

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO



TESIS

**FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y NORMATIVOS PARA LA APLICACIÓN DEL
CONTROL DIFUSO EN EL MARCO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL**

PRESENTADA POR:

ARTURO SAUL ZIRENA ASENCIO

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

**MAGÍSTER SCIENTIAE EN DERECHO
MENCIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y GERENCIA PÚBLICA**

PUNO, PERÚ

2020

DEDICATORIA

A mis padres Francisco y Justa por haber sido el pilar fundamental en mi formación como persona y profesional, quienes con su incondicional esfuerzo y apoyo permitieron alcanzar mis logros.

A mi esposa Cecilia, a mis hijos Marcelo y Luciana, quienes además de mis padres son la motivación de mi vida.

A mis hermanos y a toda mi familia, por siempre confiar en mí, por ser parte de sus vidas y permitir ser parte de su orgullo.

AGRADECIMIENTOS

- A la Universidad Nacional del Altiplano, alma mater que me formó como profesional y me brindó sabiduría a través de sus formadores, quienes se esforzaron para ayudarme a concretizar mi objetivo profesional trazado.
- A aquellas personas especiales que con su orientación profesional lograron guiarme durante todo el desarrollo de la tesis.
- A mi asesor de tesis Dr. Jaime Ardiles Franco, por haberme permitido recurrir a su capacidad y conocimiento científico, así como haber tenido la paciencia de guiarme durante el desarrollo de la tesis.
- A Dios por ser forjador de mi camino y proteger a las personas que amo.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE GENERAL	iii
ÍNDICE DE FIGURAS	vii
ÍNDICE DE ANEXOS	viii
RESUMEN	ix
ABSTRACT	x
INTRODUCCIÓN	1

CAPÍTULO I**REVISIÓN DE LITERATURA**

1.1 Contexto y marco teórico	5
1.1.1 Estado de Derecho y Estado Constitucional	5
1.1.1.1 Del estado de derecho al Estado Constitucional una aproximación desde el proceso histórico político	6
1.1.1.1.1 Alcances sobre estado de derecho	6
1.1.1.1.2 Alcances sobre estado constitucional	8
1.1.1.2 El Estado Constitucional desde el ámbito de la teoría del derecho	11
1.1.1.2.1 El Estado Constitucional desde el constitucionalismo principialista	12
1.1.1.2.2 El Estado Constitucional desde el constitucionalismo normativista (o garantista).	16
1.1.2 La concepción de los derechos fundamentales en el marco del Estado Constitucional (principialista y normativista)	18
1.1.3 Supremacía jurídica de la constitución	21
1.1.4 La Constitución como norma y su fuerza normativa	23
1.1.5 Interpretación constitucional	25
1.1.6 Democracia Constitucional	29
1.1.7 Constitución y derecho administrativo: el procedimiento administrativo a la luz constitución	31
1.1.8 Algunos alcances sobre el control difuso de constitucionalidad	33

1.1.8.1	El control difuso de constitucionalidad: una breve caracterización desde la perspectiva histórica	33
1.1.8.2	Control difuso de constitucionalidad: concepto, características, finalidad	35
1.1.8.3	El control difuso de constitucionalidad en la experiencia peruana	37
1.1.9	El control difuso administrativo entre dos “precedentes vinculantes” emitidos por el tribunal constitucional Peruano.	39
1.1.9.1	De la sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004 AA/TC (Caso Salazar Yarlenque).	39
1.1.9.2	De la sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC (caso Consorcio Requena).	42
1.1.10	Posiciones en la doctrina nacional frente a la aplicación de control difuso administrativo.	48
1.1.10.1	Posiciones en defensa de la aplicación de control difuso administrativo.	48
1.1.10.2	Posiciones en contra de la implicación de control difuso administrativo	51
1.2	Antecedentes	52

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1	Identificación del problema	58
2.2	Definición del problema	60
2.2.1	Pregunta general	60
2.2.2	Preguntas específicas	60
2.3	Intención de la investigación	60
2.4	Justificación	61
2.5	Objetivos	62
2.5.1	Objetivo General	62
2.5.2	Objetivos Específicos	62

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1	Acceso al campo	63
3.2	Selección de informantes y situaciones observadas	64
3.3	Estrategias de recogida y registro de datos	64

3.4	Análisis de datos y categorías	64
CAPÍTULO IV		
RESULTADOS Y DISCUSIÓN		
4.1	A modo de introducción	65
4.2	Fundamentos teóricos que legitiman la aplicación del control difuso por tribunales administrativos	66
4.2.1	La constitucionalización del sistema jurídico como sustento para el acogimiento de teorías constitucionalistas en la aplicación del control difuso por tribunales administrativos.	66
4.2.2	Apuntes sobre la función del control difuso en sede administrativa y los sustentos teóricos que legitiman su aplicación por tribunales administrativos	68
4.2.2.1	A modo de introducción: el control difuso administrativo en el marco de un estado constitucional	68
4.2.2.2	El Estado Constitucional como fundamento teórico que legitima la aplicación del control difuso por tribunales administrativos	69
4.2.2.3	Los derechos fundamentales como fundamento teórico que legitima la aplicación del control difuso por tribunales administrativos	70
4.2.2.4	La supremacía y fuerza normativa de la constitución como fundamento teórico que legitima la aplicación del control difuso por órganos administrativos	72
4.2.2.5	El valor normativo de la constitución, como fundamento teórico que legitima la aplicación del control difuso por tribunales administrativos	74
4.3	Los fundamentos normativos que habilitan el control difuso en sede administrativa	75
4.4	Análisis crítico de la sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena), precedente vinculante que restringe la aplicación de control difuso administrativo	76
4.5	Algunos apuntes y análisis crítico de las posiciones de la doctrina nacional frente a la aplicación de control difuso administrativo	78
4.6	El rol de la democracia Constitucional: una defensa del control difuso por órganos administrativos	81
	CONCLUSIONES	86
	RECOMENDACIONES	88

BIBLIOGRAFÍA	89
ANEXOS	93

Puno, 08 de enero de 2020

ÁREA: Derecho Administrativo y Gerencia Pública
TEMA: Control de Constitucionalidad Administrativo
LÍNEA: Sistema Administrativo

ÍNDICE DE FIGURAS

	Pág.
1. Justificación Teórica y Normativa que considero para el Control Difuso de Constitucionalidad en sede Administrativa	85

ÍNDICE DE ANEXOS

	Pág.
1. Proyecto de Ley	94
2. Ficha De Lectura	95
3. Ficha de Análisis de Jurisprudencia	96

RESUMEN

La presente investigación sustenta las razones teóricas y normativas que justifican a que los tribunales administrativos puedan realizar control difuso de constitucionalidad. La problemática que aborda consiste en cuestionar los fundamentos de la STC N° 04293-2012-PA/TC donde el Tribunal Constitucional ha restringido la facultad de control difuso a la Administración Pública, dentro del ello, a tribunales administrativos. En ese contexto, el problema general que se aborda gravita en la siguiente interrogante: ¿Existen razones de carácter teórico y normativo que justifiquen la facultad de realizar control difuso por parte de tribunales administrativos en el marco del Estado Constitucional? En tal sentido, la presente investigación se ha planteado, como objetivo general, demostrar la existencia de razones de carácter teórico y normativo sustentado en el paradigma constitucional que justifiquen la facultad de realizar control difuso por parte de un tribunal de la administración pública en el marco del Estado Constitucional. El enfoque de la investigación es cualitativo y se emplea los siguientes métodos: descriptivo-explicativo, analítico e interpretación sistemática. Finalmente, del resultado de la investigación se llega a la conclusión que, en el marco Estado Constitucional, los derechos fundamentales, la fuerza normativa y supremacía jurídica de la Constitución y la democracia constitucional, así como los planteamientos del constitucionalismo normativista y principialista, a su vez, los tratados en materia de derechos humanos y la Constitución de 1993 dan sustento para que los tribunales administrativos, interpretando las disposiciones legales de acuerdo al texto constitucional, puedan efectuar control difuso de constitucionalidad.

Palabras clave: Administrativo, constitucional, control difuso, derechos fundamentales, estado, fuerza normativa, supremacía constitucional.

ABSTRACT

This research supports the theoretical and normative reasons that justify the administrative courts to carry out diffuse control of constitutionality. The problem it addresses consists of questioning the foundations of STC No. 04293-2012-PA / TC where the Constitutional Court has restricted the power of diffuse control to the Public Administration, within it, to administrative courts. In this context, the general problem that is addressed gravitates on the following question: Are there theoretical and normative reasons that justify the power to carry out diffuse control by administrative courts within the framework of the Constitutional State? In this sense, the present research has set out, as a general objective, to demonstrate the existence of theoretical and normative reasons supported by the constitutional paradigm that justify the power to carry out diffuse control by a court of public administration within the framework of the Constitutional State. The research approach is qualitative and the following methods are used: descriptive-explanatory, analytical and systematic interpretation. Finally, from the result of the investigation, it is concluded that, within the Constitutional State framework, the fundamental rights, the normative force and legal supremacy of the Constitution and constitutional democracy, as well as the approaches of normative and principled constitutionalism, at their Once, human rights treaties and the 1993 Constitution provide support for administrative courts, interpreting legal provisions in accordance with the constitutional text, to carry out diffuse control of constitutionality.

