POR LOS ABOGADOS Y ADMINISTRADORES

Debo resaltar que en el Plan de Tesis se señaló como ámbito temporal de la investigación los años 2004 y 2005; sin embargo, mientras desarrollaba la misma vi por conveniente circunscribir el ámbito temporal a los años 2005 y 2006, por la cercanía temporal de la recolección de la información a este periodo de tiempo, y dado que el ajuste del ámbito temporal no va a influir en absoluto en el resultado de la investigación.

Por otra parte, la recolección de información la he hecho bajo la técnica de la encuesta, la que me ha parecido más apropiada en razón a la naturaleza argumentativa que tiene la fundamentación jurídica, y sobre todo ante la inexistencia de expedientes administrativos en lo que se haya hecho control difuso en la ciudad de Puno, dato fáctico que se desprende de la fuente de prueba que emana de las encuestas. Añado que los cuadros describen el resultado de las preguntas de las encuestas.

1. FICHA TÉCNICA

Encuesta aplicada a los abogados y administradores (abogados) en la ciudad de Puno, al mes de enero de 2007.

Universo: en Puno se encuentran inscritos en el Colegio de Abogados, como abogados hábiles aproximadamente 1 800 abogados, de los cuales ejercen efectivamente la profesión un aproximado de 1 000 abogados.

Muestra: 320 abogados.

Abogados: 160 abogados.

Administradores: 160 abogados.

Las muestras fueron recogidas en las provincias de Puno y San Román, del departamento de Puno, en el Gobierno Regional, los Municipios Provinciales de Puno y San Román, y 5 Municipios Distritales.

Nivel de significación +- 5%.

2. ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE LOS RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS APLICADAS A LOS ADMINISTRADORES Y ABOGADOS EN LA CIUDAD DE PUNO

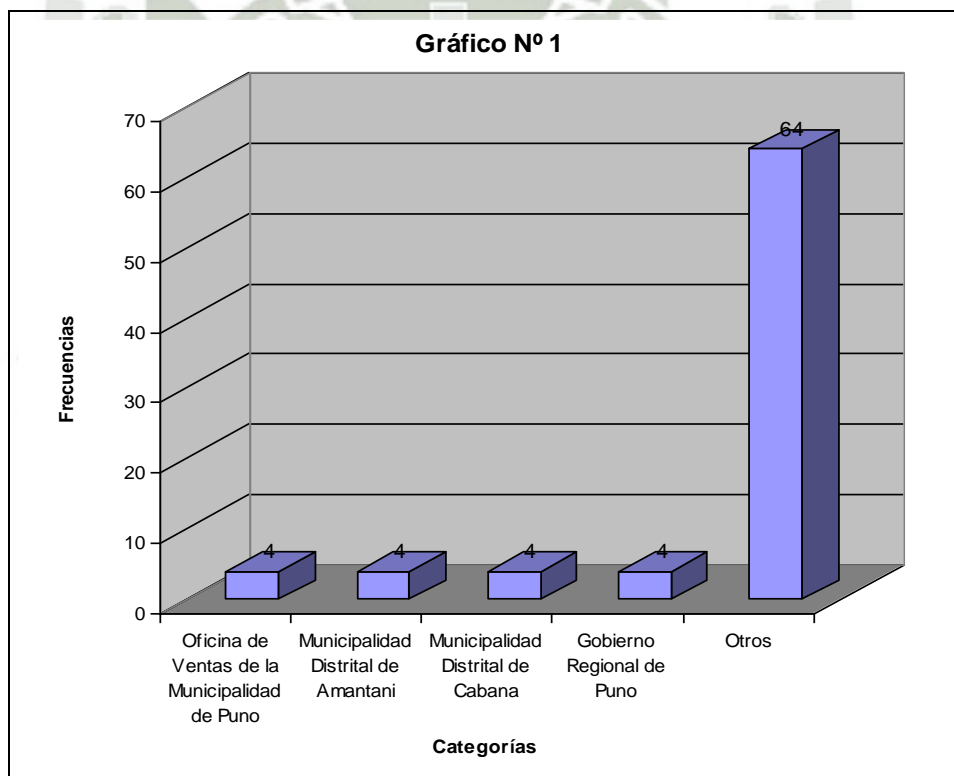
2.1. ANÁLISIS DESCRIPTIVO APLICADO A LOS ADMINISTRADORES

CUADRO N° 1

Entidad estatal, regional, local o similar del departamento de Puno donde laboran los encuestados

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Oficina de Ventas de la Municipalidad de Puno	4	5.0	5.0
Municipalidad Distrital de Amantani	4	5.0	10.0
Municipalidad Distrital de Cabana	4	5.0	15.0
Gobierno Regional de Puno	4	5.0	20.0
Otros	64	80.0	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista.



FUENTE: Elaboración del maestrista.

INTERPRETACIÓN

Según el Cuadro N° 1, el 80% de las personas encuestadas laboran en otras dependencias ajenas a las municipalidades y Gobierno Regional de Puno, solo el 5% trabajan en el Municipio de Puno, Municipio de Amantani, Cabana y el Gobierno Regional de Puno respectivamente.

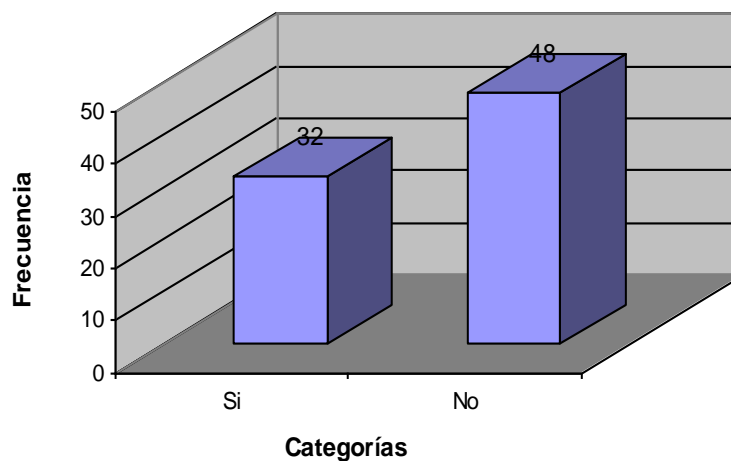
CUADRO N° 2

Sobre si los administradores conocen qué es y la forma de hacer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	32	40.0	40.0
No	48	60.0	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista.

Gráfico N° 2



FUENTE: Elaboración del maestrista.

INTERPRETACIÓN

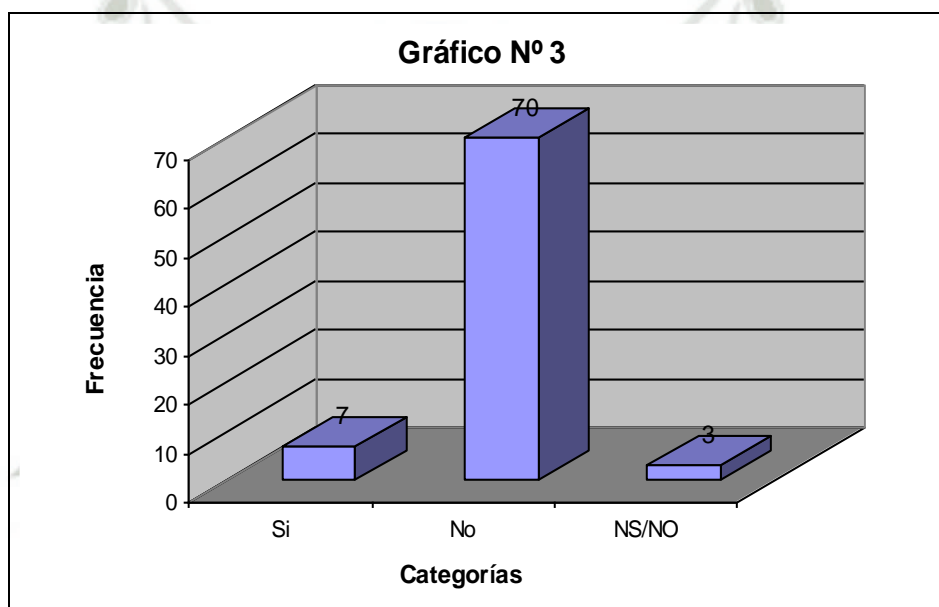
Según el Cuadro N° 2, el 60% de las personas encuestadas no tienen conocimiento sobre que es y la forma de hacer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, mientras que el 40% si tiene conocimiento del mismo.

CUADRO Nº 3

Control difuso efectuado por los administradores en algún procedimiento administrativo en los años 2005 y 2006

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	7	8.8	8.8
No	70	87.5	96.3
NS/NO	3	3.8	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista.



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

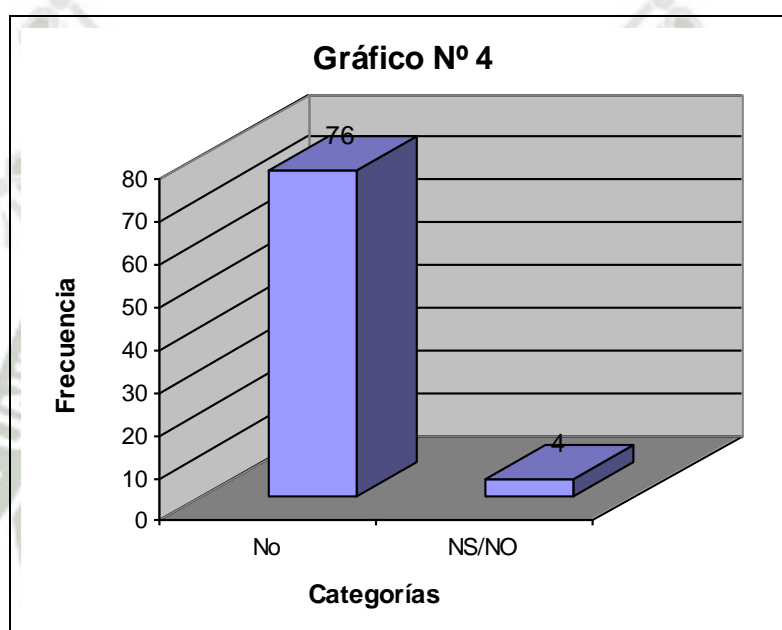
Según el Cuadro Nº 3, el 87.5% de las personas encuestadas no han hecho control difuso de la constitucionalidad de las leyes en algún procedimiento administrativo puesto a su consideración, mientras que solo el 8.8% de los encuestados si ha hecho control difuso.

CUADRO N° 4

Grado de capacitación de los administradores para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
No	76	95.0	95.0
NS/NO	4	5.0	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista.



FUENTE: Elaboración del maestrista.

INTERPRETACIÓN

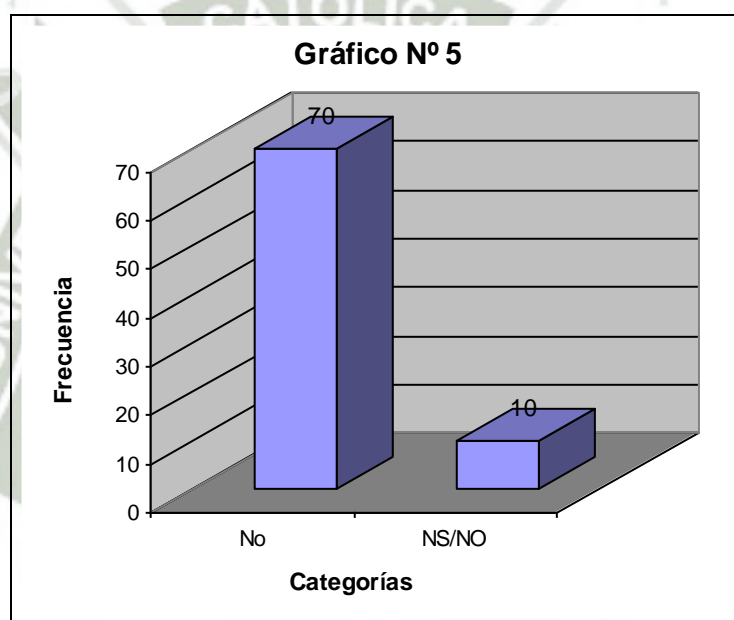
Según el Cuadro N° 4, el 95% de las personas encuestadas señalan que los administradores no están debidamente capacitados para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

CUADRO Nº 5

Creencia sobre si los administradores están facultados constitucionalmente en todos los niveles e instancias para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
No	70	87.5	87.5
NS/NO	10	12.5	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista.



FUENTE: Elaboración del maestrista.

INTERPRETACIÓN

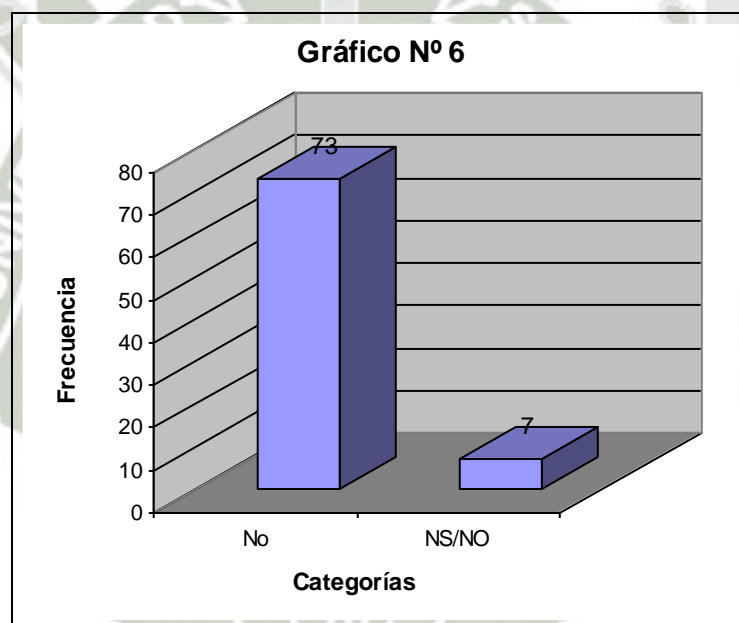
Según el Cuadro Nº 5, el 87.5% de las personas encuestadas creen que los administradores no están facultados constitucionalmente en todos los niveles e instancias para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

CUADRO N° 6

Nivel de creencia respecto a si los administradores en el departamento de Puno están debidamente capacitados para que, en adición de sus funciones, se les de amplias facultades, en todos los niveles e instancias, para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
No	73	91.3	91.3
NS/NO	7	8.8	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista.



FUENTE: Elaboración del maestrista.

INTERPRETACIÓN

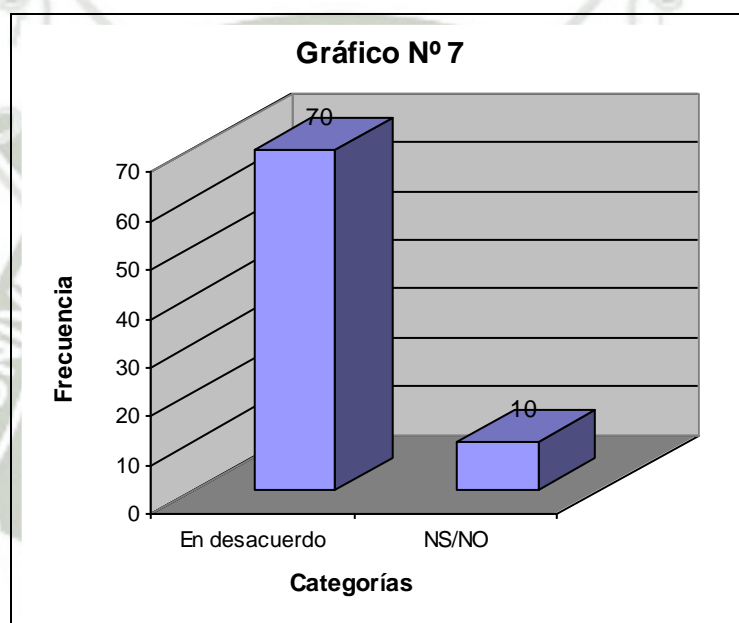
Según el Cuadro N° 6, el 91.3% de las personas encuestadas creen que los administradores en el departamento de Puno no están debidamente capacitados para que, en adición de sus funciones, se les de amplias facultades, en todos los niveles e instancias, para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

CUADRO N° 7

Nivel de aceptación respecto a que los administradores estén facultados para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
En desacuerdo	70	87.5	87.5
NS/NO	10	12.5	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista.



FUENTE: Elaboración del maestrista.

INTERPRETACIÓN

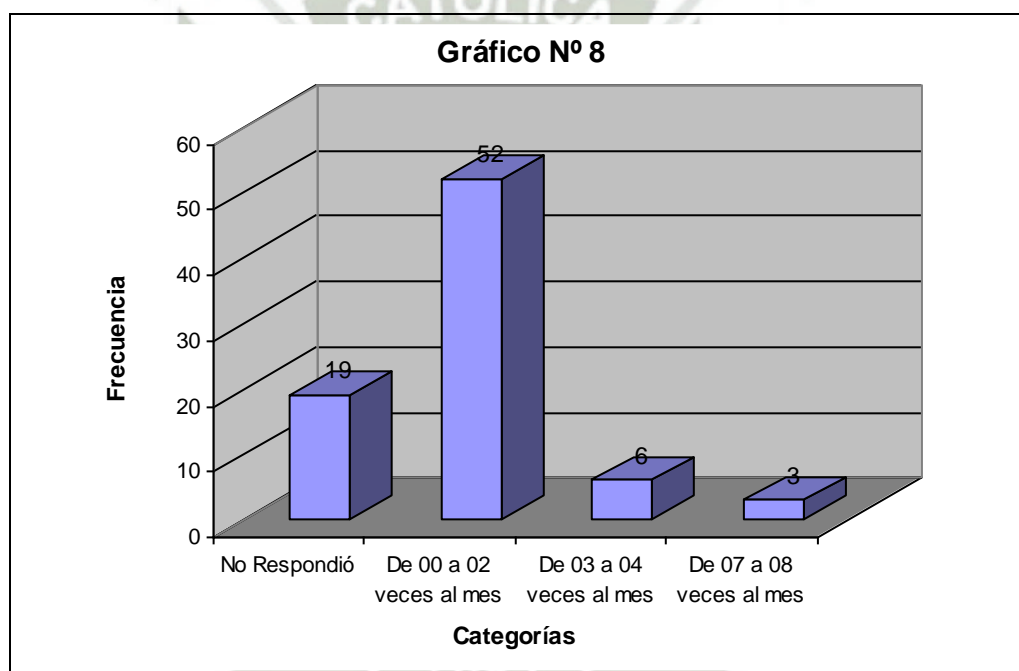
Según el Cuadro N° 7, el 87.5% de las personas encuestadas están en desacuerdo en que los administradores estén facultados para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

CUADRO Nº 8

Frecuencia con la que los administradores han hecho control difuso de la constitucionalidad de las leyes, al resolver los procedimientos administrativos puestos a su consideración en los años 2005 y 2006?