Keywords: Administrative, constitutional, constitutional supremacy, diffuse control, fundamental rights, normative force, state.

INTRODUCCIÓN

Desde el ámbito del proceso histórico de nuestra sociedad (países latinoamericanos y europeos) puede advertirse la transformación de la concepción de Estado, esto es, del Estado de derecho legislativo al Estado constitucional; lo que ha conllevado a que en los sistemas jurídicos se ubique a la Constitución como fuente máxima para la aplicación del derecho, y en ese sentido, se reconozca su fuerza normativa. Concretamente, esta transformación se expresa a través de la *variación en el sistema de fuentes del derecho* y la *interpretación de acuerdo a la Constitución*. En efecto, en el primer caso—la variación en el sistema de fuentes del derecho— la Constitución es considerada como fuente del sistema jurídico por sí misma, es decir, genera efectos inmediatos en la producción normativa, lo que implica que toda la actividad de creación de normas tiene como parámetro el texto constitucional—disposiciones, valores y principios constitucionales. En tal contexto, todos los operadores jurídicos y, por supuesto, quienes crean o producen actividad normativa —por más mínima que sea— están sometidos a la Constitución. En el segundo caso — interpretación de acuerdo a la Constitución— supone que todos los operadores jurídicos están obligados a interpretar las disposiciones normativas de acuerdo a las disposiciones constitucionales o, en su defecto, encontrar una respuesta o interpretación que sea siempre compatible con la Constitución, de lo contrario, la disposición normativa no tendría validez para su aplicación.

Es así que, los cambios y transformaciones producidos en los sistemas jurídicos contemporáneos como el desplazamiento de la ley por la Constitución, ya que, la ley resulta insuficiente para explicar el fenómeno jurídico; han estado acompañados de motivaciones y razones desde el ámbito de la teoría del derecho y modificaciones puntuales de carácter normativo —especialmente, en el plano de los derechos humanos. Concretamente, ambos fenómenos se presentan luego de la segunda mitad del siglo XX —posterior a los desastres ocasionados por las dos guerras mundiales. En ese sentido, empieza a concebirse el Derecho no solo desde una perspectiva formal, sino, desde una perspectiva de efectivización de tutela de derechos fundamentales. Así, el Estado constitucional recoge la síntesis de un proceso histórico que posibilita la institucionalidad de la democracia (constitucional) y la garantía de tutelar los derechos fundamentales.

No obstante, en nuestro país, el Tribunal Constitucional, mediante precedente vinculante recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena), dejando sin

efecto el precedente vinculante recaído en la STC N° 3741. 2004 AA/TC (Caso Salazar Yarlenque), restringe a los tribunales administrativos la facultad de ejercer control difuso de constitucionalidad (esto es, la facultad y el deber de preferir la constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnerara manifiestamente), bajo los sustentos de que: (i) “los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del poder judicial, porque no les corresponde ejercer tan importante atribución”; (ii) los tribunales administrativos no podrían realizar control difuso porque no tendrían un mecanismo de control de la actividad de los operadores del derecho cuando aplicarían referido control, ya que, esta no se encontraría regulada, como si se encontraría en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N.º 017-93-JUS respecto al control difuso por órganos jurisdiccionales; y, (iii) “afecta[ría] al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa”.

Así, el referido precedente vinculante (recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC) restringió a los tribunales administrativos la facultad realizar control difuso sin identificar la importancia de la protección de derechos fundamentales de la persona en un procedimiento administrativo, y sin tomar en cuenta de que en un Estado constitucional la aplicación del derecho (ejercido por tribunales administrativos) debe ser coherente con el sistema de tutela de derechos establecidos en el texto constitucional; es decir que los tribunales administrativos no pueden aplicar una disposición normativa que vulnera derechos fundamentales y contravenga la constitución. En ese sentido, buscaremos demostrar que la problemática de la restricción a los tribunales administrativos de la facultad de ejercer control difuso constitucional radica en un problema de orden teórico y de *práctica social*.

Estas cuestiones gravitan en las siguientes interrogantes: (i) ¿Existen razones de carácter teórico y normativo sustentados en el paradigma constitucional que justifiquen la facultad de realizar control difuso por parte de un tribunal de la administración pública en el marco un Estado Constitucional? (ii) ¿Los fundamentos esgrimidos en el precedente vinculante recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena) que sirvieron de sustento al Tribunal Constitucional para restringir a los tribunales administrativos la facultad de realizar del control difuso, se encuentran acorde a los sustentos de un Estado

constitucional? (iii) ¿Están los tribunales administrativos vinculados a la Constitución al momento de resolver conflictos, esto es, poseen la facultad para interpretar e inaplicar aquellas disposiciones infraconstitucionales que frontalmente vulneran derechos fundamentales y contravengan disposiciones del texto constitucional? Estas interrogantes son tratadas en la presente tesis con el objetivo de plantear lineamientos coherentes con un Estado constitucional para la aplicación del control difuso constitucional por tribunales administrativos.

Para este fin, la estructura de la presente tesis, sistemáticamente, se ha dividido en los siguientes capítulos:

Capítulo I: Revisión de literatura, que comprende el marco teórico y los antecedentes de la investigación. En el primero se identifica el contexto del Estado constitucional y se desarrolla los fundamentos teóricos enmarcados en un paradigma constitucional que sirven de sustento para la aplicación del control difuso por tribunales administrativos; asimismo, se delinea el panorama teórico (esto es, posiciones doctrinarias) frente al control difuso administrativo. En el segundo se identifican los antecedentes investigativos que han servido para encaminar la presente investigación. Capítulo II: Planteamiento y descripción del problema, donde se identifica y explica el problema de investigación y se enfoca los objetivos correspondientes. Capítulo III: Metodología de la investigación, aquí se explica el marco metodológico de la investigación, esto es, la forma en que se ha procedido a realizar la investigación. Capítulo IV: Resultados y discusión, donde se exponen los principales elementos y aspectos del control difuso de constitucionalidad en sede administrativa y se sustenta el por qué debiera ejercerse este mecanismo, detallándose los fundamentos teóricos y normativos que justifican y validan el control difuso en manos de los tribunales administrativos. Finalmente, se hace alcances de las conclusiones y recomendaciones de la investigación.

En ese contexto, se demuestra y sustenta la existencia de un plexo teórico y normativo que justifica el control difuso de constitucionalidad por tribunales administrativos. La presente tesis se plantea en la base del marco teórico - filosófico del constitucionalismo, se fundamenta en la idea de que la dinámica de los sistemas jurídicos contemporáneos reposa en el Estado Constitucional porque la Constitución es una norma jurídica suprema, en el que, los derechos fundamentales tiene un rol importante en la configuración del orden jurídico, y que democracia constitucional, como fórmula política y jurídica ,



supone la existencia una Constitución rígida que tiene valor normativo y está dotada de garantía para proteger su contenido, toda vez que, en el marco de un Estado constitucional la democracia (constitucional) se efectiviza en la protección de los valores constitucionales y los derechos fundamentales. En consecuencia, se concluye que, los tribunales administrativos no pueden aplicar el Derecho desconociendo el texto constitucional, esto es, no pueden aplicar una disposición normativa que manifiestamente vulnere derechos fundamentales y contravenga la constitución, por lo que se encuentran habilitados para realizar control difuso de constitucionalidad.

CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LITERATURA

1.1 Contexto y marco teórico

1.1.1 Estado de Derecho y Estado Constitucional

Para abordar el tema control de constitucionalidad de la ley en relación al procedimiento administrativo, es importante considerar su enmarcación dentro del Estado Constitucional, esto es, analizar el control difuso administrativo desde las bases teóricas que dicho tipo de Estado acoge o encierra. Es decir, es necesario partir de los elementos que configura el Estado Constitucional, esto es, las concepciones que existen sobre ella en la actualidad. Ello en razón de que, por un lado, en el ámbito del proceso histórico de nuestra sociedad (países latinoamericanos y europeos) se viene produciendo una transformación de la concepción de Estado en general, y por otro, en el ámbito de la teoría del derecho y la práctica jurídica, también vienen surgiendo nuevas propuestas teóricas y paradigmas en el marco de un Estado constitucional. En efecto, en las últimas décadas se asoció al Estado Constitucional con el (neo) constitucionalismo (s) y el “principalísimo” jurídico, por esa razón, el control difuso administrativo será evaluado dentro del canon teórico constitucional, en especial, el Estado Constitucional y sus postulados.

1.1.1.1 Del estado de derecho al Estado Constitucional una aproximación desde el proceso histórico político

1.1.1.1.1 Alcances sobre estado de derecho

El Estado de derecho, “Estado bajo el régimen del Derecho”, es propio de un proceso político- jurídico del siglo XIX, que se distingue del “Estado bajo el régimen de fuerza”- Estado absoluto característico del siglo XVII (Zagrebelsky, 2011).

Al respecto, debe destacarse que, la distinción de las expresiones de “Estado bajo el régimen de derecho” y “Estado bajo el régimen de fuerza”, sólo son claros conceptualmente, toda vez que, en el desarrollo de los hechos se dan por descontado aproximaciones, contradicciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran; no obstante, como señala Zagrebelsky, son de utilidad para resaltar los caracteres principales de la sucesión de etapas históricas del Estado moderno (Zagrebelsky, 2011).