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
No Respondió	19	23.8	23.8
De 00 a 02 veces al mes	52	65.0	88.8
De 03 a 04 veces al mes	6	7.5	96.3
De 07 a 08 veces al mes	3	3.8	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista.



FUENTE: Elaboración del maestrista.

INTERPRETACIÓN

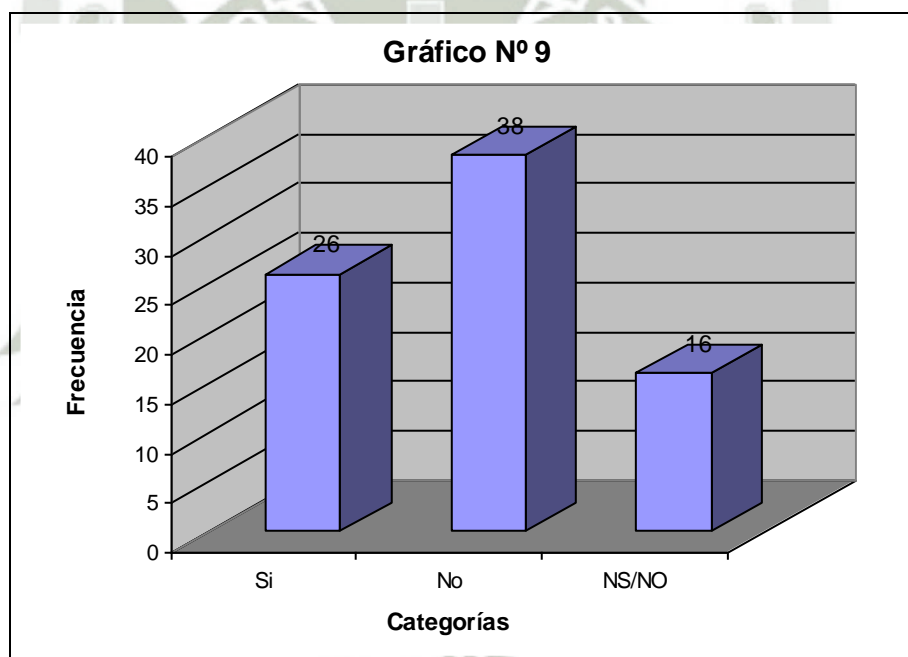
Según el Cuadro Nº 8, el 65% de las personas encuestadas han señalado que han hecho control difuso de la constitucionalidad de las leyes de 0 a 2 veces al mes al resolver los procedimientos administrativos puestos a su consideración en los años 2005 y 2006, mientras que el 7.5% de las personas encuestadas han hecho control difuso de 3 a 4 veces al mes. Empero, de la observación directa se constata que en realidad se han referido al control de legalidad.

CUADRO Nº 9

Creencia respecto a que si los administradores, al hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, protegen realmente la vigencia de los derechos humanos y con ello cautelan que la constitución prevalezca sobre cualquier otra norma

Categorías		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Válidos	Si	26	32.5	32.5
	No	38	47.5	80.0
	NS/NO	16	20.0	100.0
Total		80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista.



FUENTE: Elaboración del maestrista.

INTERPRETACIÓN

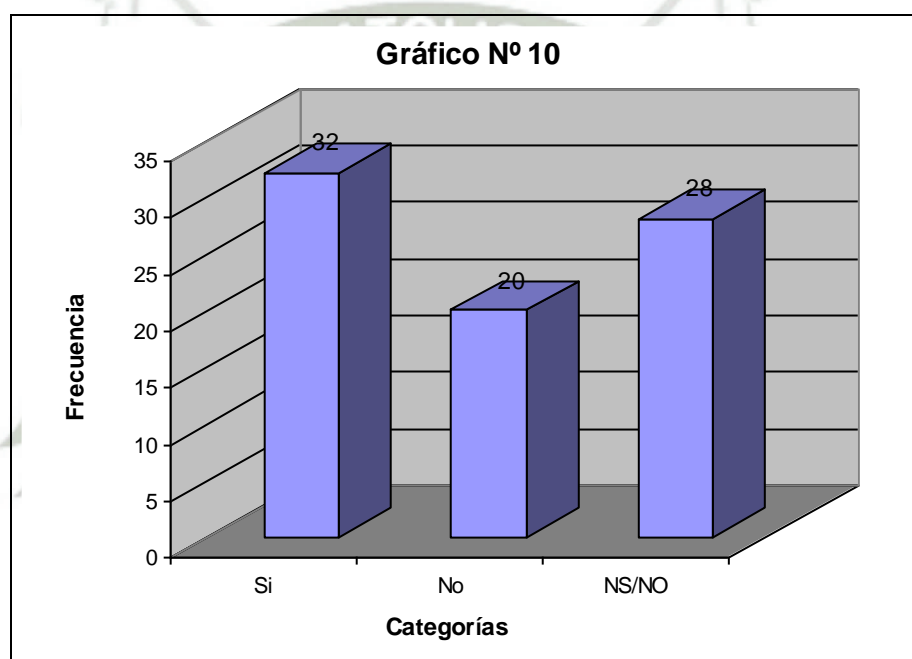
Según el Cuadro Nº 9, el 47.5% de las personas encuestadas no creen que al estar facultados los administradores para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, protejan realmente la vigencia de los derechos humanos y con ello cautelen que la Constitución prevalezca sobre cualquier norma, ante un 32.5% de las personas encuestadas opinan lo contrario.

CUADRO N° 10

Nivel de temor respecto a que si los administradores se les amplía sus facultades para que puedan hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, puedan hacer uso indebido de tal facultad y lleguen a cometer exceso en sus funciones, que perjudiquen los derechos de los justiciables

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	32	40.0	40.0
No	20	25.0	65.0
NS/NO	28	35.0	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista.



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

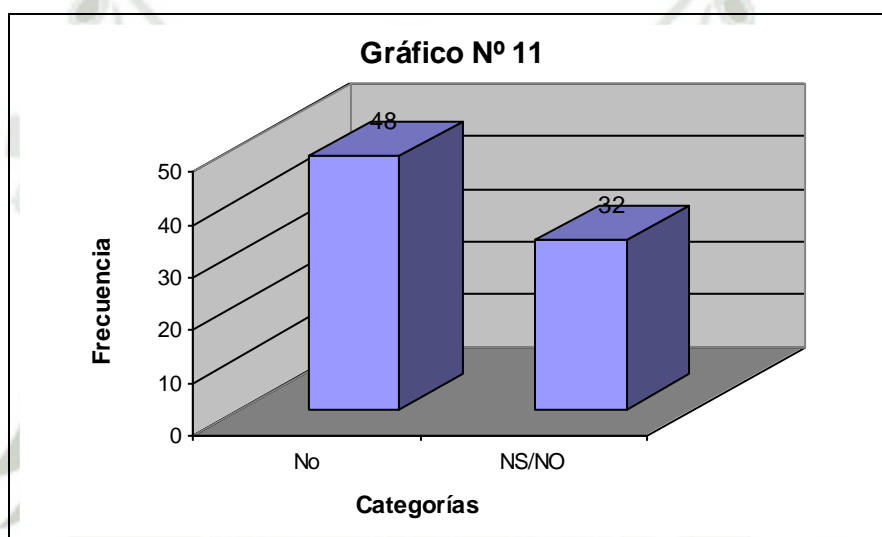
Según el Cuadro N° 10, el 40% de las personas encuestadas si teme que al tener los administradores amplias facultades de hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, puedan hacer uso indebido de tal facultad y lleguen a cometer exceso en sus funciones, que perjudiquen los derechos de las personas, mientras que el 25% de los encuestados no tienen temor a que los administradores tengan amplias facultades para hacer control difuso.

CUADRO N° 11

Nivel de aceptabilidad del proceso contencioso administrativo como herramienta eficaz para efectos de controlar y evitar que los administradores cometan excesos y abusos cuando hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
No	48	60.0	60.0
NS/NO	32	40.0	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

Según el Cuadro N° 11, el 60% de las personas encuestadas no creen que el proceso contencioso administrativo sea eficaz para efectos de controlar y evitar que los administradores cometan excesos y abusos cuando hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes, mientras que un 40% de los encuestados se mantuvieron indiferente ante esta interrogante.

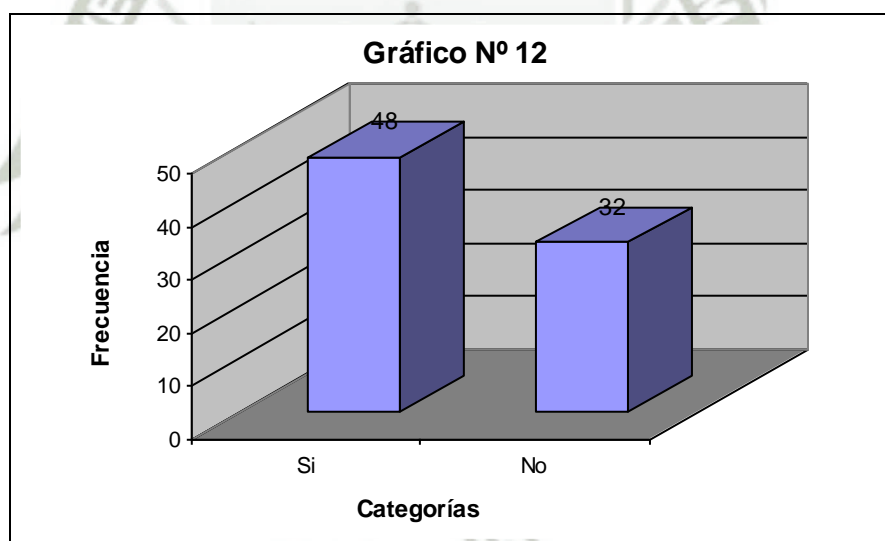
2.2. ANÁLISIS DESCRIPTIVO APLICADO A LOS ABOGADOS

CUADRO N° 12

Sobre si tiene o no conocimiento sobre el control difuso de la constitucionalidad de las leyes llevado a cabo por los administradores

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	48	60.0	60.0
No	32	40.0	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

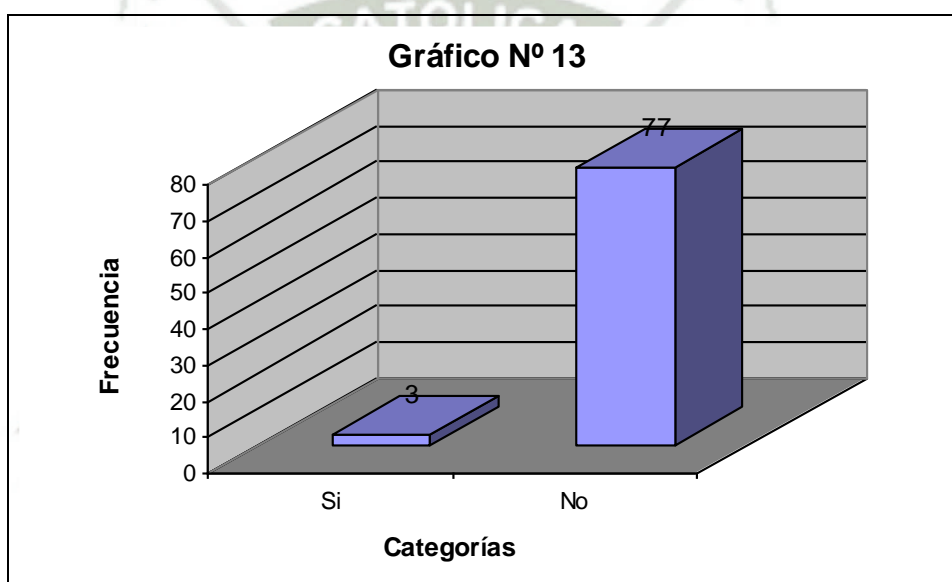
Según el Cuadro N° 12, el 60% de los profesionales del derecho encuestados si tienen conocimiento sobre el control difuso de la constitucionalidad de las leyes llevado a cabo por los administradores, ante un 32% de los encuestados que señalan que no tienen conocimiento.

CUADRO Nº 13

Sobre si han llevado algún caso en particular en el que en sede administrativa se halla hecho control difuso de la constitucionalidad de las leyes

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	3	3.8	3.8
No	77	96.3	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

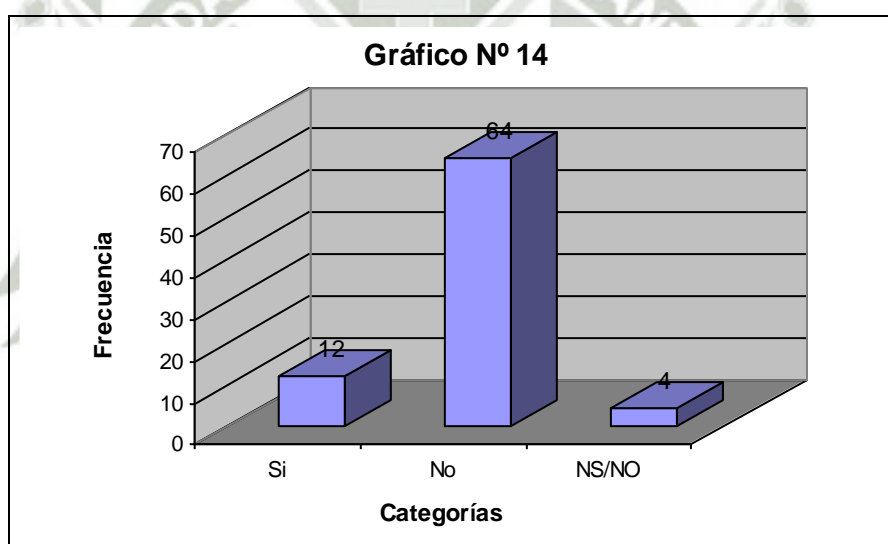
Según el Cuadro Nº 13, el 96.3% de los profesionales del derecho encuestados señalan que no han llevado algún caso en particular en el que en sede administrativa se halla hecho control difuso de la constitucionalidad de las leyes, ante solo un 3.8% que indican que si han llevado algún caso en particular.

CUADRO N° 14

Creencia respecto a si los administradores están facultados constitucionalmente en todos los niveles e instancias para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	12	15.0	15.0
No	64	80.0	95.0
NS/NO	4	5.0	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

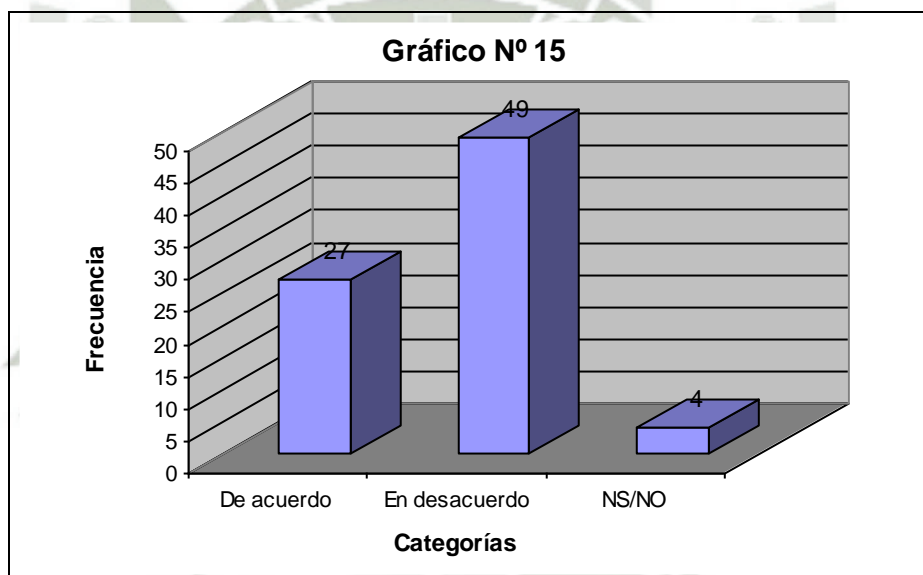
Según el Cuadro N° 14, el 80% de los profesionales del derecho encuestados no creen que los administradores estén facultados constitucionalmente en todos los niveles e instancias para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, ante un 15% de los encuestados si creen que los administradores están facultados constitucionalmente en todos los niveles e instancias para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

CUADRO N° 15

Respecto a si están de acuerdo o en desacuerdo a que los administradores estén facultados para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
De acuerdo	27	33.8	33.8
En desacuerdo	49	61.3	95.0
NS/NO	4	5.0	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

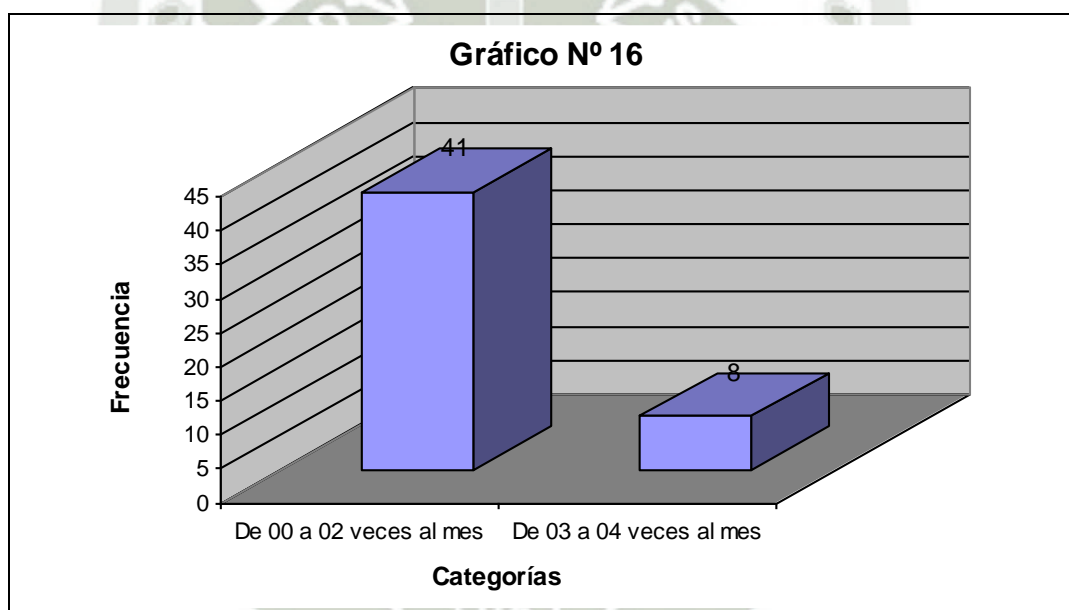
Según el Cuadro N° 15, el 61.3% de los profesionales del derecho encuestados están en desacuerdo en que los administradores estén facultados para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, ante solo un 33.8% de los encuestados que indican que si están de acuerdo con dicha propuesta.