En ese sentido, el Estado moderno se caracteriza como aquella entidad que logra la legitimación de su contenido con la “aceptación del poder” Cardenas (2017), y la eliminación de la imposición de la fuerza y la arbitrariedad. Este tipo de Estado, entendido como Estado de derecho o preconstitucionalismo, “en su versión inicial, a partir del siglo XVIII, tuvo por objeto establecer en cada Estado un documento legal Sagüez (2007) con el que, se procurara “racionalizar el poder político”; documento legal –“la constitución” - que se encontraba caracterizada por aspectos formales y de contenido. Formales, en cuanto la Constitución es considerada como un texto orgánico con supremacía jurídica sobre el resto de las normas. Y, de contenido, en cuanto estructura al Estado dividiéndolo al menos en tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, así como enuncia derechos personales conforme a una ideología concreta, tal es el caso del individualismo liberal (Sagüez, 2007).

En tal contexto, el Estado de derecho, Zagrebelsky (2011) señala: Indica un valor y alude solo a una de las direcciones de desarrollo de

organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos.

Concepción que habría sobrellevado a que un sector de la “ciencia constitucional” de aquel tiempo tenga interés de presenciarse bajo un aspecto legal; y que, para los regímenes totalitarios, el Estado de derecho, se cualificaría no como una fractura del régimen sino como la culminación en la legalidad de las premisas del Estado decimonónico.

Por otro lado, como señala el referido autor, para los “juristas de la continuidad” de esa época no existiría dificultades, incluso, habrían “llegado a sostener que los regímenes totalitarios eran la restauración de Estado de derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer con eficacia el derecho en las relaciones sociales”.

De lo descrito en el párrafo anterior se puede concluir que, “el calificativo Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en el que se excluyese una eventual arbitrariedad y se garantizase el respeto a la ley”, fuere cual fuere el contenido de la misma. En términos diferentes, todos los “Estados”, que estuviesen dotados de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente “de derecho”.

No obstante, en el Estado de derecho, desde la perspectiva de Estado liberal (forma de Estado característica del siglo XIX); es la sociedad (y no la autoridad del Estado), que comienza ser el punto central para la comprensión misma de Estado de derecho, donde la ley se concibe no como voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente bajo intereses propios, sino como instrumento de garantía de los derechos.

Es decir, el sentido del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio establecido por ley. En consecuencia, es la primacía de la ley la que señala la derrota de las tradiciones jurídicas del absolutismo.

En ese contexto, el Estado liberal como Estado de derecho, al remitirse a la primacía de la ley comprendía un Estado Legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad (Zagrebelsky, 2011). Principio que “expresa la idea de la Ley como acto normativo supremo en el que no es oponible por ningún Derecho más fuerte”.

En conclusión, en todas las manifestaciones del Estado de Derecho, la ley se configura como la expresión de la centralización del poder político, con independencia de los modos en que se hubiese determinado históricamente y del órgano, o conjunto de órganos, en que se hubiese realizado. La eminente “fuerza” de la ley se vinculaba así a un poder legislativo capaz de decisión soberana en nombre de una decisión general.

1.1.1.1.2 Alcances sobre estado constitucional

Ahora, en referencia al Estado constitucional, debe destacarse que los caracteres del mismo no se circunscriben a los de un Estado de derecho legislativo. Ello, en razón a que la posición de la ley, “por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución” (Bonorino, 2010).

No obstante, en consecución a la concepción del Estado de derecho, en el que, cuyo objetivo principal era la limitación del poder; el Estado constitucional, además, de caracterizarse de la “forma más completa posible [por] el principio de gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases que fundamentan el Estado de derecho”, resume, también, una filosofía política al entendimiento de los derechos fundamentales de la persona. En ese orden, el Estado Constitucional más allá de limitar el poder, también, procede a configurar un esquema o filosofía política donde lo más importante es que los derechos sean la brújula de orientación de los poderes públicos y privados, es decir, todo se cimienta en los ideales de la Constitución.

Como antecedentes históricos del Estado Constitucional, se puede identificar las siguientes constituciones: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos promulgado 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789. Estos forman la partida de nacimiento de este tipo de Estado, ya que, las bases filosóficas y los ideales políticos se encuentran contenidos en las mismas.

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos, que, como texto inicial redactado por Thomas Jefferson, condenaba la esclavitud y hacía recaer la responsabilidad en el monarca inglés por el inhumano tráfico de las personas de color (aunque modificada posteriormente por Adams y Franklin).

La citada declaración, representa una especie de “derecho fundamental colectivo” en referencia a la autodeterminación de los pueblos. Que, si bien el ejercicio de la autonomía hasta llegar a la secesión no encaja fácilmente a la acepción moderna de los derechos fundamentales, sin embargo, lo resaltante es que al decidir Estados Unidos su separación de Inglaterra, articulada a través de la Declaración de Independencia, los habitantes de Estados Unidos lograron otorgarse un “catálogo de derechos” (Carbonell, 2015).

Asimismo, se debe destacar que, tal Declaración, “no es un texto dividido en artículos”, al modo típico de un documento legislativo; por esta razón, que su análisis tiene mayor interés en la filosofía política que en los estudios de dogmática constitucional. Lo interesante de su contenido son algunas afirmaciones que contiene el segundo párrafo, en el que se exponen algunas “verdades” que los redactores del documento utilizan para justificar su separación de Inglaterra”. Una de esas denominadas “verdades” era “que todos los hombres son creados iguales”. Además, la declaración agregaba que los hombres tienen ciertos derechos inalienables de los que han sido “dotados por su creador”; entre esos derechos menciona la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

Por otro lado, Francia, con la así llamada revolución francesa, aportó con el documento jurídico más importante del mundo moderno: la

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Que a diferencia de los Estado Unidos “no se tenía que alcanzar la independencia respecto a ninguna potencia colonial sino establecer un sistema en el que no reinaran los privilegios de nacimiento y en el que no hubiera una monarquía absolutista”.

Tal como, se advierte del artículo de la Declaración”, la misma que establecía lo siguiente ‘los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos’. Al respecto, se debe destacar que el objetivo final de la declaración era dar a conocer los derechos y asegurar el bienestar de todos (Carbonell, 2015).

En ese contexto, como señala Carbonell, la Constitución Federal de los Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, representan “una especie de Acta de nacimiento del constitucionalismo”. Esto es, las piezas esenciales del Estado Constitucional descansan en estos textos constitucionales.

Pero, es el periodo que sigue a la Primera Guerra Mundial, la que se caracteriza por una crítica al Estado Legal de Derecho, toda vez que, para sus críticos, este tipo de Estado se encontraría en defensa del orden y sistema de intereses establecidos; de donde surge la denominación Estado burgués de Derecho frente al que se postula un Estado de Derecho de contenido social. Asimismo, es en este periodo en el que se abre paso a la tendencia de la consideración de la Constitución como una norma jurídica, que, como tal, ha de estar dotada de garantías jurisdiccionales (siendo el resultado de este criterio el establecimiento de tribunales constitucionales en Austria, Checoslovaquia y España).

Sin embargo, es, sobre todo, después de la Segunda Guerra Mundial (con el establecimiento de Tribunales Constitucionales en varios países europeos) se consolida el Estado Constitucional (García, 1991).

Entonces, a partir del momento en el que surge el constitucionalismo -en las dos orillas del océano Atlántico- se va desarrollando en muchos países conforme a sus propias circunstancias y en función de las necesidades

locales que se deben atender en cada caso. Es en ese contexto que, se da un cambio genético del Estado de derecho al Estado Constitucional de Derecho, esto es, la afectación a la posición de la Ley. “La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución” (Zagrebelsky, 2011).

En suma, el Estado constitucional recoge la síntesis de un proceso histórico que hace posible la institucionalidad de la democracia y la garantía jurisdiccional de los derechos Zagrebelsky (2011) adicionalmente, cimienta las bases necesarias para construir un nuevo tipo de Estado donde la Constitución y los derechos sean las dimensiones más importantes de la mismas. No está demás mencionar que este tipo de Estado deja de lado algunos aspectos del derecho decimonónico, es decir, del Estado de derecho únicamente basado en la ley como fuente exclusiva. Entonces, debemos indicar que este tipo de Estado es la máxima expresión de la limitación del poder, la consagración y reconocimiento de derechos, así como la elevación de la Constitución como fuente del sistema jurídico.

1.1.1.2 El Estado Constitucional desde el ámbito de la teoría del derecho

El proceso de transformación del Estado de derecho al Estado Constitucional al estar orientado fundamentalmente a la posición de la ley en subordinación a la Constitución ha llegado a implicar una profunda transformación en la concepción del Derecho y su sistema de fuentes; donde el principio de supremacía de la constitución se impone al predominio de la ley, y los derechos y libertades adquieren plena efectividad por la fuerza normativa de la constitución y no sólo por la mediación del legislador (Hernández y Mazabel, 2010).