CUADRO N° 16

Frecuencia con la que se estima que los administradores hacen control difuso al resolver los procedimientos administrativos puestos a su consideración, en el departamento de Puno

Categorías		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	De 00 a 02 veces al mes	41	51.3	83.7	83.7
	De 03 a 04 veces al mes	8	10.0	16.3	100.0
	Total	49	61.3	100.0	
Perdidos	No responde	31	38.8		
Total		80	100.0		

FUENTE: Elaboración del maestrista



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

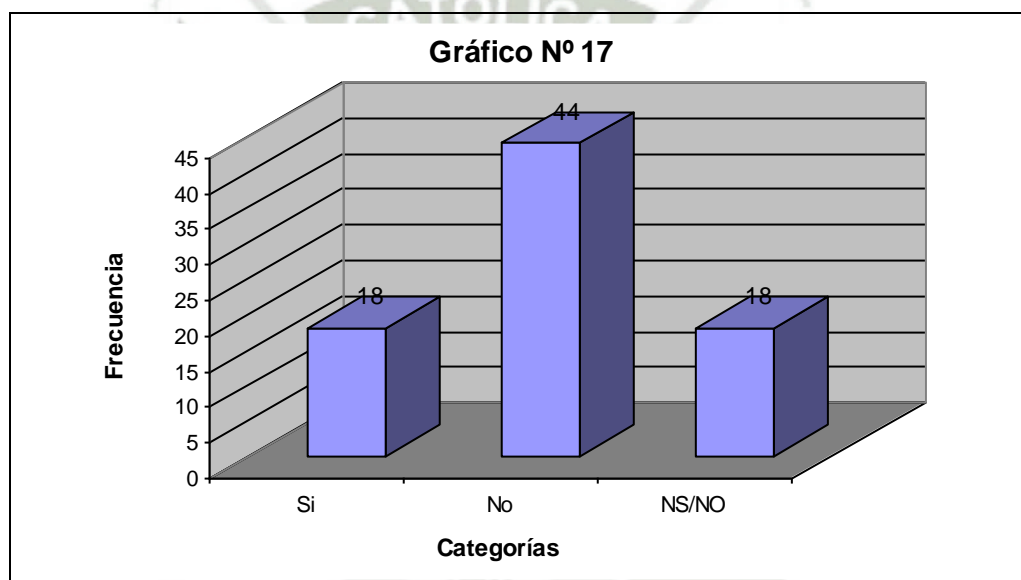
Según el Cuadro N° 16, el 83.7% de los profesionales del derecho encuestados creen que los administradores hacen control difuso de 0 a 2 veces al mes al resolver los procedimientos administrativos puestos a su consideración, mientras que un 16.3% creen que lo hacen de 3 a 4 veces al mes.

CUADRO N° 17

Frecuencia con la que se estima que los administradores en el departamento de Puno hayan hecho control difuso al resolver los casos puestos a su consideración en los años 2005 y 2006

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	18	22.5	22.5
No	44	55.0	77.5
NS/NO	18	22.5	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

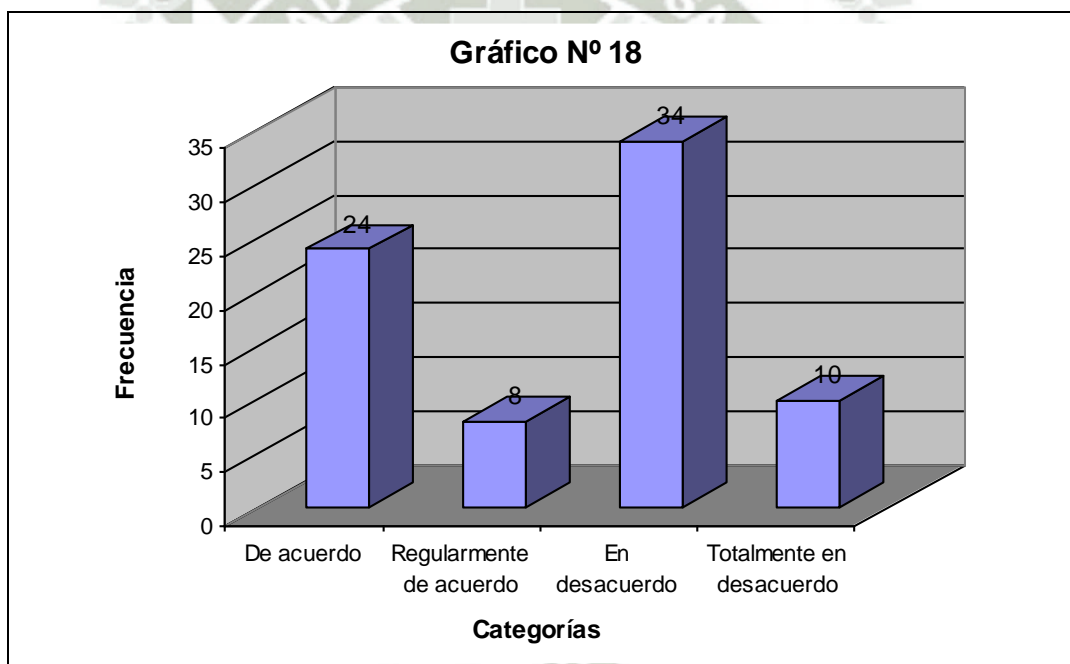
Según el Cuadro N° 17, el 55% de los profesionales del derecho encuestados no creen que los administradores en el departamento de Puno hayan hecho control difuso al resolver los casos puestos a su consideración en los años 2005 y 2006, mientras que un 22.5% de los encuestados creen que los administradores si han hecho control difuso.

CUADRO N° 18

Sobre el nivel de acuerdo o desacuerdo respecto a los administradores hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes en todos los niveles

Categorías		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	De acuerdo	24	30.0	31.6	31.6
	Regularmente de acuerdo	8	10.0	10.5	42.1
	En desacuerdo	34	42.5	44.7	86.8
	Totalmente en desacuerdo	10	12.5	13.2	100.0
	Total	76	95.0	100.0	
Perdidos	No respondió	4	5.0		
Total		80	100.0		

FUENTE: Elaboración del maestrista



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

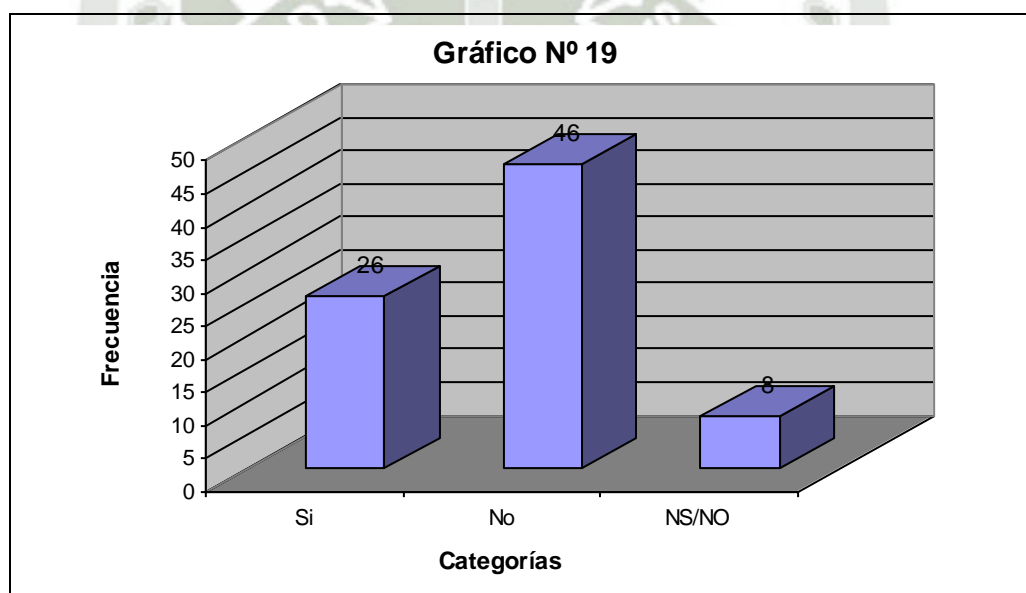
Según el Cuadro N° 18, el 57.9% de los profesionales del derecho encuestados no están de acuerdo en que los administradores hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes, ante solo un 31.6% de los encuestados que señalan estar de acuerdo. Empero, de la observación directa se constata que los encuestados se refieren a la actividad policial.

CUADRO N° 19

Respecto a si los administradores al hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes protegen realmente la vigencia de los derechos humanos y con ello cautelan que la Constitución prevalezca sobre cualquier otra norma

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	26	32.5	32.5
No	46	57.5	90.0
NS/NO	8	10.0	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

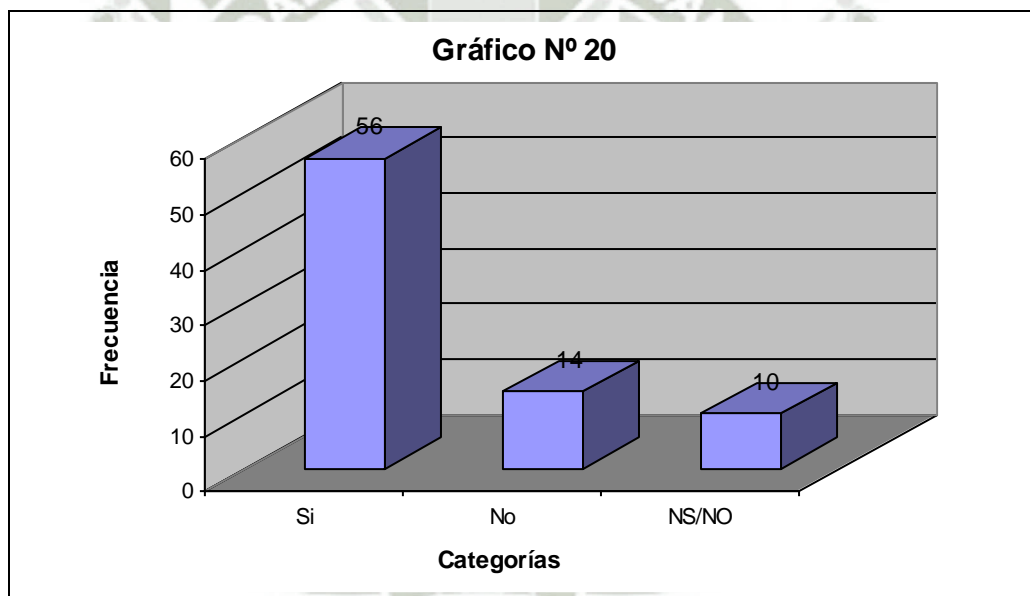
Según el Cuadro N° 19, el 57.5% de los profesionales del derecho encuestados, no creen que al estar facultados los administradores para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes protejan realmente la vigencia de los derechos humanos y con ello cautelen que la Constitución prevalezca sobre cualquier otra norma, ante un 32.5% de los encuestados que manifiestan que si protegerán realmente la vigencia de los derechos humanos y con ello cautelarán que la Constitución prevalezca sobre cualquier otra norma.

CUADRO N° 20

Sobre el temor a que al tener los administradores amplias facultades para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes puedan hacer uso indebido y lleguen a cometer excesos en sus funciones que perjudiquen los derechos de las personas

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	56	70.0	70.0
No	14	17.5	87.5
NS/NO	10	12.5	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

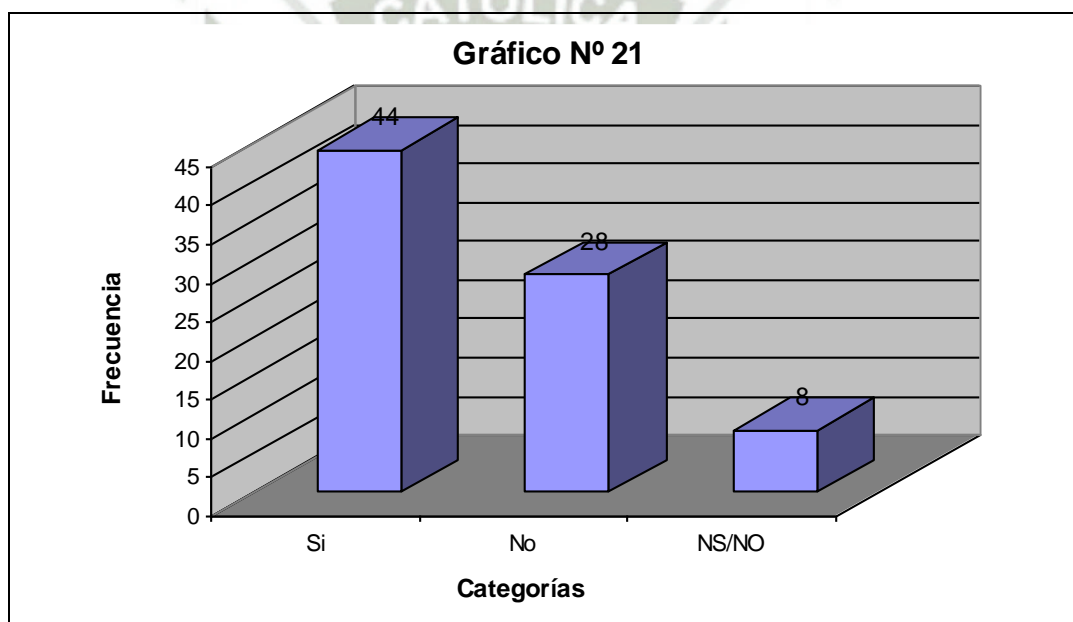
Según el Cuadro N° 20, el 70% de los profesionales del derecho encuestados manifestaron si temer que al tener los administradores amplias facultades para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes puedan hacer uso indebido y lleguen a cometer excesos en sus funciones que perjudiquen los derechos de las personas, mientras que solo un 17.5% de los encuestados señalaron no temer que los administradores tengan amplias facultades para hacer control difuso

CUADRO N° 21

Sobre la necesidad de la existencia de un mecanismo de control de los administradores cuando hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	44	55.0	55.0
No	28	35.0	90.0
NS/NO	8	10.0	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

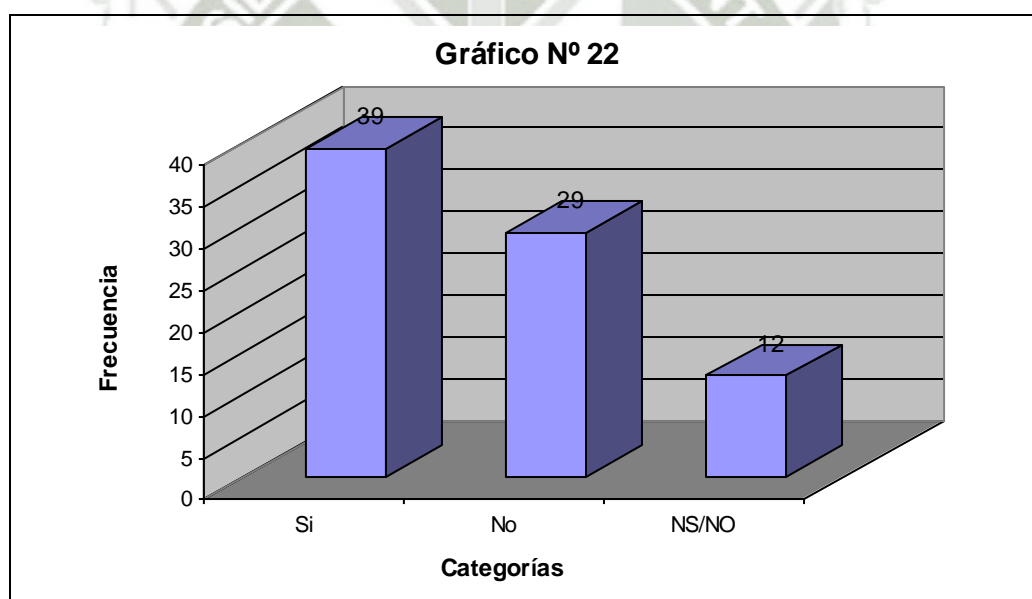
Según el Cuadro N° 21, el 55% de los profesionales del derecho encuestados creen que si debería haber un mecanismo de control de los administradores cuando hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes, ante un 35% de los encuestados que indicaron que no debería haber un mecanismo de control.

CUADRO N° 22

Sobre la estimación respecto a si el proceso contencioso administrativo es eficaz para los efectos de controlar y evitar que los administradores cometan excesos y abusos cuando hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes

Categorías	Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje acumulado
Si	39	48.8	48.8
No	29	36.3	85.0
NS/NO	12	15.0	100.0
Total	80	100.0	

FUENTE: Elaboración del maestrista



FUENTE: Elaboración del maestrista

INTERPRETACIÓN

Según el Cuadro N° 22, el 48.8% de los profesionales del derecho encuestados creen que si es eficaz el proceso contencioso administrativo para los efectos de controlar y evitar que los administradores cometan excesos y abusos cuando hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes, mientras que un 36.3% de los encuestados, son de la opinión que no es eficaz

CONCLUSIONES

Primero. La hipótesis propuesta en el Plan de Tesis está demostrada, porque para garantizar la plena eficacia de la norma constitucional, en sede administrativa, es necesario reconocer que los administradores de todos los niveles están facultados constitucionalmente a hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Segundo. El control difuso de constitucionalidad de las leyes tiene como característica el ser un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes, que permite asegurar que la Constitución, como norma suprema de la organización del sistema jurídico, tenga eficacia en todo el ordenamiento jurídico, y que todos los operadores jurídicos, sean jurisdiccionales o administrativos la prefieran en caso de conflicto de ésta con una norma legal.

Tercero. Pese a que nuestro ordenamiento jurídico siempre ha reconocido la supremacía de la norma constitucional respecto a la norma legal, y para garantizar ello se ha instaurado el control difuso, empero, en antaño se entendió que este tipo de control sólo podían hacerlo los jueces, proscribiéndose tal facultad respecto a los administradores que, ejerciendo jurisdicción administrativa, resuelven los asuntos puestos a su consideración. Sin embargo, en hogaño se reconoce que los órganos administrativos de segunda instancia, que imparten justicia administrativa a nivel nacional, pueden efectuar control difuso de la constitucionalidad de las leyes, proscribiéndose tal facultad al resto de órganos administrativos.

Cuarto. Los administradores de la administración pública – de todos los niveles e instancias - sí están facultados para hacer control difuso de la

constitucionalidad de las leyes, porque según la norma contenida en el artículo 51 de la Constitución, ésta prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre las normas de menor jerarquía y así sucesivamente, lo que debe concordarse con la norma contenida en el principio de legalidad, recogido en el numeral 1.1. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que prevé que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución.

Quinto. Del resultado de la investigación se desprende que los administradores en la ciudad de Puno no hacen control difuso de la constitucionalidad de las leyes, y lo más grave es que no tienen cabal conocimiento de los alcances de tal institución jurídica, desconocimiento que también se extiende a los abogados de la ciudad de Puno.

Sexto. Es prácticamente nula la frecuencia con la que los administradores en la ciudad de Puno hacen control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Séptimo. Los administradores en la ciudad de Puno, durante los años 2005 y 2006 no han hecho control difuso de la constitucionalidad de las leyes, lo que significa que durante tal periodo de tiempo y en tal ámbito geográfico no se ha garantizado la plena eficacia de la Constitución, pese a que ésta los faculta a hacer tal control.

Octavo. Es posible diseñar un procedimiento administrativo – con derivación a sede judicial – que permita controlar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes que hagan los administradores de la administración públicas en todas sus instancias.

SUGERENCIAS

Primera. Debe modificarse la norma contenida en el artículo 1.1. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N ° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General – que prevé “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución , la ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines que les fueron conferidas”, debiendo quedar redactado de la forma siguiente: *“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución , la ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines que les fueron conferidas. En todos los procedimientos las autoridades administrativas, de todos los niveles, deben preferir la norma constitucional a la norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente estando facultades para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes”.*

Segunda. Debe modificarse la norma contenida en el artículo 207 de la Ley N ° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General – que prevé: “ 207.1 Los recursos administrativos son: a) Recurso de reconsideración, b) Recurso de apelación, c) Recurso de revisión. 207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días”, debiendo quedar redactado en la forma siguiente: *“207.1 Los recursos administrativos son: a) Recurso de reconsideración b) Recurso de apelación c) Recurso de revisión d) Consulta en caso de control difuso de la*

constitucionalidad de las leyes. 207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, excepto la consulta porque lo actuado deberá ser elevado de oficio al superior en grado al día siguiente de emitida la resolución, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días”

Tercera. Debe agregarse a la Ley N ° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, un artículo 210-A, cuyo contenido debe ser: *“A través de la consulta, el superior jerárquico revisará el control difuso de constitucionalidad de las leyes efectuado en primera instancia administrativa, aprobando o desaprobando la resolución correspondiente. Si se aprueba la resolución en que se hizo control difuso, los actuados deben ser remitidos de oficio al juez competente para su revisión judicial, en caso no exista iniciativa de parte en tal sentido”.*

Cuarta. Debe modificarse la norma contenida en el inciso 1 del artículo 7 de la Ley N ° 27584 – Ley que Regula en Procedimiento Contencioso Administrativo -, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067 que prevé: *“1.- Control Difuso.- En aplicación de lo dispuesto en los Artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Perú, el proceso contencioso administrativo procede aún en caso de que la actuación impugnada se base en la aplicación de una norma que transgreda el ordenamiento jurídico. En este supuesto, la inaplicación de la norma se apreciará en el mismo proceso”, debiendo quedar redactado en la forma siguiente: “1. Control difuso. En aplicación de lo dispuesto en los Artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Perú, el proceso contencioso*

administrativo procede para revisar las actuaciones administrativas impugnables en que se haya hecho control difuso de la constitucionalidad de las leyes. En caso que el tribunal administrativo haya hecho control difuso o haya aprobado el control difuso efectuado en primera instancia administrativa, remitirá de oficio el procedimiento administrativo al juez competente, para su revisión, con lo que se entiende interpuesta la demanda, si ésta no ha sido promovida a instancia de parte”.



BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. Ahumada Ruiz, Miriam, “¿Hay alguna alternativa a la judicial review?”, En: Instrumentos de tutela constitucional: Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México D.F., 2002.
2. Capelleti, Mauro, El Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el Derecho Comparado, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, 1996.
3. Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VII, 21 Edición, Editorial Helliasta S.R.L, Buenos Aires.
4. Constitución Política de 1993.
5. Camargo, Pedro Pablo, Problemática mundial de los derechos humanos, Universidad Gran Colombia, Bogotá, 1974.
6. Cervantes Anaya, Dante, Derecho administrativo y administración pública, primera edición, Editorial F.D. UNSA, Arequipa, 1996.
7. Código Tributario, según Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF
8. Díaz, Elías, Estado de derecho y sociedad democrática, Editorial Taurus, Madrid, 1981.
9. Díaz Revorio, Francisco Javier, La constitución abierta y su interpretación, Palestra Editores, Lima, 2004.
10. De Asís Roig, Rafael, La interpretación de la Constitución, sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su interpretote, en Palestra del Tribunal Constitucional, Palestra Editores, Lima, 2007.

11. Del Pozo, Claudia, control difuso y procedimiento administrativo, Palestra Editores, Lima, 2005.
12. Espinoza-Saldaña Barrera, Eloy, Derechos constitucionales y derechos humanos, Módulo II, Academia de la Magistratura-Profa, Lima, 2005.
13. Fernández Segado, Francisco, "Evolución histórica y modelos de control de constitucionalidad", En: La jurisdicción constitucional en Iberoamérica. García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coordinadores). Dykinson. Madrid, 1997.
14. García Pelayo, Manuel, Estado legal y Estado Constitucional de Derecho. En: Lecturas sobre temas constitucionales, N° 7, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988.
15. García de Enterría, Eduardo, La constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, tercera edición, Madrid, 1988.
16. García de Enterría, Eduardo, Tomás-Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo I, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1984.
17. Gairo Roldán, Omar, Justicia constitucional y proceso de amparo, alestra Editores, Lima, 2004.
18. Hamilton, Alejandro. "El federalista". FCE. 2° edición. México. 1957.
19. Landa Arroyo, Cesar, Tribunal Constitucional y Estado de Derecho, PUCP, Lima, 1999.
20. Lewis, John, Los derechos del hombre, UNESCO, 1949.
21. Leyes y Doctrina, Editorial Gaceta Jurídica, CD 75 000 Leyes Vigentes- Colección de Actualidad Jurídica.
22. Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

23. Linares, Juan Francisco, Derecho administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.
24. Monroy Cabra, Marco Gerardo, Los derechos humanos, Editorial Temis Librería, Bogota, 1980.
25. Morón Urbina, Juan Carlos, Comentarios a la Ley de Procedimientos Administrativos General, Edit. Gaceta Jurídica. 2ª Edic, Lima, 2003.
26. Nuñez Borja, Humberto, Breve tratado de derecho administrativo del Perú, tercera edición, primera parte. Cooperativa Editorial Universitaria, Arequipa, 1972.
27. Oficio Circular N° 021-2007-SG-CS-PJ, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 13 de febrero de 2007, concretamente en el segundo considerando y en la parte resolutive.
28. Palomino Manchego, José, Espinosa Saldaña Barrera, Eloy, Teoría de los derechos humanos: problemas escogidos, Curso a Distancia para Magistrados, Academia de la Magistratura, Lima, 2005.
29. Paredes Núñez, Julio Ernesto, Manual para la investigación científica, Universidad católica de Santa María- Escuela de Postgrado, Arequipa, 2005.
30. Peces- Barba Martinez, Gregorio, Curso de derechos fundamentales (I) teoría general, Curso a Distancia para Magistrados, AMAG, Lima, 2005.
31. Perez Luño, Antonio, Los derechos fundamentales, en Teoría de los derechos humanos: problemas escogidos, Academia de la Magistratura, Lima, 2005.

32. Perez Luño, Antonio, Derechos humanos, estado de derecho y constitución, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
33. Prieto Sanchis, Luis, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, Palestra Editores, Lima, 2002.
34. Reglamento del Tribunal Registral, aprobado mediante Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 263-2005-SUNARP-SN.
35. Priori Posada, Giovanni, Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ara Editores, 3era Edición, Lima, 2007.
36. Rivera Santivañez, José A., Supremacía Constitucional y Sistema de Control de Constitucional, en Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, Juristas Editores, Segunda Edición, Lima, 2004.
37. Rivera Santivañez, José, Supremacía constitucional y sistemas de control de la constitucionalidad, en Derecho Procesal Constitucional, Jurista Editores S.A., Lima, 2003.
38. Resoluciones del Tribunal Fiscal N°s 6248-2-2004, 8522-3-2001, 495-3-2001, 099-5-2000, 390-2-98, 235-1-98, 1277-5-97, 652-2-96, 536-3-99.
39. Sánchez Fernández, Luis Manuel, Cuaderno de argumentación jurídica, Comunicación y Publicidad, Arequipa, 2000.
40. Szabo, Imre, Fundamentos históricos de los derechos humanos y desarrollo posteriores, Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos, Volumen I, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.
41. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3741-2004-AA/TC.

42. Sentencia emitida en el expediente N° 5854-2005-PA/TC, en Explorador Jurisprudencial 2007-2006, Gaceta Jurídica.
43. Sentencia recaída en el expediente N° 5854-2005-PA/TC, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 10 de noviembre de 2005.
44. Sentencia recaída en el expediente N° 047-2004-AI/TC, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 13 de mayo de 2006.
45. Sentencia emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en el expediente de casación N° 011-2005-PUNO.
46. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 007-2001-AI/T.
47. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0499-2002-AA/TC.
48. Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 079-2005-SUNARP-SN
49. Uribe Vargas, Diego, Los derechos humanos y el sistema interamericano, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1972.
50. Vidal Ramirez, Fernando, El Tribunal Constitucional vs. El Jurado Nacional de Elecciones, Análisis del conflicto competencial derivado de la inconstitucionalidad de la Ley N° 28642, en Diálogo con la jurisprudencia, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 1997.

Revistas

1. Blume Fortini, Ernesto, El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, En: Revista Derecho PUCP, N°50, Lima, 1996.
2. Bullard G, Alfredo, Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas, en Themis, Revista de Derechos N° 51, Lima.
3. Bardales Castro, Percy, La Obligación del Tribunal Fiscal y la Administración Tributaria de ejercer el control difuso: A propósito del criterio establecido en una reciente sentencia del Tribunal Constitucional”, en Revista de Dialogo con la Jurisprudencia, Año 11, N° 83, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
4. Cerna Salazar, Daniel Ernesto, La labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional, en Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2007.
5. Danos, Jorge, entrevista en Gaceta Jurídica – Legal Express N° 59.
6. Landa Arroyo, César, entrevista Gaceta Jurídica – Legal Express N° 59.
7. León Pinedo, Silvia, La aplicación del control difuso por los tribunales administrativos, en Actualidad Jurídica N° 156, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2006.



UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



**EL CONTROL DIFUSO LLEVADO A CABO POR LOS ADMINISTRADORES
SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 EN EL DEPARTAMENTO DE PUNO,
DEL 2004 AL 2005.**

Proyecto de Tesis presentado por el Bachiller:

JORGE VICENTE TIMOTEO LINARES CARREÓN

para optar el Grado Académico de

Magíster en Derecho Constitucional.

AREQUIPA – PERÚ

2007

I. PREÁMBULO

En el ejercicio de mi labor profesional, uno de los problemas que se ha detectado está referido a establecer si la administración esta facultada constitucionalmente, en todos los niveles e instancias para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Como es sabido, en nuestro sistema jurídico la Constitución prevalece sobre toda otra norma de menor jerarquía (ley, decreto supremo, etc.), y por ello todos los operadores jurídicos tienen el deber de preferir siempre la norma constitucional.

Sin embargo, en la ciudad de Puno tuve la oportunidad de observar que en la práctica diaria, es común observar que en sede administrativa, los administradores no se sienten obligados a preferir la norma constitucional sobre normas de rango inferior.

Por ello en la presente investigación se va a determinar y analizar en que medida se hace control difuso de la constitucionalidad en sede administrativa, en la ciudad de Puno, del 2004 al 2005, y en base a ello determinar la conveniencia o no de que los administradores efectúen control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

El Tribunal Constitucional recientemente ha establecido que 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.º, 51.º y 138.º 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.

En el presente proyecto, en primer lugar se trata sobre la forma cómo se entiende el control difuso en nuestro sistema jurídico, y además sobre la forma cómo está normado y cómo debe realmente entenderse esta figura jurídica. En un segundo lugar se dilucida la eficacia y la forma como se hace control difuso por parte de los administradores, en la ciudad de Puno, buscándose determinar si dicho control es el adecuado y efectivo, para garantizar la eficacia plena de la Constitución.

Puno, Marzo del 2007



II. PLANTEAMIENTO TEORICO

1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

EL CONTROL DIFUSO LLEVADO A CABO POR LOS ADMINISTRADORES SEGÚN LA CONSTITUCIÓN DE 1993 EN EL DEPARTAMENTO DE PUNO, DEL 2004 AL 2005.

1.2. DESCRIPCION DEL PROBLEMA

1.2.1. ÁREA DEL CONOCIMIENTO

El problema a investigarse se encuentra en:

CAMPO: Ciencias Jurídicas.

ÁREA : Derecho Constitucional y derecho administrativo.

LÍNEA : El control de constitucionalidad de las leyes.

1.2.2. ANÁLISIS DE VARIABLES

VARIABLE ÚNICA

El control difuso llevado a cabo por los administradores.

INDICADORES

- Primacía de la Constitución dentro de las fuentes normativas.
- Sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes.
- Jurisdicción administrativa.

SUBINDICADORES

- Jerarquía normativa.
- Pirámide de Kelsen.
- Control difuso de la constitucionalidad de las leyes.
- Control concentrado de la constitucionalidad de las leyes.

- Cantidad de casos de control difuso efectuados dentro de la jurisdicción administrativa.

TIPO	VARIABLE	INDICADORES	SUB-INDICADORES
VARIABLE ÚNICA.	El control difuso llevado a cabo por los administradores según la Constitución de 1993 en el departamento de Puno, del 2004 al 2005.	Primacía de la Constitución dentro de las fuentes normativas.	-Jerarquía normativa. -Pirámide de Kelsen.
		Sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes.	- Control difuso. - Control concentrado.
		Jurisdicción administrativa.	Cantidad de casos de control difuso efectuados en la jurisdicción administrativa.

1.2.3. INTERROGANTES DE LA INVESTIGACION

- ¿Cuáles son las características del control difuso de la constitucionalidad de las leyes?
- ¿Cómo ha evolucionado el control difuso a lo largo de la historia jurídica del Perú?
- ¿Los administradores están facultados constitucionalmente en todos los niveles e instancias para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes?
- ¿Los administradores hacen control difuso al resolver los conflictos ínter subjetivos puestos a su consideración.
- ¿Con qué frecuencia los administradores hacen control difuso al resolver los conflictos ínter subjetivos puestos a su consideración?

- ¿Los administradores, en la ciudad de Puno, durante los años 2004 y 2005, han hecho control difuso, al resolver los casos puestos a su consideración?

1.2.4. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

La investigación será:

- Por su finalidad: Aplicada
- Por el tiempo: Longitudinal o diacrónica.
- Por el nivel de profundización : Descriptivo - Explicativa
- Por el ámbito: De campo y documental.

1.3. JUSTIFICACION

Como estudiante de la maestría de Derecho Constitucional pude observar que en la ciudad de Puno existen profesionales del derecho que aún no tienen la certeza si la administración esta facultada constitucionalmente, en todos los niveles e instancias para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, lo que les impide en cierta medida a desenvolverse en forma eficiente en esta área del derecho.

Constituye una manifestación de la defensa de los derechos humanos, la eficacia de los principios, valores y normas contenidos en el texto constitucional. Uno de estos principios lo constituye sin duda la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra fuente normativa (ley, reglamento, etc.).

En fechas recientes se ha visto que no sólo los jueces hacen control difuso de la constitucionalidad de las leyes, sino también los administradores, quienes inaplican determinada ley cuando su contenido normativo es contrario a la Constitución. Tal actuación ha sido duramente criticada dado que se sostiene que sólo los jueces

pueden hacer control difuso y no los administradores, porque éstos están obligados a observar ineludiblemente, al resolver los casos puestos a su consideración, el principio de legalidad, aplicando la ley, aunque sea contraria a la Constitución, en tanto no haya sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Consecuentemente, la investigación es actual, porque aborda un tema que en fecha reciente se está discutiendo, cuestionándose “el dogma” que sólo los jueces ejercen control difuso.