Es así que, en el ámbito de la teoría del derecho, se da, un cambio de paradigma del positivismo jurídico al pospositivismo, surgiendo así nuevas teorías que realizan análisis crítico de la teoría positivista (clásica), identificada como formalista, es decir, teorías que se encuentran en contra

de: 1) la concepción que el derecho este compuesto exclusiva o predominante por preceptos legislativos, 2) la sumisión de los aplicadores del derecho sólo a mandatos legislativos sin tomar en cuenta los derechos fundamentales. Teorías que postulan la supremacía e interpretación constitucional en aras de garantizar en la mayor medida posible los derechos fundamentales de la persona. Las mismas que se encuentran identificadas como Constitucionalismo principialista (y/o positivismismo) y constitucionalismo normativista.

1.1.1.2.1 El Estado Constitucional desde el constitucionalismo principialista

El conjunto de autores que se ubican y posicionan dentro del planteamiento teórico conocido como constitucionalismo principialista son: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Estos son quienes defienden esta postura, cada uno planteando contenidos diversos y que el conjunto de los mismos da como resultado el constitucionalismo principialista.

En tal orden, Dworkin (el primer Dworkin, como identifica Atienza) ataca el positivismo jurídico hartiano porque considera que el fenómeno jurídico no está compuesto únicamente por normas o reglas jurídicas, sino que también forma parte del mismo los principios. Entonces, a juicio de Dworkin, el positivismo hartiano habría excluido la dimensión moral del derecho injustamente porque la experiencia jurídica también exhibe contenido moral.

Para Dworkin (1989) el razonamiento jurídico está formado tanto por reglas (normas) y los principios (moral); adicionalmente, apunta que en el esquema del positivismo hartiano resulta complicado derivar una valoración moral del derecho porque la regla de reconocimiento (al estilo hartiano) no prevé tal situación y, es más, se opone abiertamente a la moral. En la misma línea, el referido autor ataca en un segundo momento al positivismo jurídico (segundo Dworkin), donde replica y alimenta su posición indicando que el derecho no está constituido exclusivamente en normas, sino que es una actividad, una práctica interpretativa en el que

tiene un papel determinante los fines y valores que definen la misma (Atienza, 2017).

En dicho contexto, Dworkin, plantea bien temprano, dentro de la teoría del derecho, la discusión sobre la distinción entre reglas y principios, el mismo que para este autor consiste en que las reglas y principios se diferencian básicamente porque las reglas son aplicables a la manera de “todo – o – nada”.

Sin embargo, los principios se aplican considerando su dimensión del peso o gradualmente. Es decir, los principios acogen un aspecto que falta en el de las reglas, esto es, “la dimensión del peso o importancia”. Toda vez que, “[c]uando hay una interferencia entre principios, quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno” (Dworkin, 1989).

En el plano del constitucionalismo principialista no está demás indicar que la base de la teoría del derecho de Dworkin se conforma entorno a principios. Tal como lo indica Bonorino, al mencionar que su teoría es la de construir un derecho que aspire a ser más flexible y se maneje dentro de los predios de la moral. Esto, en esencia, supone que “los derechos sean tomados en serio; [lo] que significa preservar los derechos individuales frente a cualquier intento de avallasamiento por parte del Estado”. Así siguiendo los presupuestos de la teoría del derecho del constitucionalismo principialista el derecho se conforma por el imperio de la interpretación de la moral (Bonorino, 2010).

Por su parte, para Alexy, que centra también su crítica al concepto positivista del derecho en la “tesis de la separación”, esto es, entre Derecho y moral. En opinión del citado autor, existe una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la moral y hay razones normativas en favor de incluir elementos morales en el concepto de Derecho (Atienza, 2009).

En relación al planteamiento de Alexy, los autores Atienza y Ruiz, han identificado la importancia que el primero traza entre sistema jurídico como sistema de normas o como sistema de procedimientos (perspectiva

del observador y perspectiva del participante); esta última equivaldría a la noción o dimensión práctica propuesta por Dworkin (Atienza y Ruiz, 1996). Junto a la concepción de normas como procedimiento también aparece la incorporación de elementos de carácter moral en la concepción de derecho. Los postulados sobre los cuales descansa esta concepción de derecho son: El argumento de la corrección, de la justicia y de los principios. Estas dimensiones, según Alexy, explican el fenómeno jurídico, ya que, es imposible concebir un sistema jurídico desprovisto de elementos de justicia y corrección (Atienza y Ruiz, 2007).

En el caso de Alexy (1993) con relación a la distinción entre reglas y principios, se presenta del siguiente modo: (i) las reglas jurídicas requieren del cumplimiento irrestricto de su contenido, es decir, se acatan o desacatan, y, (ii) los principios exigen ser “optimizados” porque no es posible concebirlas como todo o nada de las reglas. Para el autor, los principios “son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado”. En el caso de la colisión de principios la solución no es la determinación inmediata de la prevalencia de un principio sobre otro; distinto al conflicto de reglas que se lleva a cabo en la dimensión de validez, la colisión de principios tiene lugar en la dimensión del peso, la que se establecería en función de la “ley de ponderación”. Alexy (1993) en ese mismo sentido, Manuel Atienza y Ruiz Manero, realizando análisis crítico al positivismo jurídico, indican que, “el positivismo jurídico en sus distintas variantes es incapaz de servir como herramienta para dar cuenta y operar dentro de la realidad del Estado constitucional”; toda vez que, el positivismo jurídico habría agotado su ciclo histórico al no reconocer el derecho como una práctica social compleja. La tesis planteada (de que el positivismo jurídico es incapaz de operar dentro del Estado Constitucional), específicamente, se basa en lo siguiente:

El positivismo jurídico excluyente entiende que la identificación del Derecho no puede depender de criterios morales (Atienza y Ruiz, 2007).

El positivismo jurídico incluyente es entendido como “la regla de reconocimiento podía incluir criterios morales pero que con ello no se alteraba la afirmación de que una norma jurídica no porque esté de acuerdo con la moral, sino por su conformidad con la regla de reconocimiento (y el que ésta última incluya o no criterios morales sería una cuestión contingente)”. Atienza y Ruiz (2007) son sumamente críticos del positivismo jurídico excluyente porque la relación entre derecho y moral si es posible, al menos, mediante los principios tal como lo sostienen Dworkin o Alexy. En tal sentido, es indudable que el derecho del Estado constitucional está caracterizado por la fuerte presencia de la moral. En otros términos, la crítica del postpositivismo al positivismo jurídico se centra en que éste último se trata de una concepción pobre del Derecho, que no consigue dar cuenta de la complejidad de la experiencia jurídica, ni ofrece tampoco el instrumental teórico adecuado que el jurista pueda desarrollar la que tendría que ser su tarea distintiva en el marco del Estado Constitucional: la protección de y el desarrollo de los derechos fundamentales. En esa línea, el derecho no puede ser reducido “a una sola dimensión: la autoritativa”, soslayando el componente valor, “o que supondría “una amputación a la experiencia jurídica”. Entonces, el postpositivismo propone que tanto la dimensión autoritativa y moral se dan encuentro en el Estado Constitucional (Atienza, 2017).

En ese contexto, la teoría post-positivista del derecho que plantea y defiende Atienza (2017), se trata de una teoría no positivista, identificada como constitucionalista y basada en la razón práctica, que, según el citado autor, en el plano conceptual, supone negar que pueda trazarse una separación tajante entre el Derecho y la moral. En ese sentido, defiende un objetivismo moral mínimo, así como reconoce la importancia de los principios, ponderación y el papel activo de la jurisdicción, destacando el carácter argumentativo del derecho.

Si bien, esta teoría postpositivista – Constitucionalismo post positivista- toma en cuenta el planteamiento de Ihering en cuanto si bien el derecho y la moral son fenómenos diferenciados, entre ellos existe una cierta continuidad, toda vez que, son actividades dirigidas el orden social

Atienza (2017) y en cuanto sustenta que el Derecho no solamente debe ser entendido desde una perspectiva estructural (lo establecido) sino también funcional (práctica jurídica) que trata de lograr algún propósito. Atienza y Ruiz (2007) Entonces, la teoría postpositivista defendida por Atienza se determina como constitucionalista porque entiende al derecho no solo como derecho puesto por la autoridad, sino como: “una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales”. En suma, dentro del constitucionalismo principialista la moral se posiciona como un elemento importante de la experiencia jurídica, esto es, el derecho resulta inexplicable sin la dimensión moral. Los operadores jurídicos están vinculados tanto a las reglas, así como a los principios, por tanto, esto supone que la interpretación jurídica no se realiza únicamente respetando las reglas del derecho, sino que también se observan los principios. Con esto queda claro que todo el fenómeno jurídico, necesariamente, tendrá que regirse y actuar sometido a dichas reglas (moral y derecho). Esto conllevará a preferir la Constitución por sobre las demás normas jurídicas, ya que, tiene más opciones de recoger dichas dimensiones con mayor énfasis (Atienza, 2017) .

1.1.1.2.2 El Estado Constitucional desde el constitucionalismo normativista (o garantista).

Desde un planteamiento del constitucionalismo rígido (constitucionalismo normativista), Ferrajoli realiza algunas críticas al denominado positivismo clásico- “paleopositivismo” sosteniendo que éste no es adecuado en el paradigma constitucional, donde el derecho no se identifica ya exclusivamente con las leyes, sino con las leyes y la constitución. Señala que, la distinción del positivismo (teórico, ideológico y metodológico) realizada por Bobbio no se habla de constitución ni del deber ser jurídico o constitucional de la legislación (Ferrajoli, 2009).