Sin embargo, pese al mencionado “dogma” existe la necesidad que los administradores en todos los niveles también hagan control difuso, para que así prevalezca plenamente la Constitución en todo el ordenamiento jurídico, no aplicándose, al resolver los casos de los administrados, una norma que sea inconstitucional. Ello determina que la investigación es útil e importante, porque busca que los administradores tengan la seguridad que al resolverse sus casos, van a aplicar siempre la Constitución, prefiriéndola sobre cualquier otra norma de menor jerarquía; porque sostener la postura contraria, esto es, que en un procedimiento administrativo debe observarse sólo el contenido de la ley, desvinculado de la observancia de las disposiciones constitucionales, tanto de derechos objetivos como de principios, **lo que se está poniendo en evidencia es un problema de eficacia de la Constitución.** Por ello, la investigación contribuye a que la constitucionalidad sea efectiva, en todo el ordenamiento jurídico.

Con la realización del presente trabajo de investigación se contribuirá a dar a conocer como vienen trabajando los profesionales del derecho y contribuir de alguna manera en plantear una alternativa de solución para mejorar el desempeño de los mismos en materia de Derecho Constitucional.

2. MARCO CONCEPTUAL

La revisión de la literatura que sobre el tema se han realizado constituye el marco conceptual.

Para la realización de la presente investigación resulta de suma importancia tener presente en forma clara y precisa los principales conceptos o términos que se van a emplear en la investigación, siendo los principales los siguientes:

PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

“El principio de la supremacía constitucional significa que el orden jurídico y político del Estado está estructurado sobre la base del imperio de la Constitución que obliga por igual a todos, gobernantes y gobernados. Dentro del orden jurídico la Constitución ocupa el primer lugar, constituyéndose en la fuente y fundamento de toda otra norma jurídica, por lo que toda ley, decreto o resolución debe subordinarse a ella y no contrariarla. En el orden político se constituye en la fuente de legitimación del poder político, pues lleva implícita toda una filosofía que sirve de orientación no solo a los gobernantes sino también a los gobernados¹¹¹”.

PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

“El principio de jerarquía normativa consiste en que la estructura jurídica de un Estado se basa en criterios de niveles jerárquicos que se establecen en función de sus órganos emisores, su importancia y el sentido funcional. Significa que se constituye una pirámide jurídica en la que el primer lugar o cima ocupa la

¹¹¹ Rivera Santibáñez, José, *Supremacía constitucional y sistemas de control de constitucionalidad*, en *Derecho Procesal Constitucional*, Jurista Editores S.A., Lima, 2003, página 49.

Constitución como principio y fundamento de las demás normas jurídicas¹¹².

SISTEMAS O MODELOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

“Estos sistemas o modelos presentan la característica de ser originarios o derivados. Los sistemas o modelos de control de la constitucionalidad originarios son aquellos que históricamente han surgido como consecuencia de la actividad creadora de principios, categorías y reglas destinadas a asegurar la supremacía de la Constitución. Estos son de dos clases: control político y control jurisdiccional (este último tiene dos variables: concentrado y difuso). Los sistemas de control de la constitucionalidad derivados son aquellos que recogiendo la matriz de alguno de los modelos originarios sufren la adaptación a una necesidad o realidad político-constitucional específica¹¹³”.

CONTROL DIFUSO

“En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo del órgano judicial ordinario (se le denomina también de revisión judicial review o de contralor judicial). Así la pluralidad de los jueces ordinarios tiene la potestad de establecer la inconstitucionalidad de las normas dentro del marco de una controversia judicial concreta, esto es, los alcances de dicha inconstitucionalidad son aplicables única y exclusivamente a las partes intervinientes en dicho proceso judicial¹¹⁴”.

¹¹² Rivera Santibáñez, José, obra citada, página, 52.

¹¹³ García Toma, Víctor, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Palestra Editores S.A., Lima, 2003, página 542.

¹¹⁴ García Toma, Víctor, obra citada, página 544.

CONTROL CONCENTRADO

“En este modelo la salvaguarda de la Constitución se encuentra a cargo de un órgano jurisdiccional especial (se le denomina ad hoc o de contralor concentrado); se confía el control de la constitucionalidad a un ente particular y autónomo del resto de los órganos del poder estatal¹¹⁵”.

JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

“Es la potestad de que están investidos la casi totalidad de órganos y organismos del Estado para decidir sobre las peticiones que les formulan los administrados, en aplicación de la ley¹¹⁶”.

CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO

El Tribunal Constitucional establece que 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.º, 51.º y 138.º 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.

¹¹⁵ García Toma, Víctor, obra citada, página 547.

¹¹⁶ Bacacorzo, Gustavo, Tratado de Derecho Administrativo, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2002, página 562.

LA CONSTITUCION Y MECANISMOS DE PROTECCION CONSTITUCIONAL

DEFINICION Y FINALIDAD

Siguiendo a Eloy Espinosa Saldaña Barrera, cuando se habla de Constitución se está haciendo referencia a una norma o conjunto de normas, producto de la labor del Poder Constituyente (expresión de la voluntad ciudadana de darse reglas de juego permanente y de ineludible cumplimiento dentro de un estado determinado), destinada a encuadrar dentro de parámetros jurídicos el ejercicio del poder en general, y del poder político en particular, en una sociedad determinada. Esta limitación del ejercicio del poder político se sustenta en la necesidad de asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales. Por tanto la Constitución no sólo es una norma que regula la estructura organizativa interna de un estado, sino también una norma que asegura al ciudadano protección contra el ejercicio indebido del poder, al garantizar materialmente la efectividad de los derechos fundamentales.

ORIGEN DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

Nadie discute que la Constitución, es la norma más importante dentro de cada país en particular.

De acuerdo a Eloy Espinosa Saldaña, la Constitución es peculiar por su origen en mérito a que dicha norma no es la manifestación de la voluntad de cualquiera, sino más bien expresión del poder constituyente, de aquella capacidad con la cuenta el pueblo de un Estado para auto regularse, encuadrando así bajo parámetros jurídicos el ejercicio del

poder, y sobre todo, del poder político dentro de una sociedad determinada, procurando de este modo asegurar la plena vigencia y respeto de los derechos fundamentales de todas las personas.

Por otro lado, se resalta la particularidad de una Constitución frente a cualquiera de las otras normas que componen el ordenamiento jurídico de un Estado en mérito al contenido que es propio de toda constitución: la limitación, organización y justificación del ejercicio del poder político en una sociedad determinada. Es la Constitución la que, independientemente de la forma de gobierno por el cual se opte, prescribirá que nadie dentro de un Estado concentre todo el poder, y además, que el ejercicio del poder confiado a cada quien pueda ser controlado eficazmente.

Agrega que como lógica consecuencia de limitar el poder, toda Constitución, siquiera muy genéricamente, va a señalar a través de que instituciones pasará a ejercer ese poder limitado, estableciendo también cuales serán las competencias centrales de esos organismos u órganos. Es por ello que se dice que una Constitución no solamente limita, sino que además organiza el poder.

INTERPRETACION DE LA NORMA CONSTITUCIONAL

Según Luís Manuel Sánchez Fernández, la interpretación es una actividad hermenéutica, dirigida a comprender el significado general de las cosas. Por esta razón Wróblesky, precisa Luís Manuel Sánchez, señala que es conveniente distinguir al menos los niveles *sensu largísimo* (comprensión de cualquier texto cultural), *sensu largo* (comprensión de cualquier signo lingüístico), y *sensu*

estricto (determinación de un significado lingüístico cuando existan dudas respecto a este significado), en la interpretación.

En el campo de la interpretación jurídica este último sentido es el que puede resultar más apropiado. Por ello se puede sostener, siguiendo a Wróblesky, que interpretar es determinar el sentido de una norma cuando existen dudas referentes a este.

FORMA DE INTERPRETARSE LA CONSTITUCION

Siguiendo a Francisco Javier Díaz Revorio, hay que destacar las notas peculiares que caracterizan al texto constitucional, ya que en buena medida las especialidades de la interpretación constitucional derivan de su objeto. Así, la Constitución posee una estructura normativa diferente a la ley, ya que a diferencia de ésta, la Constitución es una norma única, que no es expresión de regularidad alguna en los comportamientos sociales, y cuya estructura o supone habitualmente la tipificación de una conducta para anudarle determinadas consecuencias jurídicas. En general la Constitución es más bien el cauce, el marco, el límite a la actuación de particulares y poderes públicos, y en especial al legislador.¹¹⁷

MARCO DE ACTUACION DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

Debemos iniciar la reflexión precisando que – prima facie -la administración se encuentra sometida al principio de legalidad. Todo lo que haga o decida hacer tiene que tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual manera.

¹¹⁷ DIAZ REVORIO, FRANCISCO JAVIER La Constitución abierta y su interpretación Pág. 238

Por ejemplo, si una entidad pública tiene en su ley de creación asignada la función genérica sobre la labor administrativa a su cargo, pero no se le asigna a ella la potestad sancionadora, dicha entidad no puede - vía interpretación - concluir que es tácita su competencia para sancionar por el hecho que la ley haya tipificado las infracciones, establecido las sanciones, pero no definido el organismo sancionador.

Es decir, la actuación del funcionario administrativo no se rige por el literal a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución que prevé que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” precepto que constituye una garantía fundamental de la persona humana, sino que la actuación de funcionario se rige por la cara opuesta de esa garantía: el funcionario de la administración en ejercicio de sus funciones solo puede lo que la ley le permite hacer y está impedido de hacer lo que ella no le faculta.

¿Por qué adoptar ese tratamiento diferenciado para el comportamiento de la persona individual, de la del funcionario administrativo?

El Estado, a través de la administración pública hace uso de su *ius imperium* y somete a los miembros de la colectividad nacional (administrados) a las regulaciones y disposiciones necesarias para una adecuada convivencia dentro de un Estado de derecho. Dentro de ese marco reconoce derechos, establece cargas, exonera de ellas, señala responsabilidades, autoriza, sanciona, entre otras.

El **artículo 51** de nuestra Constitución señala:

“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La

publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.
(...)"

Ahora según el principio de jerarquía de leyes, el **artículo 138** señala:

"En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior"

Si el funcionario administrativo pudiera regirse solamente por el literal a) del inciso 24 del Artículo 2 de la Constitución, entonces su actuación estaría supeditada únicamente a su conciencia y curiosamente el ciudadano (administrado) vería afectada tal garantía Constitucional. En resumen un caos en el manejo del Estado.

Por ello, siendo cierto que el funcionario público está sometido a la ley, también es cierto que por estar reguladas nuestras interacciones sociales dentro de un Estado de Derecho, es ineludible que el funcionario público prefiera siempre la norma Constitucional a la norma legal.

Lo expuesto no significa – ahora - que el funcionario administrativo es un mero "aplicador literal" de la ley, sino que debe resolver los asuntos puestos a su consideración haciendo prevalecer siempre la norma constitucional.

3. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Luego de la revisiones efectuadas en las bibliotecas de las Universidades de la ciudad de Arequipa y Puno, en las bibliotecas de los Colegios de Abogados de Arequipa y Puno, no he encontrado trabajos de investigación similares que trate sobre el control difuso por

parte de los administradores, precisamente porque existe el dogma que los administradores no pueden hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, para su desarrollo se cuenta con material bibliográfico especializado los mismos que enriquecen nuestro trabajo de investigación. Y por otro lado existe un interesante trabajo de Claudia Del Pozo, Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú, “Control difuso y procedimiento administrativo”, editado por Palestra Editores, en Lima, este año 2005, en donde aborda el tema, desde el punto de vista estrictamente académico. Por otro lado existe la sentencia del Tribunal Constitucional N° 3741-2004-AA/TC sobre control difuso administrativo publicada en el diario oficial “El Peruano” el 11 de octubre de 2006, que en forma parcial trata el tema y recientes artículos especializados.

4. OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Determinar si los administradores están facultados constitucionalmente para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en todos los niveles e instancias.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Conocer las características del control difuso de constitucionalidad de las leyes en el Perú.
- Establecer la forma cómo ha evolucionado el control difuso a lo largo de la historia jurídica del Perú.
- Determinar si los administradores hacen control difuso al resolver los conflictos ínter subjetivos puestos a su consideración.
- Determinar con qué frecuencia los administradores hacen control difuso al resolver conflictos ínter subjetivos puestos a su consideración.

- Determinar si los administradores han hecho control difuso, al resolver los casos puestos a su consideración, en la ciudad de Puno, durante los años 2004 y 2005.

5. HIPOTESIS

PRINCIPIO:

Teniendo en cuenta que:

- a. Para proteger la vigencia de los derechos humanos, es necesario que se respete la supremacía de la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica.
- b. En todo conflicto de intereses, incertidumbre jurídica (judicial o administrativa) es imprescindible que siempre prevalezca la Constitución sobre cualquier otra norma jurídica.
- c. La supremacía y la jerarquía de la norma constitucional debe también ser respetada en el procedimiento administrativo en todos sus niveles e instancias.

HIPÓTESIS:

Es probable que: para proteger la vigencia de los derechos humanos, y con ello cautelar que la Constitución prevalezca sobre cualquier otra norma en los procedimientos administrativos, en la ciudad de Puno los administradores estén facultados, en todos los niveles e instancias, para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, al resolver los pedidos de los administrados puestos a su consideración, del 2004 al 2005.

III PLANTEAMIENTO OPERACIONAL

CUADRO DE SISTEMATIZACION DE TECNICAS E INSTRUMENTOS

TIPO	VARIABLES	INDICADORES	SUB-INDICADORES	TÉCNICAS	INSTRUMENTOS
VARIABLE ÚNICA	El control difuso llevado a cabo por los administradores según la Constitución de 1993, en Puno, del 2004 al 2005.	Primacía de la Constitución dentro de las fuentes normativas	- Jerarquía normativa. - Pirámide de Kelsen	Revisión documental y normas legales.	- Fichas bibliográficas. - Fichas documentales.
		Jurisdicción administrativa	- Control difuso - Control concentrado	Revisión documental y normas legales.	- Fichas bibliográficas. - Fichas documentales.
		Jurisdicción judicial	Cantidad de casos de Control difuso efectuados en la jurisdicción administrativa.	Revisión de expedientes administrativos.	- Fichas de observación. - Matriz de registro
			Cantidad de casos de control difuso efectuados en la jurisdicción judicial.	Revisión de expedientes judiciales.	- Fichas de observación. - Matriz de registro.

1. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACION

1.1. TECNICAS

- Observación
- Encuesta
- Revisión documental de libros y normas legales
- Revisión de expedientes administrativos

1.2. INSTRUMENTOS

- Fichas bibliográficas
- Fichas documentales
- Ficha de observación
- Matriz de registro
- Cuestionario

2. CAMPO DE VERIFICACION

2.1. UBICACIÓN ESPACIAL

El control difuso de la constitucionalidad de las leyes que efectúan los administradores en la ciudad de Puno.

2.2. UBICACIÓN TEMPORAL

La presente investigación comprende el periodo 2004 y 2005.

2.3. UNIDADES DE ESTUDIO, UNIVERSO Y MUESTRA

Para la investigación documental, las unidades de estudio están constituidas, por las normas legales, la doctrina y la jurisprudencia que regulan el control difuso en sede administrativa.

Para la investigación de campo, las unidades de estudio están constituidas por expedientes administrativos, en los que se haya podido haber efectuado control difuso de la constitucionalidad de las leyes, comprendiendo ellas: el Gobierno Regional de Puno y sus distintas Direcciones, la Municipalidad Provincial de Puno, entre otras dependencias importantes.

Si se tiene en cuenta que el tema materia de investigación, si bien es cierto es actual, también es cierto que tiene componentes fácticos que lo hacen nuevo, porque sólo en fecha reciente se ha empezado a discutir si los administradores también hacen control difuso; en razón a ello, el universo va a estar constituido por 500 expedientes administrativos (de diferentes entidades públicas), número razonable y adecuado para los efectos de dilucidar el tema materia de la investigación, en función a su novedad. La muestra se tomará al azar, según la siguiente formula:

$$\text{Muestra} = \frac{U \times 400}{U + 399} = \frac{500 \times 400}{500 + 399} = \frac{200,000}{899} = 222$$

No puede estratificarse la muestra, porque aún no conozco que entidades administrativas estén haciendo control difuso de la Constitucionalidad de las leyes. Tal dato va a salir del resultado de la investigación.

3. ESTRATEGIA DE RECOLECCION DE DATOS

La información que se requiere para la presente investigación será recogida, por el propio investigador y el apoyo de 2 colaboradores (estudiantes de los últimos años de la Facultad de Derecho). En cuanto a lo documental – dispositivos legales en materia de Derecho Constitucional que contemplan la regulación del control difuso que

efectúan los administradores en la ciudad de Puno, de las bibliotecas de la Universidad Nacional de San Agustín, de la Universidad Católica Santa María de Arequipa y de la Universidad del Altiplano de Puno así como los colegios de abogados de ambas localidades y otras bibliotecas especializadas, así como la que se obtenga vía INTERNET; y la información de campo, de las entidades públicas y la jurisdicción administrativa, empleándose para tal efecto las fichas bibliográficas y documentales, donde se consignarán datos.

3.1 MODO

- Se realizará, por el propio investigador, la búsqueda de bibliografía jurídica pertinente en las bibliotecas especializadas de la localidad, a efecto de conseguir la información legislativa y teórica, que será consignada en fichas bibliográficas y documentales.
- Se recogerán a través del apoyo de los colaboradores bajo la dirección del investigador.
- Se revisará, por parte del investigador, las fichas bibliográficas y documentales, elaboradas en la recolección de la investigación.
- Se aplicara una cedula de entrevista a los administradores inmersos en las entidades públicas.
- Se realizara la recolección de datos, ordenamiento, tabulación, análisis e interpretación de la información requerida para la culminación del trabajo de investigación, considerando su aspecto cuantitativo y cualitativo.