Así, Ferrajoli (2009) en el marco del modelo garantista del Estado Constitucional, el mismo que es presentado como un paradigma de

carácter normativo, indica que, el Estado constitucional “no solo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas”.

En ese contexto, plantea como uno de los postulados del modelo garantista del Estado Constitucional, el principio de legalidad bajo el paradigma constitucional (distinta al viejo paradigma legislativo en el que se entendía la sujeción de cualquier poder al derecho), el mismo que consiste en que:

Donde quiera que exista un poder, sea público o privado, ejecutivo, judicial o legislativo, estatal, o extra o supraestatal, deberán existir normas primarias, no solo formales, sino también sustanciales, que regulan su ejercicio, sometiéndolo a los límites y a los vínculos en qué consisten las garantías primarias correlativas a los derechos y a los intereses constitucionalmente establecidos, así como las separaciones de poderes que impidan sus confusiones o concentraciones (Ferrajoli, 2014).

En ese sentido, para Ferrajoli (2014) la rigidez constitucional se establece como “un rasgo estructural de las constituciones, ligado a su colocación en el vértice de la jerarquía de las normas”.

Finalmente, de lo referido al constitucionalismo, recogiendo los principales rasgos de todo lo explicado, con las particularidades de los planteamientos de cada uno de los autores identificados como postpositivistas, siguiendo lo identificado por Aguiló, se puede identificar el cambio paradigmático de lo siguiente:

Del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas.

Del modelo de las relaciones lógicas al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación, esto es, de que en el positivismo los conflictos entre reglas se resuelven mediante la exclusión de una de las reglas mientras que en el pospositivismo además de recurrir a la noción

de consistencia -posibilidad de cumplimiento simultaneo- se recurre a la idea de coherencia valorativa.

De la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos, esto es, de que en el positivismo los derechos relativos a un sujeto o sujetos son reducibles a deberes de otro sujeto o sujetos, mientras que en el pospositivismo el “reconocimiento” de derechos justifica la “imposición de deberes, mientras que la imposición de deberes no sirve para justificar la titularidad de derechos. Del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y ponderación. Asimismo; De la distinción entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del Derecho como práctica, esto es, de que en el positivismo e derecho se objetiva en normas y en procedimientos- estática y dinámica jurídica; objetivación que permite tratarlo como un objeto fuera de los sujetos que lo usan; mientras que en el post positivismo el derecho tiende a verse como una realidad social, es decir, que el Derecho depende muy centralmente de su práctica social (Aguiló, 2010).

1.1.2 La concepción de los derechos fundamentales en el marco del Estado Constitucional (principalista y normativista)

Respecto a los derechos fundamentales, desde el ámbito teórico del constitucionalismo principalista, Alexy (1993) tomando en cuenta la distinción de género a especie entre derecho subjetivo y derecho fundamental, parte de la concepción del primero, entendiendo así (al derecho subjetivo) como un todo integrado por tres entidades: una disposición normativa, una norma jurídica (o varias normas jurídicas) y una proposición jurídica (o varias proposiciones jurídicas). Por lo que, los derechos fundamentales, para el citado autor, ostentaría la misma estructura, es decir, vendría a ser un conjunto de normas y proposiciones de derecho fundamental que se adscribirían interpretativamente a una disposición de derecho fundamental. No obstante, destaca que los derechos fundamentales son derechos subjetivos que revisten propiedades específicas como la validez jurídica (de acuerdo a las condiciones específicas de un ordenamiento jurídico), su carácter abstracto y su generalidad. Pero la diferencia específica radicaría en el carácter

“fundamental” de los derechos fundamentales que solo sería exclusivo de este tipo de derechos (Barberis, 2019).

Al respecto, debe destacarse que, las propiedades que constituyen el carácter fundamental de los derechos fundamentales, responden a una relevancia teórica y práctica. La primera en referencia al concepto y naturaleza de los derechos fundamentales, la segunda en referencia a la comprensión de sus propiedades por parte de los aplicadores del derecho. Ahora, esas propiedades fundamentales se pueden diferenciar entre propiedades formales y materiales. Las propiedades formales se refieren al hecho de que los derechos fundamentales hayan sido establecidos en ciertas fuentes del derecho, propiedades que se identifican desde la perspectiva más restrictiva hasta la más amplia: 1. Que la disposición que establece el derecho fundamental pertenezca al capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución. 2. Que dicha disposición forme parte del texto constitucional, 3. Que dicha disposición forme parte del texto constitucional o de otra fuente del derecho (como pactos, convenios, sobre derechos humanos) siempre y cuando la constitución haga un renvío de dicha fuente, y 4. que la jurisdicción constitucional reconozca su validez y las propiedades materiales, se corresponden en referencia a que existen derechos fundamentales morales; por lo que, si un derecho subjetivo ostentara una propiedad material de los derechos fundamentales sería una razón para institucionalizarlo como derecho fundamental (Bernal, 2015).

Por otro lado, desde el ámbito teórico del constitucionalismo normativista y desde una perspectiva formal o estructural, Ferrajoli, propone una definición teórica conforme a lo siguiente: Son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados de status de personas de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo, por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrito a un sujeto por una norma jurídica (...) (Ferrajoli, 2014).

No obstante, al respecto cabe destacar que, si bien tal definición toma en cuenta a los derechos fundamentales en cuanto aparezcan enunciados en normas de derecho positivo, ello no significa que se trata de una definición dogmática, toda

vez que, por ejemplo, un determinado ordenamiento jurídico totalitario carece de derechos fundamentales. En tanto, la previsión derechos fundamentales en un determinado Ordenamiento Jurídico solo será condición de validez de aquellos. Asimismo, tal definición formal de los derechos fundamentales se basa en el carácter universal de su imputación, por ejemplo, como los derechos a la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos los derechos sociales y similares, no obstante, si los derechos fueran alienables estos no serían universales (Ferrajoli, 2004).

Siendo así, la definición derechos fundamentales, según el referido autor, permitiría fundar cuatro tesis esenciales para una teoría de la democracia constitucional. La primera referida a la diferencia entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, lo que en tradición jurídica habría permanecido oculta tal diferencia por el uso único de “derecho subjetivo”.

La segunda, en cuanto los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, formarían el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la “dimensión” sustancial de la democracia. La tercera tesis se refiere a la naturaleza supranacional de gran parte de los derechos fundamentales, ello, particular, por las convenciones internacionales recibidas por las constituciones estatales. Y, la cuarta tesis, referida a la relación de los derechos y sus garantías, ya que, la ausencia de las garantías equivaldría a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados.

Finalmente, cabe destacar también que, desde un enfoque del Derecho natural racionalista, concordante con el marco del Estado constitucional, esto es, el estudio de los derechos fundamentales en sus fines y, por lo tanto, en sus funciones (fines y funciones); en otros términos, desde el punto de análisis del conjunto de tareas que desempeñan los derechos fundamentales en la sociedad y dentro del sistema jurídico, Peces-Barba, sostiene que: “La función principal de los derechos fundamentales en la sociedad moderna es orientar la organización de la sociedad, y principalmente del Derecho, como sistema de organización social, de acuerdo con la dignidad de la persona, para que pueda realizar los contenidos que identifican esta dignidad” (Peces, 1997).

1.1.3 Supremacía jurídica de la constitución

Al respecto, cabe destacar que, desde una perspectiva histórica, la noción de supremacía jurídica aparece muy temprano en Estados Unidos, específicamente, se presenta con el famoso caso *Marbury vs Madison* de 1803, donde el Juez J. Marshall plantea que la Constitución tiene superioridad jerárquica porque “O la Constitución es superior a todo acto legislativo no conforme a ella, o el poder legislativo puede modificar la Constitución con una ley ordinaria”. Con esto quedaba claro que no existe una alternativa intermedia para solucionar dicho enfrentamiento, por lo que, en la actualidad puede indicarse que:

En la Constitución es una ley superior no modificable por el procedimiento ordinario, o se halla en el mismo plano que los actos legislativos ordinarios y, como ellos, es siempre modificable por la legislatura. Si la primera parte es cierta, un acto contrario a la Constitución no es ley; si, en cambio, la segunda es cierta, la Constitución escrita habrá de ser considerada como una tentativa absurda del pueblo para limitar un poder que por naturaleza es ilimitable (Álvarez y Tur, 2013).

En ese sentido, la Constitución es una norma superior que condiciona todo el sistema jurídico, asimismo, ocupa y/o se posiciona en el vértice del ordenamiento jurídico. Situación que tiene las siguientes repercusiones: (i) el establecimiento y procedimiento de reforma están vinculados a requisitos y rasgos que no están recogidas o contenidas en las normas ordinarias, esto es, normas comunes, y, (ii) es parámetro de control de las demás normas (control de constitucionalidad). Siendo así, se puede concluir, que todo el sistema jurídico que se encuentre basado en un Estado constitucional, se encuentra impregnada de contenidos emanados de la Constitución antes que, de la ley, toda vez que, la primera (la constitución) es la fuente del derecho más importante.

En relación a la supremacía normativa de la Constitución, principalmente, se plantea que el texto constitucional es fuente del derecho. Lo cual implica que es un parámetro que sirve para controlar y poner límites a la producción de la actividad jurídica (legislativas, actos administrativos, entre otros), en efecto, cualquier manifestación o creación normativa debe estar en sintonía con la Constitución.

Ya, el Tribunal Constitucional, en relación a la supremacía normativa de la Constitución, sostuvo que la misma contiene los límites informadores del orden jurídico, por ende, resulta común sostener que la regulación de las fuentes del Derecho también se sitúe en el campo de la teoría de la Constitución.

Ello es así porque la Constitución es considerada como norma jurídica suprema (fuente del derecho y delimitadora del sistema de fuentes) que irradia a todo el sistema jurídico, adicionalmente, incide en el sistema de fuentes del derecho porque es norma suprema y regula la producción normativa. En ese sentido, la Constitución como fuente del derecho viene íntimamente regulado a las siguientes cuestiones: Constitución como norma jurídica, la Constitución como fuente de Derecho y la Constitución como norma delimitadora del sistema de fuentes (Exp. N° 047-2004-AI/TC f.j. 9).

Así, cabe destacar que, la Constitución representa una norma de máxima jerarquía que disciplina u ordena los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal. Además, el rasgo normativo de la misma lo convierte en vinculante y directamente aplicable, en consecuencia, se posiciona como una premisa básica sobre la que debe girar la producción del derecho, esto es, actúa como fuente de Derecho y como fuente de fuentes. En suma, se explica que la Constitución dentro de un ordenamiento posee fuerza normativa y vinculante, ya que todo el material constitucional producido está contenido en ella.

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°). En consecuencia, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución) (Exp. N° 047-2004-AI/TC f.j. 10).

Lo cual conlleva a sostener que la manifestación de la Constitución como norma jurídica suprema se expresa en dos dimensiones: objetivo y subjetivo, ambos importantes porque están destinados a proteger el texto íntegro de la carta constitucional.

Finalmente, la supremacía jurídica de la Constitución tiene expresión inmediata en las fuentes del derecho, esto es, condiciona la producción jurídica del derecho doméstico porque todos los agentes que se encargan de normar, necesariamente, deben observar el contenido dispuesto en la Constitución, entonces, por supremacía jurídica no se puede producir normas apartadas o alejadas de la Constitución.

1.1.4 La Constitución como norma y su fuerza normativa

Otra de las características principales de un Estado constitucional, es que, la Constitución, como fuente del derecho, posee fuerza normativa.

Respecto a este punto, previamente, debe destacarse que, en el marco de un Estado Constitucional, la Constitución ha ganado notoriedad y se ha convertido en una pieza importante en la aplicación del Derecho; es decir, la aplicación del derecho es posible siempre que esté enmarcada dentro un marco constitucional. Ello, porque refleja una de las características principales de que un determinado sistema jurídico sea uno constitucionalizado, a la vez de que su dimensión práctica del derecho (aplicación y dinamización del derecho por los operadores jurídicos) se produzca ajustada a la Constitución (vinculación jurídica).

En ese contexto, al tener al carácter normativo (o fuerza normativa) de la constitución como uno de los elementos característicos del Estado constitucional, toda función o cualquier potestad de los órganos e instituciones de poder debe ajustarse a la Constitución, es decir, de acuerdo al principio de constitucionalidad deben ejercerse teniendo en cuenta, principalmente, la Constitución. Por lo que, debe advertirse que, la interpretación o ejercicio de las funciones de acuerdo o conforme a la ley resultan insuficientes, ya que en la actualidad la Constitución proyecta su contenido normativo en todo el sistema jurídico. Máxime que: Nuestra Constitución incorpora el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa de la Constitución (artículo 51). Según el principio de supremacía de la Constitución todos los poderes constituidos están por debajo de ella; de ahí que se pueda señalar que es *lex superior* y, por tanto, obliga por igual tanto a gobernantes como gobernados, incluida la administración pública. (STC. N.º 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC 009-2005-PI/TC, F.156).

En tal sentido, se desprende que, el principio de fuerza normativa de la Constitución condiciona y/o proyecta en el ordenamiento jurídico todo el contenido del texto constitucional, esto es, las disposiciones constitucionales tienen que ser respetadas por los órganos de poder. Solo así se podrá garantizar que la Constitución es una verdadera norma jurídica.

Así, si la producción legislativa o la actividad jurídica en general se produjesen fuera del marco constitucional, o contraviniesen el contenido de la constitución misma, la norma o acto contrario al texto constitucional advendría en inválido, es decir, quedaría expulsado del sistema jurídico porque pone en duda la fuerza normativa y la supremacía jurídica de la Constitución. En ese orden, debe advertirse que, el carácter normativo (o fuerza normativa) de la Constitución condiciona al sistema jurídico y las normas de inferior jerarquía a que estén en armonía con el contenido del texto constitucional.

En adición a lo indicado, también, es necesario destacar que, de la característica de la Constitución como norma, se desprende que la Constitución no es un mero documento político, sino también es norma jurídica; lo cual supone que el nacimiento del sistema jurídico se produce en la Constitución y no en la ley. El reconocimiento de la dimensión normativa de la Constitución implica que los operadores jurídicos se sujetarán a su contenido, además, las consecuencias que se desprenden del mismo son:

- a. Dado que la Constitución es norma superior habrán de examinar con ella todas las leyes y cualesquiera normas para comprobar si son o no conformes con la norma constitucional;
- b. Habrán de aplicar la norma constitucional para extraer de ella la solución del litigio o, en general, para configurar de un modo u otro una situación jurídica;
- c. Habrán de interpretar todo el ordenamiento conforme a la Constitución. (Exp. N° 0042-2004-AI/TC. F. 8).

Así, la Constitución tiene eficacia directa sobre el íntegro del sistema jurídico, además, resulta ser norma aplicable de forma plena. Así, el carácter normativo o la fuerza normativa de la Constitución somete al sistema jurídico a las

disposiciones constitucionales antes que, a la ley, en efecto, se privilegia la observación y aplicación del principio de constitucionalidad antes que el principio de legalidad.

Asimismo, cabe destacar que, la Constitución como norma supone que el texto constitucional adquiere las propiedades de una norma jurídica, es decir, su contenido es capaz de ser aplicado a situaciones o hechos concretos, por ende, las disposiciones constitucionales ya no son vistas como meras declaraciones que requieren de precisión por una norma de desarrollo legislativo –son normas plenas y con capacidad de producir efectos–. En relación a la fuerza normativa de la Constitución debemos indicar que la carta constitucional posee la capacidad para oponerse y eliminar aquellas disposiciones que se le opongan o contravengan su contenido, en especial, ello implica que cuando una norma o acto se oponga a su contenido la Constitución prevalece, precisamente, por ostentar fuerza normativa.

Finalmente, cabe destacar que, como ya se advertido en el apartado 1.1.8 (alcances sobre el Estado Constitucional), la Constitución se constituye más allá de la noción tradicional de la limitación del poder y reconocimiento de derechos, poniendo en relieve el carácter normativo de la misma, se presenta y opera como un verdadero proyecto jurídico que pone énfasis en el control de la producción jurídica, la eliminación de vicios constitucionales de las normas y que el origen del poder se da en la medida de la Constitución y ya no de la ley –como antes se consideraba en un Estado de derecho legislativo.

1.1.5 Interpretación constitucional

Para abordar el tema de interpretación jurídica, específicamente el tema de interpretación constitucional, se debe empezar tomando como premisa que, el fenómeno jurídico en la actualidad se produce dentro del marco constitucional, en especial, bajo el Estado Constitucional. Tal como lo indicamos en los apartados precedentes, este tipo de Estado muestra compromiso explícito con la Constitución, concretamente, abraza los postulados de un texto constitucional democrático, esto es, que el mismo descansa en la voluntad popular y que sea respaldado por la mayoría de las personas.

Moresso (2014) en referencia a la interpretación de la constitución, señala que solo una interpretación atendiendo al significado del texto constitucional puede entenderse la idea de la primacía de la constitución; primacía que advendría en poseer un carácter semántico, toda vez que, según el citado autor, la asignación de determinado significado a determinados textos constitucionales (mas no entendida como un conjunto de símbolos lingüísticos no interpretados-constitución sintáctica) puede contemplarse desde el punto de vista de cuáles son las condiciones de verdad de proposiciones constitucionales.

Por otro lado, la interpretación constitucional (en cuanto a la realización por un órgano de aplicación del derecho) como un acto de voluntad o decisión, es una atribución de un significado a un texto. En ese sentido, identifica dentro de las peculiaridades de la interpretación constitucional: Los agentes de la interpretación. Siendo que a tal peculiaridad de interpretación constitucional (los agentes de la interpretación), en cuanto la Constitución responde a la función modelar las relaciones sociales, se advierte que, la Constitución es susceptible de interpretación directa de los aplicadores del derecho para la solución de controversias a ellos sometidos, es decir, la interpretación de la Constitución no solo corresponde a Órganos Constitucionales Supremos. Concepción que posee una característica de que la interpretación de la ley sea interpretada de modo que su contenido normativo se haga coherente con la constitución (Guastinni, 2001).