3.2 MEDIOS

A) RECURSOS HUMANOS

DENOMINACIÓN	Nº	COSTO DIARIO	DIAS	COSTO TOTAL
Dirección de proyecto y Ejecución	1	30.00	90	2700.00
Colaboradores	2	40.00	10	400.00
Digitador/ Diagramador	1	15.00	10	150.00
TOTALES	4	85.00		3250.00

B) RECURSOS MATERIALES Y BIENES Y SERVICIOS

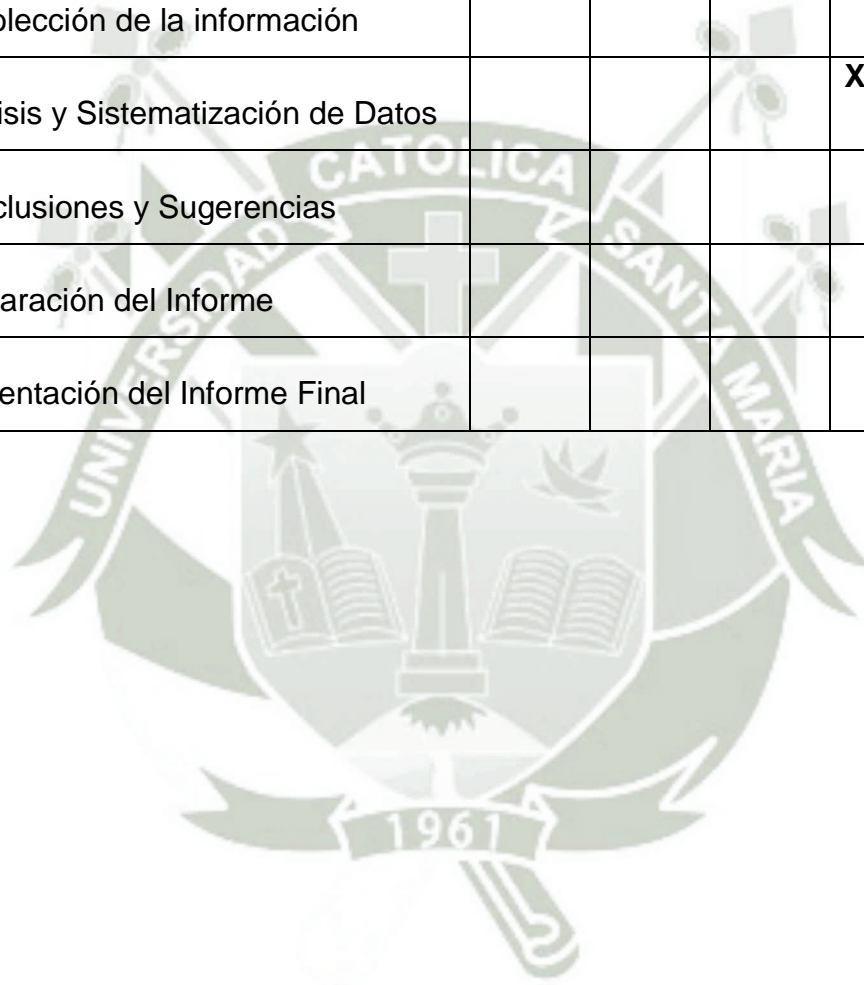
DENOMINACIÓN	CANTIDAD	COSTO TOTAL
Papel Bond	2500	60.00
Papel Periódico	1000	19.00
Fichas Bibliográficas y Doc.	600	120.00
Tinta de Impresora	04	220.80
Copias fotostáticas	1000	100.00
Anillado	04	28.00
Uso de computadora	02	300.00
Movilidad	-	250.00
TOTAL		1097.80

C) COSTO TOTAL DE PROYECTO

DENOMINACIÓN	COSTO TOTAL
Recurso humanos	3250.00
Recursos materiales y Bienes y servicios	1097.80
COSTO TOTAL GENERAL	4347.80

IV. CRONOGRAMA DE TRABAJO 2007

ACTIVIDADES	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN
Preparación del Proyecto	XXXX					
Aprobación del Proyecto	XX	XXX				
Recolección de la información		X	XXXX			
Análisis y Sistematización de Datos				XXXX		
Conclusiones y Sugerencias					XX	
Preparación del Informe					XX	
Presentación del Informe Final						XX



V. BIBLIOGRAFIA BASICA

- ACO CATALDO, RAUL Metodología de la investigación científica. Primera Edición. Ed. Universo S.A. Lima 1996.

- CABALLERO ROMERO, A. Metodología de la investigación científica, Ed. Técnico. Científica S.A. Lima 1990.

- SANCHEZ CARLESSI HUGO Metodología y Diseño en la Investigación Científica. Edit. Mantaro Lima –1996.

- TAFUR PORTILLA RAUL La Tesis Universitaria. Edit. Mantaro Lima –1995.

- RIVERA SANTIBAÑEZ, JOSE Supremacía Constitucional y Sistemas de Control de Constitucionalidad, en Derecho Constitucional. Jurista Editores S. A. Lima 2003.

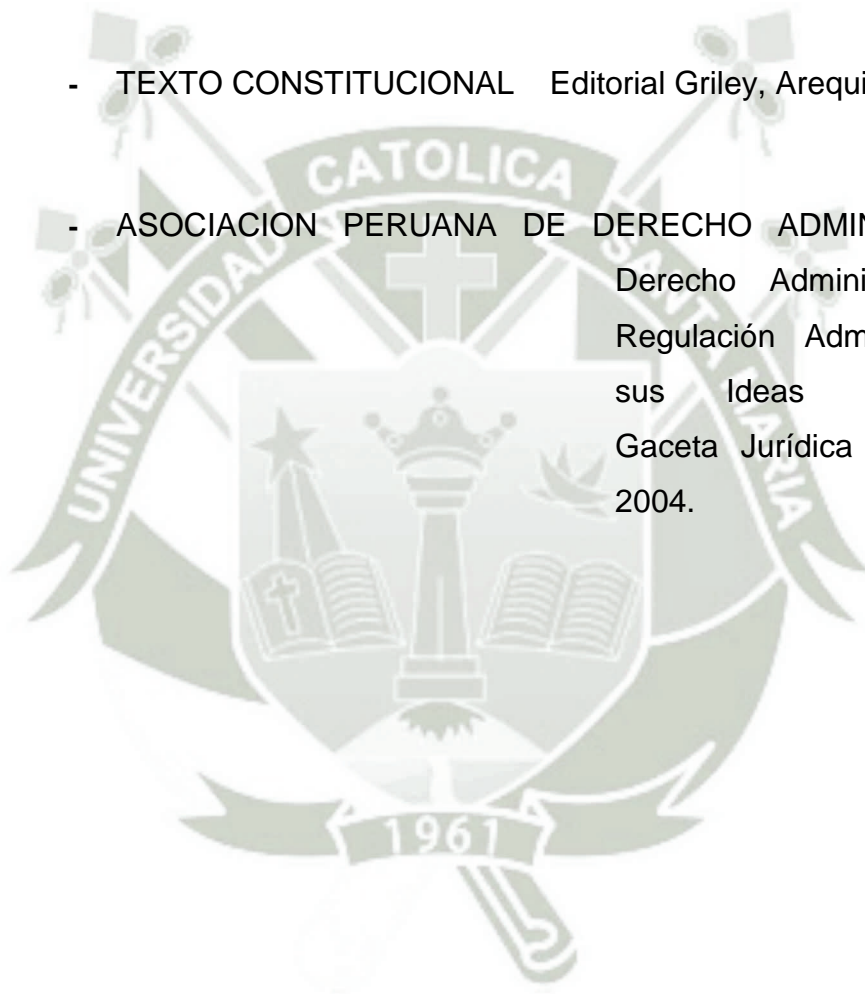
- GARCIA TOMA, VICTOR Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Palestra Editores S. A. Lima 2003.

- BACACORZO, GUSTAVO Tratado de Derecho Administrativo, Gaceta Jurídica S. A. Lima 2002.

- DEL POZO CLAUDIA Control Difuso y Procedimiento Administrativo, Palestra Editores S. A. Lima 2005.

- TEXTO CONSTITUCIONAL Editorial Griley, Arequipa 2004.

- ASOCIACION PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO Derecho Administrativo- La Regulación Administrativa y sus Ideas Innovadoras, Gaceta Jurídica S. A. Lima 2004.



1.- MODELO DE ENCUESTA PRACTICADA A LOS ADMINISTRADORES

UNIVERSIDAD CATOLICA SANTA MARIA

ESCUELA DE POSTGRADO MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

ENCUESTA

Señor(es) Administradores

Permítanos conocer a través de sus respuestas, lo concerniente al control difuso llevado a cabo por los administradores según la Constitución de 1993, en las distintas dependencias del Estado de la ciudad de Puno. Agradeciendo anticipadamente su colaboración la misma que me permitirá obtener una información clara, precisa y veraz.

PREGUNTAS:

1. ¿Tiene usted conocimiento sobre qué es y la forma de hacer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

Si () No () NS/NO ()

2. ¿Usted en algún procedimiento administrativo puesto a su consideración ha hecho control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

Si () No () NS/NO ()

3. ¿Conoce usted las características del control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

Si () No () NS/NO ()

Si la respuesta fue si, cuales:
.....
.....

4. ¿Cree usted que los administradores están debidamente capacitados para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

11. ¿Cómo calificaría usted los resultados obtenidos por los administradores al hacer control difuso al resolver los procedimientos administrativos puestos a su consideración a su consideración?

- a) Muy buena ()
- b) Buena ()
- c) Regular ()
- d) Mala ()
- e) Muy mala ()

12. ¿Cree usted que los administradores hayan hecho control difuso al resolver los casos puestos a su consideración en los años 2004 y 2005?

Si () No () NS/NO ()

13. ¿Esta usted de acuerdo que los administradores hagan control difuso en todos los niveles, para que así prevalezca plenamente la Constitución en todo el ordenamiento jurídico?

- a) Muy de acuerdo ()
- b) De acuerdo ()
- c) Regularmente de acuerdo ()
- d) En Desacuerdo ()
- e) Totalmente en desacuerdo ()

14. ¿Cree usted que al estar facultados los administradores para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes, protegen realmente la vigencia de los derechos humanos y con ello cautelen que la Constitución prevalezca sobre cualquier otra norma?

Si () No () NS/NO ()

15. ¿Entonces esta usted de acuerdo que los administradores tengan amplias facultades para realizar control difuso?

Si () No () NS/NO ()

16. ¿No teme usted que al tener los administradores amplias facultades puedan hacer uso indebido y lleguen a cometer excesos en sus funciones que perjudiquen los derechos de las personas?

Si () No () NS/NO ()

17. ¿Cree usted entonces que debería haber una limitación o norma que regule y garantice un trabajo con equidad y justicia?

Si ()

No ()

NS/NO ()

Si su respuesta es SI, indique que normas o medidas deberían regular su actuación:

.....
.....
.....
.....

18. ¿Cree usted que el proceso contencioso administrativo es eficaz para efectos de controlar y evitar que los administradores cometan excesos y abusos cuando hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

Si ()

No ()

NS/NO ()

PORQUE:

.....
.....
.....

Puno, enero de 2007.

GRACIAS POR SU COLABORACION

2.- MODELO DE ENCUESTA PRACTICADA A LOS ABOGADOS

UNIVERSIDAD CATOLICA SANTA MARIA

ESCUELA DE POSTGRADO MAESTRIA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

ENCUESTA

Señor(es) Abogados

Permítanos conocer a través de sus respuestas, lo concerniente al control difuso llevado a cabo por los administradores según la Constitución de 1993, en las distintas dependencias del Estado de la ciudad de Puno. Agradeciendo anticipadamente su colaboración, la misma que me permitirá obtener una información clara, precisa y veraz.

PREGUNTAS:

19. ¿Tiene usted conocimiento sobre el control difuso llevado a cabo por los administradores?

Si () No () NS/NO ()

20. ¿Usted ha llevado algún caso en particular referido al control difuso?

Si () No () NS/NO ()

21. ¿Conoce usted las características del control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

Si () No () NS/NO ()

Si la respuesta fue si, cuales:
.....
.....

22. ¿Cree usted que los administradores están facultados constitucionalmente en todos los niveles e instancias para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

Si () No () NS/NO ()

23. ¿Cuál es su parecer respecto a que los administradores estén facultados para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

De acuerdo () En desacuerdo () NS/NO ()

24. ¿Cree usted que los administradores hacen control difuso al resolver los procedimientos administrativos puestos a su consideración?

Si () No () NS/NO ()

25. ¿Qué opinión tiene usted al respecto, considera que es correcto que los administradores hagan control difuso al resolver los procedimientos administrativos puestos a su consideración?

Si () No () NS/NO ()

26. ¿Con que frecuencia cree usted que los administradores hacen control difuso al resolver los procedimientos administrativos puestos a su consideración?

- a) De 01 a 02 veces al mes ()
- b) De 03 a 04 veces al mes ()
- c) De 05 a 06 veces al mes ()
- d) De 07 a 08 veces al mes ()
- e) De 09 a más al mes ()

27. ¿Cómo calificaría usted los resultados obtenidos por los administradores al hacer control difuso y resolver los procedimientos administrativos puestos a su consideración?

- a) Muy buena ()
- b) Buena ()
- c) Regular ()
- d) Mala ()
- e) Muy mala ()

28. ¿Cree usted que los administradores hayan hecho control difuso al resolver los casos puestos a su consideración en los años 2004 y 2005?

Si () No () NS/NO ()

29. ¿Esta usted de acuerdo que los administradores hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes en todos los niveles, para que así prevalezca plenamente la Constitución en todo el ordenamiento jurídico?

- a) Muy de acuerdo ()
- b) De acuerdo ()
- c) Regularmente de acuerdo ()
- d) En desacuerdo ()
- e) Totalmente en desacuerdo ()

30. ¿Cree usted que al estar facultados los administradores para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes protegen realmente la vigencia de los derechos humanos y con ello cautelan que la Constitución prevalezca sobre cualquier otra norma?

Si () No () NS/NO ()

31. ¿Entonces, esta usted de acuerdo que los administradores tengan amplias facultades para realizar control difuso?

Si () No () NS/NO ()

32. ¿No teme usted que al tener los administradores amplias facultades para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes puedan hacer uso indebido y lleguen a cometer excesos en sus funciones que perjudiquen los derechos de las personas?

Si () No () NS/NO ()

33. ¿Cree usted entonces que debería haber un mecanismo de control de los administradores, cuando hacen control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

Si () No () NS/NO ()

Si su respuesta es SI, indique en qué consistiría tal mecanismo:

.....
.....
.....
.....

34. ¿Cree usted que el proceso contencioso administrativo es eficaz para los efectos de controlar y evitar que los administradores cometan excesos y abusos cuando hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes?

Si ()

No ()

NS/NO ()

Porque:.....
.....
.....
.....
.....

Puno, enero de 2007.

GRACIAS POR SU COLABORACION



EXP. Nº 3741-2004-AA/TC

LIMA

RAMÓN HERNANDO**SALAZAR YARLENQUE****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 14 días del mes de noviembre de 2005, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, presidente; Bardelli Lartirigoyen, vicepresidente; Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 66, su fecha 30 de enero de 2004, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 14 de febrero de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos.

Aduce el demandante que tras haberle impuesto una multa la entidad emplazada se presentó en la municipalidad a efectos de impugnar dicha decisión, pero se le exigió previamente el pago de quince nuevos soles (S/. 15.00) por concepto de tasa impugnación, conforme al TUPA de la referida entidad edil, agregando que la exigencia de dicho pago vulnera su derecho de petición, así como su derecho de defensa como elemento del debido proceso que consagra la Constitución.

La emplazada contesta la demanda contradiciendo de modo sustancial sus argumentos. Sostiene que la Constitución, en su artículo 192, inciso 3, reconoce competencia a los municipios para crear, modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, y que sobre dicha base, ha establecido en su TUPA el pago por los conceptos de presentación de documentos cinco soles y por concepto de impugnación diez soles, los cuales se encuentran debidamente sustentados en su estructura de costos.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, con fecha 6 de junio de 2003, declara infundada la demanda considerando que el monto establecido por concepto de impugnación, así como el que se establece por concepto de recepción de documentos, ascendente en total a la suma de quince nuevos soles, se encuentra previsto en el TUPA de la municipalidad emplazada. Argumenta también que dicha norma ha sido expedida conforme al Código Tributario y que, por ello, no se están violando los derechos del recurrente, tal como este alega.

La recurrida confirma la apelada con argumentos similares.

FUNDAMENTOS

1. Mediante el presente proceso de amparo constitucional, el demandante solicita que se ordene a la Municipalidad Distrital de Surquillo admitir a trámite los medios impugnatorios que desea hacer valer frente a una resolución de multa emitida por dicha entidad, sin que por ello tenga que pagar previamente un derecho de trámite que la municipalidad emplazada ha establecido y que el recurrente considera violatorio de sus derechos constitucionales de defensa y de petición, consagrados en los artículos 139, inciso 3 y 2 inciso 20, de la Constitución, respectivamente.

2. Antes de evaluar el fondo de la controversia, es necesario precisar que el pago que la municipalidad emplazada ha establecido como condición para atender el escrito de impugnación del recurrente, comprende en realidad dos conceptos claramente separados conforme al propio TUPA de la referida municipalidad. Así, en el rubro 1 de la Ordenanza N° 084/MDS, referido al cobro por concepto de *Recursos impugnativos*, se fija para el caso, tanto del recurso de reconsideración como del recurso de apelación, la suma de diez nuevos soles, mientras que en el rubro N° 7, referido a la *Recepción de documentos en general*, se fija como monto la suma de cinco nuevos soles.

3. Este tribunal considera que lo que en realidad se está cuestionando por contravenir los derechos de petición y de defensa, es el concepto referido al cobro por “derecho de impugnación”, consignado en el rubro 1 del TUPA de la municipalidad emplazada. En consecuencia, este extremo será materia de análisis por parte de este Colegiado.

§1. Control de constitucionalidad y control de legalidad de los actos de la Administración

4. En primer lugar, resulta pertinente atender que tanto el juez de instancia como el colegiado que atendió el recurso de apelación no se han referido a la dimensión constitucional de los hechos planteados por el recurrente, puesto que ambos se han limitado a verificar si la imposición del pago previsto para impugnar una decisión de la municipalidad emplazada, se ha ajustado a las normas infraconstitucionales como el Código Tributario o la propia Ordenanza Municipal N° 084/MDS, que aprobó el TUPA de la municipalidad demandada,

donde, en efecto, se encuentra previsto el cobro de un derecho por concepto de presentación de recursos impugnatorios. En este sentido, el a quo, luego de verificar que el monto establecido por concepto de apelación se encuentra regulado en el respectivo TUPA de la municipalidad, que se enmarca dentro de los parámetros establecidos por el Código Tributario, concluye que “(...) no se estaría vulnerando (el) derecho a la defensa (del recurrente)” (fundamento jurídico sexto de la sentencia).

5. Un razonamiento en este sentido obliga a este Tribunal a hacer algunas precisiones previas. En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la Administración Pública, que tienen como sustento una ley, son conformes los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Este deber, como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138).

6. Este 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 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. Esta vinculación de la Administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia ley como “principio de legalidad”, en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que “[l]as autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución*, la ley y al derecho (...)” (énfasis agregado).

7. De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la Administración Pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no solo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.

8. Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138 de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51, el cual señala que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”.

9. Por tanto, el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51 antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla. Es coherente con ello el artículo 102 del Código Tributario, cuando precisa que “[a]l resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía (...)”; es decir, aquellas disposiciones de la Constitución que, en este caso, se manifiestan a través de los principios constitucionales tributarios y de los derechos fundamentales que están relacionados con dichos principios.

10. En segundo lugar, está de por medio también la *eficacia vertical* de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la Administración Pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –*eficacia vertical*– como de los particulares –*eficacia horizontal*–; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no solo de un derecho subjetivo individual –*dimensión subjetiva*–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –*dimensión objetiva*–.

11. Esta incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica, por otra parte, un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el siglo XIX en un etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Por eso mismo, es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir, de realizar el

control difuso –*dimensión objetiva*–, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos –*dimensión subjetiva*–.

12. Por ello, es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la Administración Pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1).

13. En el Derecho constitucional comparado –es el caso puntual del ordenamiento chileno–, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa. El control que realiza esta entidad administrativa (...) es, como es obvio, un control estrictamente jurídico, en el que la Contraloría confronta la actuación administrativa reglamentaria o singular, contenida en un decreto o resolución, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquella, como consecuencia del principio general de legalidad que establece el propio artículo 7 CPR. Sin embargo, es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser “salvado” mediante la insistencia gubernamental, ya que –se considera– al estar el decreto o resolución en pugna –aparentemente– con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento¹.

14. Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la Administración Pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma; siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

15. En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la Administración Pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento

Administrativo General, cuando señala que la actuación de la Administración Pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello solo es posible de ser realizado “(...) **garantizando los derechos** e intereses de los administrados y **con sujeción al ordenamiento constitucional** y jurídico en general” (énfasis agregado).

16. De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la Administración Pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38, 51 y 201 de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático.

17. Sentadas estas premisas, la controversia en el presente caso se centra en determinar si el establecimiento del pago de derechos por parte de la municipalidad emplazada, como requisito para tramitar la impugnación de una decisión de la propia entidad, pese a estar plenamente reconocido en el TUPA de la referida municipalidad, resulta, no obstante, violatorio de los derechos constitucionales al debido proceso administrativo, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y de petición que consagra nuestra Carta Fundamental.

§2. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la Administración

18. Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no solo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a “(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8 de la Convención Americana”. (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71)².

19. Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la Administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la Administración confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio procedimiento administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la Administración.

20. El recurrente sostiene, en efecto, que la exigencia del pago previo de una tasa para recibir y dar trámite a su escrito de apelación contra un acto

administrativo que considera contrario a sus intereses, afecta su derecho de defensa en sede administrativa y, por tanto, vulnera el debido procedimiento administrativo. Por su parte, al contestar la demanda, la municipalidad emplazada aduce que dicho cobro es por la “(...) realización de un acto administrativo que deseaba efectuar el actor”, el cual se encuentra plenamente reconocido en el TUPA y que, por ello, no puede ser inconstitucional. El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de la emplazada, puesto que el hecho de que un acto se sustente en una norma o reglamento no le otorga necesariamente naturaleza constitucional, ni descarta la posibilidad de que este colegiado efectúe el control jurisdiccional. Esta tesis es, en todo caso, contraria al Estado Democrático, donde rige el principio del control jurisdiccional de la Administración y en el que, desde luego, el parámetro de control, como ya ha quedado dicho, no es la Ley ni el reglamento, sino la Constitución.

21. El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la Administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica.

22. En conclusión, este Tribunal estima que, en el presente caso, el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercer el derecho de impugnar la propia decisión de la Administración, vulnera el debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución.

§3. El derecho de defensa y el derecho de recurrir el acto administrativo

23. Íntimamente vinculado a lo anterior está el tema del derecho de defensa del ciudadano frente al ejercicio del poder de sanción de la administración, sobre todo si se tiene en cuenta que, en el presente caso, se encuentra regulada una instancia de apelación en el propio procedimiento administrativo, por lo que el Tribunal estima que, en el caso de autos, el derecho de defensa previsto en el artículo 139, inciso 14), despliega todos sus efectos. Desde luego, el derecho de recurrir una decisión de la administración no debe confundirse con el derecho al recurso o con el derecho a una doble instancia administrativa, que, como ya tiene dicho este colegiado, no logra configurarse como un derecho constitucional del administrado, puesto que no es posible imponer a la Administración, siempre y en todos los casos, el establecimiento de una doble instancia como un derecho fundamental³. El derecho de recurrir las decisiones de la Administración comporta la posibilidad material de poderlas enervar, bien en el propio procedimiento administrativo, cuando la ley haya habilitado un mecanismo bien en todo caso, de manera amplia y con todas las garantías, ante el Poder Judicial, mediante el proceso contencioso administrativo o, incluso, a través del propio recurso de amparo cuando se trate de la afectación de derechos fundamentales.

24. El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se concluye, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando, como ocurre en el presente caso, se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa.

Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta solo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, como ocurre en autos, se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, criterio que este colegiado comparte, esta se produce "(...) únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos (...) con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (...)” (STC 15/2000), tras la realización de un acto u omisión imputable al órgano o ente al que se reputa la comisión del agravio.

25. El derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la Administración. Sus elementos esenciales prevén la posibilidad de recurrir la decisión, ya sea al interior del propio procedimiento administrativo o a través de las vías judiciales pertinentes; la posibilidad de presentar pruebas de descargo; la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción y, desde luego, la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado.

26. En el presente caso, el Tribunal estima que también se pone en riesgo este derecho constitucional cuando la municipalidad emplazada solicita el pago de una tasa para ejercer el derecho de impugnar una sanción administrativa, como lo es la determinación de multa en contra del recurrente. En tal sentido resulta inconstitucional y, por tanto, inaplicable al recurrente la disposición contenida en la Ordenanza Municipal N° 084/MDS, que establece el pago de diez nuevos soles por concepto de recursos impugnativos, correspondiente a la Unidad Orgánica Oficina de Secretaría General, rubro 1.

§4. La imposición del pago de un derecho por recurrir un acto de la Administración incentiva la arbitrariedad de los actos de poder

27. Al momento de presentar su “expresión de agravios” frente a la decisión del a quo, el recurrente ha argüido que “(...) de admitirse como legítima la

facultad de la Administración para cobrar un derecho administrativo por recepcionar recursos de impugnación contra las sanciones que impone, se estaría creando una nueva fuente de recursos financieros municipales sustentados en la arbitrariedad. En tal caso, ya no importaría si la multa finalmente será pagada, sino que el solo hecho de pretender impugnarla habrá de constituir un ingreso para la Administración”.

28. Si bien debe presumirse que toda actuación de los poderes públicos tiene como marco de referencia la observancia del principio de buena fe y la defensa del interés general, también debe aceptarse que el razonamiento del recurrente resulta materialmente plausible. Aun no reconociendo esta posibilidad como real en el contexto del caso planteado, este Tribunal estima que la presencia de cuotas o derechos por concepto de impugnación de los propios actos de la administración, en el mejor de los casos, no incentiva la participación del ciudadano en el control de los actos del poder público y genera una interferencia cuestionable para el desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho.

En consecuencia, también desde esta perspectiva, el establecimiento del pago de un derecho para impugnar una decisión de la Administración es atentatorio del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público y, además, desde una perspectiva más general, estimula comportamientos contrarios al espíritu que debe inspirar una práctica administrativa democrática.

§5. El derecho de petición y su desarrollo constitucional

29. El recurrente también ha señalado en su escrito de demanda y en su recurso extraordinario que el pago de un derecho previo a la presentación de un escrito de impugnación de una resolución de la municipalidad emplazada afecta su derecho constitucional de petición, previsto en el artículo 2, inciso 20, de la Constitución.

30. El derecho de petición ha merecido atención de este colegiado en más de una oportunidad⁴. En la STC. 1042-2002-AA/TC, se ha establecido que este “(...) constituye (...) un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho”. (Fundamento jurídico 2.2.2).

31. Un mayor desarrollo del derecho de petición se encuentra en la Ley del Procedimiento Administrativo General, N° 27444, específicamente en los artículos 106 a 112, que bien puede considerarse una ley de desarrollo del derecho constitucional de petición. Así, en el artículo 106.2, al referirse al ámbito de actuación de este derecho, se ha incluido el derecho “de contradecir actos administrativos”. De este modo, el derecho de petición, como cláusula general, comprende:

1. La facultad (derecho) de presentar escritos de solicitud ante la administración como peticiones individuales o colectivas. Estos escritos pueden contener: a) solicitudes concretas a favor del solicitante; b) solicitudes a favor de terceros o de un colectivo; c) reclamaciones, por ejemplo, por la deficiencia de los servicios públicos; d) solicitudes de información; e) consultas; o, f) solicitudes de gracia. Todas estas manifestaciones del derecho de petición tienen en común el hecho de que se desarrollan al margen de un procedimiento instaurado ya sea de oficio o a instancia del administrado, constituyéndose, si se quiere, como un derecho incondicional y espontáneo que surge de la simple dimensión ciudadana del sujeto que se vincula de este modo con el poder público a través de un documento escrito.

2. La facultad (derecho) de contradecir las decisiones de la Administración. Esta es una dimensión que difiere de las manifestaciones anteriores, en tanto estamos ante el supuesto de un acto previo de parte de la Administración, iniciado de oficio o a instancia de parte. El legislador nacional ha incluido esta dimensión del derecho de petición aun a contracorriente de la doctrina, que siempre ha diferenciado el derecho de *queja* o el derecho al *recurso* administrativo del derecho de *petición*⁵. En consecuencia, en el derecho nacional, el derecho de contradicción como un derecho genérico ejercitable contra los actos de la Administración, puede concretarse a través de los recursos administrativos cuando la legislación así lo establezca, o a través del propio proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial.

3. Tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo, el derecho de petición impone, al propio tiempo, una serie de obligaciones a los poderes públicos. Esta obligación de la autoridad competente de dar al interesado una respuesta también por escrito, en el plazo legal y bajo responsabilidad, confiere al derecho de petición mayor solidez y eficacia, e implica, entre otros, los siguientes aspectos: a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición, sin poner ninguna condición al trámite; b) exteriorizar el hecho de la recepción de la petición, extendiendo un cargo de ingreso del escrito; c) dar el curso correspondiente a la petición; d) resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo peticionado, y e) comunicar al peticionante lo resuelto.

32. Sin duda, en el presente caso, el derecho constitucional de petición también se ha visto afectado en su dimensión de contradicción del acto administrativo. Ello porque se ha impuesto al recurrente una condición para el ejercicio de tal derecho, impidiéndosele la presentación de su escrito para oponerse al acto administrativo que consideraba contrario a sus derechos.

§6. El derecho de acceso a la jurisdicción y el establecimiento de costos en el agotamiento de la vía previa

33. Visto de cara a la posibilidad de impugnar la decisión de fondo de la municipalidad emplazada en un procedimiento contencioso o en un amparo, si acaso dicha decisión contuviera una decisión que afectara de manera inminente un derecho fundamental, el tema aquí planteado también puede

enfocarse desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción. Es decir, se trata ahora de responder a la pregunta de si el establecimiento de una tasa o derecho, toda vez que estamos aún en un procedimiento ante la propia Administración, ¿no supone acaso un obstáculo para la satisfacción del derecho de acudir ante la instancia judicial impugnando una decisión de la administración municipal?

34. En la STC. 2763-2002-AA/TC, este Tribunal declaró que el derecho de acceso a la jurisdicción formaba parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. Si bien este aspecto no ha sido invocado por el recurrente, el Tribunal estima necesario hacer notar que, a la luz de la configuración del sistema jurídico con relación a la tutela judicial de los derechos, el establecimiento de un pago para dar por agotada la vía administrativa se convierte, en la práctica, en un obstáculo contrario al derecho constitucional de toda persona de acceder sin condicionamientos a la tutela judicial.

35. Debe recordarse, a modo de precedente jurisprudencial, que en la sentencia 3548-2003-AA/TC, con ocasión de declarar que el principio *solve et repete* era contrario al derecho de acceso a la jurisdicción, se estableció que el condicionamiento del pago previo para impugnar una decisión de la Administración Tributaria constituía una restricción desproporcionada que la hacía contraria a la Constitución. Hoy, con igual fuerza, debe afirmarse que también el pago, ya no de la multa como ocurría en el caso del “pague primero y reclame después”, sino de la tasa para enervar la multa, mediante el recurso impugnativo respectivo, constituye igualmente una interferencia económica del derecho de acceso a la jurisdicción que como derecho constitucionalmente reconocido no puede ser condicionado bajo ningún supuesto.

§7. Necesidad de establecer el presente caso como precedente

36. A raíz de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, se ha introducido en nuestro sistema jurídico el concepto de *precedente constitucional vinculante*. Ello comporta, de manera preliminar, que el Tribunal Constitucional tiene dos funciones básicas; por un lado resuelve conflictos, es decir, es un tribunal de casos concretos; y, por otro, es un tribunal de precedentes, es decir, establece, a través de su jurisprudencia, la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional en casos futuros. La cuestión que debe esclarecerse, no obstante, es cuándo el Tribunal debe dictar un precedente.

37. En la clásica tradición del *Common Law* norteamericano, tres son los presupuestos básicos que tiene en cuenta la Suprema Corte para dictar un precedente con efectos vinculantes sobre toda la judicatura a la que por excelencia se dirige el mensaje del precedente jurisdiccional; a saber:

a. En primer lugar, la Corte dicta un precedente con efectos vinculantes cuando evidencie que en los niveles inferiores de la judicatura se dan distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a un caso determinado.

b. La segunda razón que amerita el dictado de un precedente está referida a la necesidad de llenar un vacío legislativo o una laguna de las leyes. Se trata de hacer frente al caso construyendo una respuesta a partir de la interpretación constitucional.

c. Finalmente, la tercera razón es la necesidad de desarrollar la jurisprudencia sentando un nuevo precedente que anula uno anterior (la conocida práctica del *overruling*).

38. La incorporación de la técnica del precedente constitucional en nuestro derecho comparte la necesidad de fijar parámetros que respondan a nuestro contexto y a nuestra tradición jurídica. Si bien, *prima facie*, pueden asumirse las restricciones que ha desarrollado la Corte Americana para dictar un precedente, deben tenerse en cuenta, además, algunas particularidades de nuestros procesos constitucionales. Así, por ejemplo, ocurre que en los procesos constitucionales de la libertad (hábeas corpus, hábeas data, amparo), con frecuencia se impugnan ante este Tribunal normas o actos de la Administración o de los poderes públicos que no solo afectan a quienes plantean el proceso respectivo, sino que resultan contrarios a la Constitución y, por tanto, tienen efectos generales. Sin embargo, como es sabido, el tribunal concluye, en un proceso constitucional de esta naturaleza, inaplicando dicha norma o censurando el acto violatorio derivado de ella, pero solamente respecto del recurrente, por lo que sus efectos violatorios continúan respecto de otros ciudadanos.

Se configura, entonces, una situación paradójica: el Tribunal Constitucional, cuya labor fundamental consiste en eliminar del ordenamiento jurídico determinadas normas contrarias a la Constitución, no dispone, sin embargo, de mecanismos procesales a su alcance para expurgar del ordenamiento dichas normas, pese a haber tenido ocasión de evaluar su anticonstitucionalidad y haber comprobado sus efectos violatorios de los derechos fundamentales en un proceso convencional de tutela de derechos como los señalados.

39. En el derecho comparado se advierten diferentes mecanismos que permiten que los propios tribunales puedan autoplantearse, de oficio, un proceso de inconstitucionalidad a efectos de pronunciarse con efectos generales sobre una ley que ha sido, en principio, impugnada a través de un proceso de tutela de un derecho fundamental como el amparo. Así, en el caso español, cuyo sistema de jurisdicción constitucional puede considerarse, *prima facie*, muy semejante al nuestro, se establece, en el artículo 52.5⁶ de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la llamada “autocuestion de constitucionalidad” que permite “convertir” un amparo en un proceso de inconstitucionalidad, permitiendo, de este modo, la emisión de una sentencia

con efectos generales que podría eventualmente declarar inválida una ley por contravenir la Constitución.

40. Si bien en nuestro sistema de jurisdicción constitucional no existe una previsión legal de tal envergadura, sin perjuicio de que este colegiado pueda en el futuro analizar su incorporación a través de la jurisprudencia, la reciente previsión del precedente constitucional a que se refiere el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional constituye una herramienta que podría ayudar a suplir estas deficiencias legales, permitiendo optimizar la defensa de los derechos fundamentales, labor que corresponde por excelencia a este colegiado.

Por tanto, un supuesto adicional a los señalados por la Corte Suprema Americana, para el establecimiento de un precedente, puede configurarse, en el caso nuestro, a partir de la necesidad de que el Tribunal, luego de comprobar que una norma que ha sido cuestionada mediante un proceso que no es el de control abstracto, constata, además, que los efectos dañosos o violatorios de los derechos fundamentales denunciados afectan de modo general a un amplio grupo de personas; o que el acto impugnado y declarado contrario a la Constitución por el Tribunal constituye una práctica generalizada de la Administración o de los poderes públicos en general. De este modo, la regla que el Tribunal extraiga a partir del caso deberá permitir anular los actos o las normas a partir del establecimiento de un precedente vinculante, no solo para los jueces, sino para todos los poderes públicos. El precedente es de esta forma, una herramienta no solo para dotar de mayor predecibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales.

41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes:

a. La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional.

b. La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.

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

e. Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

§7.1. La distinción entre jurisprudencia y precedente

42. La incorporación del precedente constitucional vinculante, en los términos en que precisa el Código Procesal Constitucional, genera por otro lado, la necesidad de distinguirlo de la jurisprudencia que emite este Tribunal. Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N° 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo.

43. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo (...)”. De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto.