En ese sentido, la interpretación de la Constitución comprende la atribución de significado a las disposiciones constitucionales, esto es, entender la finalidad y el sentido que guarda cada norma constitucional. Así, existen técnicas o procedimientos para efectuar la interpretación de la Constitución, lo cual supone que el intérprete no actúa de forma deliberada al momento de comprender el texto constitucional. Es más, 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.

En ese entender, los principios de interpretación constitucional sirven para orientar la operación de interpretar la Constitución. Estos principios o criterios son

varios, sin embargo, aquí seguiremos lo desarrollado por el Tribunal Constitucional que consiste en:

- (i) **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;
- (ii) **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.
- (iii) **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.
- (iv) **El principio de función integradora:** El “producto” de la interpretación sólo 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 éstos con la sociedad.
- (v) **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 sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza

a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto (Exp. N° 5854-2005-PA/TC. F. 12).

Siguiendo con el tema de interpretación, en el ámbito normativo, el Código Procesal Constitucional en su Título Preliminar, en el artículo V, menciona que:

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Este criterio de interpretación, esto es, de conformidad con los tratados internacionales es expansivo y reconoce que la labor del intérprete constitucional cuando se avoque a asuntos constitucionales, debe dar preferencia a la plena vigencia de los derechos fundamentales. Ello no solo se circunscribe al plano constitucional, sino que también se extiende a la dimensión ordinaria, es decir, los tribunales u órganos del Poder Judicial y entidades administrativas, al estar vinculados a la Constitución, también aplican y observan este criterio de interpretación. No debe olvidarse que la finalidad es promover la protección de los derechos fundamentales en todos los planos posibles, sea a nivel constitucional y ordinario.

La Constitución Política en el artículo 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria da paso a la interpretación de las disposiciones jurídicas de acuerdos a los tratados internacionales sobre derechos humanos, en concreto, las disposiciones referidas a derechos deben ser interpretadas en sintonía con normas internacionales vinculados con derechos humanos. Entonces, en aras de lograr una “adecuada interpretación de los derechos constitucionales” Castillo (2006) debe tenerse en cuenta los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esto también es extensible y exigible de todos los órganos que tienen el poder de administrar justicia, por ende, las entidades administrativas también están vinculados a la Constitución y los tratados de derechos humanos.

En este mismo orden, el Código Procesal Constitucional, en el artículo VI de su Título Preliminar, señala que: “Cuando exista incompatibilidad entre una norma

constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”. En tal sentido, atendiendo al principio de supremacía normativa, fuerza normativa y rigidez de la Constitución, los operadores jurídicos pueden realizar interpretaciones desvinculadas de las normas, ello siempre que rompan o contravengan el contenido del texto constitucional. Así, debe quedar claro que la Constitución se impone y prima sobre todas las demás normas, a la vez, logra proyectarse como una realidad jurídica vinculante.

Finalmente, estos son los recursos para interpretar la Constitución, asimismo, debemos destacar que, el texto constitucional no se proyecta únicamente como norma, sino que también es realidad política. En ese orden, el intérprete de la Constitución deberá poner atención en dichas dimensiones. En ese sentido, los órganos administrativos al momento de interpretar la Constitución, lo que deben hacer es tomar en cuenta los principios de interpretación constitucional para solucionar un problema de mejor forma, esto es, enfocar el contenido de la ley o acto administrativo desde la Constitución, de tal forma que se puedan advertir mejor las patologías e incompatibilidades.

1.1.6 Democracia Constitucional

En el ámbito de la concepción de la democracia en relación con los derechos, según Waluchow (2009) pueden identificarse dos tipos de concepciones: uno procedimental, y otro, constitucional. El primero, concibe a la democracia “como fundamentalmente un asunto de procedimientos mediante los que las decisiones legislativas se adoptan. El segundo, concibe a la democracia fundamentalmente no como algo relativo a qué procedimientos de toma de decisiones en particular se siguen, sino acerca de si ellos, respetan “las condiciones democráticas”.

Según Freeman (s.f.) la democracia procedimental, entendería: La identificación de la democracia con una forma de toma de decisiones políticas en la que a cada uno se garantiza un igual derecho de participación e influencia en los procedimientos que concluyen en leyes y en políticas sociales y en el que las decisiones son alcanzadas de acuerdo con el principio de la regla mayoritaria. Una concepción procedimental de la democracia no supone restricción sustantiva

alguna sobre el resultado que se alcanza por parte del legislador, más allá de aquellos derechos necesarios para sostener los procesos legislativos mismos.

No obstante, la concepción constitucional de la democracia ve las cosas de manera diferente, rige el principio de la igualdad de status. Niega que sea un objetivo definitorio de la democracia el que las decisiones colectivas siempre que normalmente sean aquellas que una mayoría o pluralidad de ciudadanía favorecería (incluso) incluso si fueran completamente racionales e informados. Antes bien, considera que la meta definitoria de la democracia es diferente: que las decisiones colectivas se adopten por las instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas tratan a todos los miembros por la comunidad, como individuos, con igual consideración y respeto... La democracia significa gobierno sujeto a condiciones – que podemos llamar las “condiciones de la democracia”- de igualdad en el status de todos los ciudadanos.

Siendo así que en esta concepción de democracia, “los procedimientos democráticos de decisión y los resultados de su empleo se justifican sólo en la medida que contribuyen a aquel estado de cosas en el que a todos los miembros de la comunidad se les trata con igual consideración y respeto” (Waluchow, 2009).

Asimismo, en el ámbito de la teoría del derecho, es necesario resaltar que en el denominado paleopositivismo puede identificarse una dimensión formal de la democracia y en el constitucionalismo normativista o segundo positivismo, como señala Ferrajoli, puede identificarse una dimensión constitucional o sustancial de la democracia (Ferrajoli, 2014).

La dimensión formal de la democracia consiste en un método de formación de las decisiones políticas: más precisamente en el conjunto de las reglas de juego que atribuyen al pueblo o a la mayoría de sus miembros el poder de asumir tales decisiones, directamente o a través de sus representantes. A esta concepción de la democracia injertada en el paradigma legislativo, Ferrajoli observa que, en el marco de un Estado constitucional es insuficiente, toda vez que, carecería de alcance empírico por la inidoneidad para dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, en el que, el poder del pueblo y de sus representantes no es en modo alguno ilimitado, sino que está sometido a los límites y a los vínculos impuestos por los derechos fundamentales.

La dimensión constitucional o sustancial de la democracia, en su modelo garantista, conforme lo identifica Ferrajoli, se caracteriza por la imposición jurídica a los poderes políticos no solo de las formas de las decisiones, sino de la esfera de “lo que puede” y “de lo que debe ser decidido”, en garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales constitucionalmente establecidos.

Al respecto, se debe destacar que, este cambio de paradigma de la democracia y del Estado de derecho, el referido autor, se da en razón al cambio de las condiciones de validez de la producción legislativa. Siendo que, en el paradigma constitucional, se da la existencia de un nexo biunívoco entre teoría del derecho y teoría política; nexo que hace de la teoría política una interpretación semántica teórico- política, del aparato conceptual elaborado por la teoría del derecho.

En ese contexto, debe advertirse que en el marco de una democracia constitucional, “las normas que contradigan los principios y los derechos establecidos por las normas sustanciales dictadas por la constitución, aun cuando hubieran sido válidamente producidas en las normas establecidas por las normas formales sobre su producción, son sustancialmente inválidas y políticamente ilegítimas" (Ferrajoli, 2014).

1.1.7 Constitución y derecho administrativo: el procedimiento administrativo a la luz constitución

Partiendo del marco del Estado constitucional, modelo de Estado, en el que, se vislumbra la constitucionalización de determinado ordenamiento jurídico, debe destacarse que, en esencia, todas las ramas del derecho están sujecionadas a la Constitución, lo que implica que la vinculación a los contenidos del texto constitucional es inmediata y efectiva. Es así que, desde la Constitución se proyecta un escenario de prohibición de la arbitrariedad, es decir, el abuso de poder queda vedado.

En ese contexto, la constitucionalización también, se proyecta en la esfera del derecho administrativo, ya que, en los procedimientos administrativos los Tribunales administrativos ejercen poder en la resolución de un caso determinado, por lo que, tienen que estar sometidos a los mandatos del texto constitucional.

Las fronteras del derecho administrativo están estrictamente ubicadas en la Constitución, esto es, el control del poder dentro del derecho administrativo tiene como regla general la aplicación y observancia de la Constitución, y, posteriormente, a la ley. En ese orden, la pretensión de validez de los actos administrativos se expresa cuando encaja con los valores y principios constitucionales. Entonces, el sistema administrativo esta sujecionada a la Constitución, así como a la ley, en tal sentido, podemos apreciar que el control de constitucionalidad de la administración se realiza cumpliendo el “sistema de valores constitucionales” (Ramón, 2006).

En términos prácticos debe quedar claro que el derecho administrativo mantiene una sumisión frente a la Constitución, ya que tiene que proyectar sus actuaciones dentro del marco constitucional. Hay que entender que dicha sumisión implica también que la administración pública siempre podrá cumplir sus acciones observando la ley, pero dicha ley debe estar previamente compatibilizada con Constitución. Solo en estas circunstancias será posible sostener que la administración actúa apegada a la Constitución.