§7.2. Condiciones del uso del precedente

44. De esto se desprende que el precedente es una técnica para la ordenación de la jurisprudencia permitiendo al mismo tiempo que el Tribunal ejerza un verdadero poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente. De modo preliminar puede establecerse, sin embargo, que una primera restricción está referida a la relación entre caso y precedente. Como ocurre en los países del *Common Law* “(...)el valor de precedente de una decisión está determinado por aquello que un juez decide efectivamente en la sentencia. Mas aquello que es

efectivamente decidido, está determinado con relación al caso (fatispecie) concreto de la controversia sometida a juicio”⁷.

45. En este sentido, este colegiado considera que esta regla también es válida para nuestro sistema, aun cuando también es verdad que la configuración del caso en nuestro sistema jurídico no siempre se relacione con hechos concretos sino con la evaluación en abstracto de normas, como ocurre en el caso del control de constitucionalidad de la ley, por ejemplo. Ello, no obstante, no hace que el precedente normativo que este colegiado externalice, no tenga una directa relación con la cuestión central que deba decidirse porque así ha sido sometido al Tribunal Constitucional. Esto es así, porque, también tratándose del precedente normativo, la legitimidad con que actúa este colegiado para incursionar en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico está sustentada en la necesidad de dar respuesta a las demandas que han sido planteadas por los entes legitimados para hacerlo. En otras palabras el Tribunal, también cuando dicta “normas” a través de sus sentencias no actúa de oficio, sino atendiendo al llamado de los protagonistas de los procesos constitucionales.

En tal sentido, como ya lo adelantáramos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, la emisión de un precedente normativo vinculante se sustenta en la “Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo”.

46. En segundo lugar, como lo ha señalado la tradición del *Common Law*, el precedente debe constituir una regla de derecho y no puede referirse a los hechos del caso, si bien puede perfectamente partir de ellos. En tercer lugar, aunque parezca obvio, la regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal situación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica, por otro lado, una práctica prudente que permite al tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa, como ya se ha dicho.

§8. La necesaria distinción entre precedente judicial y precedente constitucional

47. Para que una decisión de este colegiado, planteada en forma de precedente vinculante pueda convertirse en una herramienta útil en la expansión de los efectos de una sentencia que, en principio, debiera tener solo efectos *inter partes*, resulta necesario establecer la distinción entre los efectos del precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional, y lo que son los efectos del precedente judicial en los sistemas del *Common Law*.

48. Es conocido que el precedente judicial en el sistema del *Common Law* se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Osea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que este logre sus efectos, deberá acudir ante un juez, quien deberá aplicarlo en un caso concreto.

49. El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales. La forma como se ha consolidado la tradición de los tribunales constitucionales en el sistema del Derecho continental ha establecido, desde muy temprano, el efecto sobre todos los poderes públicos de las sentencias del Tribunal Constitucional⁸. Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, *prima facie*, los mismos efectos de una ley. Es decir, que la regla que el Tribunal externaliza como precedente a partir de un caso concreto, es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos; cualquier ciudadano puede invocarla ante cualquier autoridad o funcionario sin tener que recurrir previamente ante los tribunales, puesto que las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares. Si no fuese así, la propia Constitución estaría desprotegida, puesto que cualquier entidad, funcionario o persona podría resistirse a cumplir una decisión de la máxima instancia jurisdiccional.

§9. El precedente extraíble en el presente caso

50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

a.Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la Administración Pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende,

vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

Regla sustancial: 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.

b.Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la Administración Pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la Administración Pública, a un grupo amplio de personas.

Regla sustancial: 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, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1.Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo; en consecuencia, ordena a que la Municipalidad Distrital de Surquillo admita a trámite el medio de impugnación interpuesto por el recurrente contra el acto administrativo que determinó una sanción de multa, sin exigirle previamente el pago de una tasa por concepto de impugnación.

2.Establecer como **PRECEDENTE VINCULANTE**, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 41 y 50, *supra*, de esta sentencia.

3.Remitir copia de la presente sentencia a la Presidencia del Consejo de Ministros a efectos de que se adoptan las medidas necesarias para su fiel cumplimiento en el ámbito de toda la administración del Estado, conforme a las competencias que le confiere el artículo 119 de la Constitución.

Publíquese y notifíquese.

SS. ALVA ORLANDINI; BARDELLI LARTIRIGOYEN; GONZALES OJEDA;
GARCÍA TOMA; VERGARA GOTELLI; LANDA ARROYO

NOTAS:

1 FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “Los derechos fundamentales y el control constitucional”. En *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVII, diciembre, 2004. Págs. 113-137. [Versión on line, www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502004000200005&lng=es&nrm=iso >]. Citado el 03 de julio de 2006.

2 Véase las sentencias emitidas en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC y, más recientemente, en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC.

3 Véase en este sentido la Sentencia emitida en el Expediente N° 2209-2002-AA/TC, de manera más precisa el fundamento 19, donde ha quedado establecido que “(...) no siempre y en todos los casos, es posible extrapolar acriticamente las garantías del debido proceso judicial al derecho al debido procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, si en sede judicial uno de los contenidos del derecho en referencia lo constituye el de la necesidad de respetarse el juez natural o pluralidad de instancias, en el caso del procedimiento administrativo, en principio, que el acto haya sido expedido por un órgano incompetente genera un vicio de incompetencia, pero no la violación del derecho constitucional. Y, en el caso de que no se pueda acudir a una instancia administrativa superior por haber sido expedido el acto por la última instancia en esa sede, ello, desde luego, no supone, en modo alguno, que se haya lesionado el derecho a la pluralidad de instancias”.

4 Véanse, al respecto, las sentencias emitidas en los Expedientes N°s 0872-1999-AA/TC y 0941-2001-AA/TC.

5 García de Enterría y Fernández enfatizan que: “La nota característica de los recursos es, por lo tanto, su finalidad impugnatoria de actos o disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a Derecho, lo cual les distingue de las *peticiones*, cuyo objetivo es forzar la producción de un acto nuevo, y de las *quejas* (...) que no persiguen la revocación de acto administrativo alguno, sino solamente que se corrijan en el curso mismo del procedimiento en que se producen los defectos de tramitación a que se refieren”. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II. Pág. 510, Civitas, Madrid, 2001.

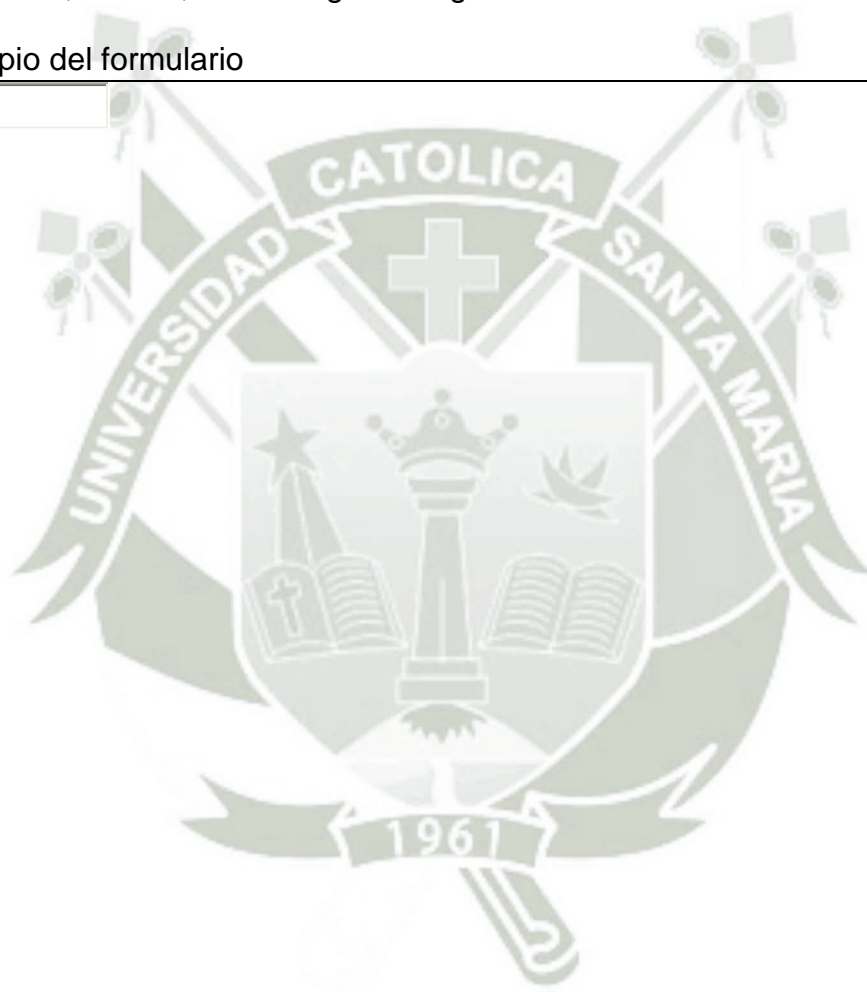
6 “(...) en el supuesto de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha Ley en nueva sentencia con los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes (...)”.

7 Kauper, Paul G. “La regola del precedente e la sua applicazione nella giurisprudenza costituzionale degli stati uniti”, en Giuseppino Treves, *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Torino, 1971. Pág. 221.

8 Véase, por ejemplo, en lo que respecta al Tribunal Federal Alemán, el parágrafo 31.1, BverfGG: “Las sentencias del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos constitucionales de la federación y de los Estados, a todos los tribunales y a todas las autoridades administrativas”. Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, “Cosa juzgada, vinculación, fuerza de ley en las decisiones del Tribunal Constitucional alemán”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Vol I, Nº 1, CEC, Madrid, 1981. Pág. 235 sgtes.

Principio del formulario

0



EXP. Nº 3741-2004-AA/TC

LIMA

RAMÓN HERNANDO

SALAZAR YARLENQUE

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 13 de octubre de 2006

VISTO

La sentencia de autos de fecha 14 de noviembre de 2005 (vista de la causa en audiencia pública) expedida el 11 de octubre de 2006; y,

ATENDIENDO A

1. Que de conformidad con el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido.

2. Que el artículo 38 de la Constitución establece que “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”; asimismo, el artículo 44 reconoce que “Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (...); y el artículo 51 prescribe que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”; asimismo, el artículo 1.1. del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)”, y su artículo 10 que “Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho (...) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”. Todo lo cual tiene como finalidad tutelar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos humanos, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional;

3. Que, en anterior oportunidad (Exp. Nº 5854-2005-AA/TC, FJ 3), el Tribunal Constitucional ha señalado, por un lado, que el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una

mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto; y, por otro lado (Exp. N° 0050-2004-AI/TC y otros, FJ 156) que 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 (...). En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no solo 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;

4. Que, si bien los funcionarios de la Administración Pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N° 3741-2004-AA/TC, esto es, que “(...) [t]odo 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 (...)”. Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con **carácter nacional**, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados;

5. Que, en la Ley Fundamental del Estado, no existe una disposición expresa que prohíba hacer cumplir el principio jurídico de la supremacía constitucional. En ese sentido, KELSEN¹ ha señalado que: “Si el orden jurídico no contiene una regla explícita en contrario, hay la presunción de que todo órgano aplicador del derecho tiene la facultad de negarse a aplicar leyes inconstitucionales. Como los órganos tienen a su cargo la tarea de aplicar ‘leyes’, naturalmente están obligados a investigar si la regla cuya aplicación se propone es realmente una ley. Pero la restricción de esta facultad necesita de una prescripción explícita (...)”.

6. Que un Estado social y democrático de Derecho supone cambios sustanciales en la concepción clásica del principio de legalidad, entre ellos su adecuación y conformidad tanto con los valores y principios constitucionales como con los derechos fundamentales de las personas, reconocidos en nuestra Constitución. En ese sentido, SAGüÉS ha afirmado².

“(...) como *excepción*, resulta sumamente atractiva la postura de Bidart Campos, en el sentido de que si la inconstitucionalidad de una ley es grosera y

obvia, el Poder Ejecutivo debe reputarla contraria a la Ley Suprema, e inaplicarla”.

7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

8. Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la Administración Pública que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confieren la Constitución Política del Perú y el Código Procesal Constitucional

RESUELVE

Declarar que las reglas sustanciales y procesales precisadas en los considerandos 4, 7 y 8 de la presente resolución, forman parte integrante del precedente vinculante establecido en el fundamento 50 de la sentencia constitucional emitida en la presente causa.

Publíquese y notifíquese.

SS. ALVA ORLANDINI; BARDELLI LARTIRIGOYEN; GONZALES OJEDA;
GARCÍA TOMA; VERGARA GOTELLI; LANDA ARROYO

Principio del formulario

0

Final del formulario

Proyecto de Ley N° 0001-2009

El congresista de la República Jorge Linares Carreón, miembro del Grupo Parlamentario Defendamos la Constitución, con las atribuciones establecidas en la Constitución Política del Perú y Reglamentos del Congreso de la República, presentan el siguiente proyecto de ley de
Modificación de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 1

DE LA MODIFICACIÓN DEL NUMERAL 1.1. DEL ARTÍCULO IV DEL TÍTULO PRELIMINAR Y EL ARTÍCULO 207.1. DE LA LEY N° 27444- LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL-.

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
(...)

1.1. Principio de legalidad.- 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 que les fueron conferidas. En todos los procedimientos las autoridades administrativas, de todos los niveles, deben preferir la norma constitucional a la norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente, estando facultados para hacer control difuso de la constitucionalidad de las leyes”.

“Artículo 207.- Recursos administrativos

207.1. Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de reconsideración.
- b) Recurso de apelación.
- c) Recurso de revisión.
- d) Consulta en caso de control difuso de constitucionalidad de las leyes.

207.2. El término para la interposición de los recursos es de (15) días perentorios, excepto la consulta porque lo actuado deberá ser elevado de oficio al superior en grado al día siguiente de emitida la resolución, y deberá resolverse en el plazo de (30) días”.

Artículo 2

DE LA INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 210-A A LA LEY N° 27444 –LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL-.

“Artículo 210-A Consulta.

A través de la consulta el superior jerárquico revisará el control difuso de constitucionalidad de las leyes efectuado en primera instancia administrativa, aprobando o desaprobando la resolución correspondiente. Si se aprueba la resolución en que se hizo control difuso, los actuados deben ser remitidos de

oficio al juez competente para su revisión judicial, en caso no exista iniciativa de parte en tal sentido”.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Conforme a la norma contenida en el artículo 51 de la Constitución, ésta prevalece sobre cualquier otra norma de menor jerarquía, precepto que todos los peruanos, inclusive los administradores de todas las instancias deben acatar, en función a lo establecido en el artículo 38 de la misma Constitución.

Siendo ello así, y dado que debe buscarse la mayor eficacia posible de la Constitución, en tanto norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, es constitucionalmente viable que los administradores hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes al resolver los asuntos puestos a su consideración, con la finalidad de garantizar la plena eficacia de la norma constitucional.

Sin embargo, como la posibilidad de incurrir en errores siempre es latente, resulta viable establecer el mecanismo de la consulta con la finalidad que la segunda instancia administrativa revise el control de constitucionalidad efectuado por la primera instancia administrativas.

A su vez, si en segunda instancia administrativa se aprueba el control constitucional efectuado en primera instancia, o se hace control de constitucionalidad de las leyes, tal decisión debe ser revisada jurisdiccionalmente, a través del proceso contencioso administrativo, porque conforme a la norma contenida en el artículo 1 de la Ley N° 27584 _ Ley del Proceso Contencioso Administrativo - la acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa cuantitativamente no representa gasto adicional al erario nacional, y por el contrario va a posibilitar que se expanda la eficacia de la norma constitucional a toda la actividad administrativa.

Lima, 30 de marzo de 2009.

Proyecto de Ley N° 0002-2009

El congresista de la República Jorge Linares Carreón, miembro del Grupo Parlamentario Defendamos la Constitución, con las atribuciones establecidas en la Constitución Política del Perú y Reglamentos del Congreso de la República, presentan el siguiente proyecto de ley de modificación del inciso 1 del artículo 7 de la Ley N° 27584 –Ley que regula el Procedimiento Contencioso Administrativo -, a su vez modificado por el Decreto Legislativo N° 1067.

Artículo Único

DE LA MODIFICACIÓN DEL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 7 DE LA LEY N° 27584, MODIFICADO POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1067.

"Artículo 7.- Facultades del Órgano Jurisdiccional.-
Son facultades del órgano jurisdiccional las siguientes:

1.- Control Difuso.-

En aplicación de lo dispuesto en los Artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Perú, el proceso contencioso administrativo procede para revisar las actuaciones administrativas impugnables en que se haya hecho control difuso de la constitucionalidad de las leyes. En caso que el tribunal administrativo haya hecho control difuso o haya aprobado el control difuso efectuado en primera instancia administrativa, remitirá de oficio el procedimiento administrativo al juez competente, para su revisión, con lo que se entiende interpuesta la demanda, si ésta no ha sido promovida a instancia de parte”.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Conforme a la norma contenida en el artículo 51 de la Constitución, ésta prevalece sobre cualquier otra norma de menor jerarquía, precepto que todos los peruanos, inclusive los administradores de todas las instancias deben acatar, en función a lo establecido en el artículo 38 de la misma Constitución.

Siendo ello así, y dado que debe buscarse la mayor eficacia posible de la Constitución, en tanto norma de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico, es constitucionalmente viable que los administradores hagan control difuso de la constitucionalidad de las leyes al resolver los asuntos puestos a su consideración, con la finalidad de garantizar la plena eficacia de la norma constitucional.

Sin embargo, como la posibilidad de incurrir en errores siempre es latente, resulta viable que las decisiones emitidas por los tribunales administrativos a través de las cuales hayan hecho control difuso de la constitucionalidad de las leyes, o que hayan aprobado el control efectuado en primera instancia administrativa, sea revisado judicialmente a través del proceso contencioso administrativo, porque conforme a la norma contenida en el artículo 1 de la Ley N° 27584 _ Ley del Proceso Contencioso Administrativo - la acción contencioso

administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa cuantitativamente no representa gasto adicional al erario nacional, y por el contrario va a posibilitar que se expanda la eficacia de la norma constitucional a toda la actividad administrativa.

Lima, 30 de marzo de 2009.