El Tribunal Constitucional en relación al sometimiento de la actuación de la Administración Pública a la Constitución, ha indicado que todo tribunal u órgano administrativo está, necesariamente, sometido o vinculado a la Constitución. Con énfasis, sostuvo que: (...) no se trata de que la Administración Pública pueda actuar sin ningún límite o únicamente teniendo como tal a la ley, como tradicionalmente ha ocurrido, sino que su actuación debe enmarcarse en el contexto de un Estado de derecho (artículo 3º, Constitución), y está condicionada en cuenta a su propia validez, al respecto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. Aún a riesgo de ser redundantes, debe resaltarse el sometimiento de la Administración Pública a la Constitución; esto es, obligatoriedad de respetar durante la tramitación de los procedimientos administrativos tanto los derechos fundamentales como las garantías procesales correspondientes (derecho al debido proceso, derecho de defensa, etc.) así como de los principios constitucionales que lo conforman (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de arbitrariedad, etc.) (Exp. N° 4293-2012-PA/TC).

En esa línea, resulta explícito que la administración pública está vinculado a la Constitución y los derechos fundamentales. Y en ese orden, podemos establecer que “la Administración Pública deberá no seguir normas inconstitucionales cuando lo sean así manifiestamente inconstitucionales; o cuando, sin serlo, existe una norma constitucional adscrita formulada por un contralor de la constitucionalidad en la que se contiene un juicio que establece que tal ley es inconstitucional” (Castillo, 2006).

En ese contexto, cabe mencionar que la Administración Pública está enmarcada dentro de dos principios, esto son: el principio de constitucionalidad y el principio de legalidad. El primero supone que la Administración Pública está condicionado a la Constitución, además, el marco interpretativo está formado por el contenido del texto constitucional. El segundo implica que la Administración Pública, además, de estar sometido a la Constitución, también, se enmarca dentro de la ley. Entonces, la actuación de la Administración Pública se mueve de forma dinámica dentro del contexto de estos dos principios, por tanto, en el Estado Constitucional son importantes la Constitución y la ley, pero sin olvidar que el primero es la medida del segundo (o su parámetro de limitación).

En suma, de todo esto, cabe mencionar que “la Constitución es un modo de decir el derecho diferente, no solo porque es otro el sujeto el que habla, sino que ella misma habla de un modo diferente a la ley” Roldan (2015) lo cual para el presente caso implica que la Administración Pública está vinculada a la Constitución.

1.1.8 Algunos alcances sobre el control difuso de constitucionalidad

1.1.8.1 El control difuso de constitucionalidad: una breve caracterización desde la perspectiva histórica

El control difuso de constitucionalidad es una institución de orígenes ingleses, ello se desprende del “caso Bonham”, en cuanto Sir Edward Coke, como presidente del tribunal inglés, en 1610, declarara el principio de “supremacía del common law” sobre el absolutismo del rey (Vila, 2004).

Sin embargo, más allá de la discusión doctrinal de la identificación “caso Bonham” como antecedente del control difuso de constitucionalidad; debe

destacarse que el tipo de razonamiento utilizado en la sentencia que resuelve el citado caso, con características propias, fueron aprehendidas por las colonias norteamericanas; así se denota con el caso “Marbury vs Madison” del año de 1803, dicha sentencia estableció la facultad de los tribunales de juzgar la conformidad de una norma de rango legal con la Constitución e inaplicar aquellas leyes que la contravengan; situación que constituyó una jurisprudencia que marca hito histórico en la formación del Estado Constitucional o, por lo menos, se coloca en sus bases. En ese contexto, la finalidad de tal control era asegurarse que el poder no pudiese actuar demesuradamente frente a los ciudadanos, por ende, se posicionó como una garantía de la tutela de los derechos fundamentales de la persona.

Ahora, centrándonos en el caso norteamericano –concretamente, Marbury vs Madison– se debe mencionar el contexto político del momento. Se advierte que en Estado Unidos se presenta un problema con el cambio de gobierno porque en ese entonces existía un conflicto entre el saliente presidente Adams que era federalista y el entrante presidente Jefferson, que era republicano, así, previo a traspasar el mando presidencial, el primero nominó a su secretario Marshall como presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. En ese contexto, también, se aprueban unas leyes federales, creando circuitos judiciales en el distrito de Columbia donde empezaron a nominar jueces que lógicamente eran federalistas. En este contexto, según lo indica Arias (2015) el Congreso Federalista que había aprobado dichas normas, no pudo librar el nombramiento final de todos los cuarenta y dos jueces entre los que estaba el juez Marbury; entonces cuando Jefferson asume la presidencia de los Estados Unidos, lo que hace Marbury es requerir al secretario de Estado James Madison que le haga entrega de la investidura del cargo de Juez, lo cual prohibió el nuevo gobierno. Entonces, contra esta disposición Marbury plantea un recurso judicial denominado Writ of Mandamus.

En el contexto de resolución del caso, se advierte que el mismo Juez Marshall instaura con este caso el sistema de revisión de la Constitución, la misma que es conocida como Judicial Review, por la misma se obligaba

a todos los jueces y todos los tribunales a decidir la conformidad de una ley con la Constitución, a la vez, se exigía que debían desistir de aquella que sea inconstitucional, pero esta situación solamente operaba para situaciones o hechos concretos, es decir, si bien todos los jueces estaban habilitados para ejercer control de constitucionales, sin embargo, este mecanismo se activaba en contextos particulares, esto es, cuando se conocía o advertía una problemática de inconstitucionalidad en el marco un caso concreto, además, los efectos de tal tipo de control no eran generales o vinculantes para todos.

1.1.8.2 Control difuso de constitucionalidad: concepto, características, finalidad

Desde el ámbito doctrinal se denomina al sistema de control difuso de constitucionalidad, a aquel sistema de control en el que “cualquier tribunal puede declarar la inaplicabilidad de un precepto legal o de inferior jerarquía, que sea contrario a la Constitución, en el caso particular del cual conoce” (Ríos, 2002). En ese sentido, debe entenderse que este tipo de control recae en manos de todo tribunal que tenga la facultad de resolver un conflicto intersubjetivo de intereses, ya que, en el marco del Estado constitucional los mismos se encuentran comprometidos con la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales. En efecto, los tribunales, en el contexto de un Estado Constitucional, son agentes que buscan reforzar la Constitución, es así que, este tipo de control se justifica porque busca garantizar la supremacía constitucional sobre las normas de menor jerarquía (inferiores a la Constitución).

Al respecto debe destacarse que, con el control difuso de constitucionalidad los tribunales quienes resuelven si una ley es adecuada o no a la Constitución “no lo hacen porque se presente ante ellos una demanda cuyo objeto directo sea dilucidar tal cuestión, sino porque, al hilo de un proceso del que el [tribunal] está conociendo y que va a otras pretensiones, algunas de las partes le plantea excepción de inconstitucionalidad” (Garrorena, 2014).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta también que, el control difuso de constitucionalidad, sirve solamente para analizar casos concretos, esto es, cuando se presentan situaciones particulares, siendo así la eficacia de la misma se restringe a contextos particulares y no tiene pretensiones de carácter general, es decir, no se aplica a todos los casos o circunstancias. En otros términos, no se trata de un control abstracto sino de un control concreto de constitucionalidad “que tiene efecto particular o "inter partes", quedando vigente la ley inaplicada” (Ríos, 2002).

En tal sentido, se tiene que el control difuso opera de la siguiente manera:

- (i) Tener en cuenta que incompatibilidad no es lo mismo que diversidad porque la regla inferior siempre será distinta a la superior, por tanto, se tiene en cuenta que solamente en casos de incompatibilidad se procede mediante el mecanismo del control difuso de constitucionalidad.
- (ii) Es menester tomar nota de que el operador jurídico tiene que verificar y estar seguro que no existe una forma o camino razonable para superar la incompatibilidad existente entre la norma y la Constitución.
- (iii) Este control se efectúa para casos concretos o situaciones precisas, ya que, no puede operar de forma abstracta, si ello sucediese, entonces dejaría de ser control difuso para convertirse en control concentrado de constitucionalidad.

En términos generales, algunos datos e información que es relevante para tener una mejor apreciación sobre el control difuso de constitucional es que se caracteriza por lo siguiente:

- (i) Es un control de carácter difuso porque son todos los jueces quienes están habilitados para llevarlo a cabo.
- (ii) Es un control subjetivo o control concreto de normas porque se produce al hilo de la aplicación del precepto al caso concreto,

además, el juez conoce un caso regular y en ese tránsito es que se avoca a resolver la situación.

- (iii) Es un control de carácter incidental porque el acceso a la misma se produce vía incidente que es planteado por una de las partes o que el mismo juez se da cuenta de la situación y la aplica al caso concreto.
- (iv) Y sobre sus efectos se debe tener en cuenta que son restringidos porque solamente se aplican a una situación concreta, ya que mediante dicha acción no se puede eliminar o purgar la norma del sistema constitucional (Garrorena, 2014).

En suma, se puede concluir que, la finalidad del control difuso de constitucionalidad es la inaplicación de normas que sean inconstitucionales, inaplicación que opera para un caso en concreto; es decir, sirve para inaplicar los efectos de una norma inconstitucional a una situación concreta. Este tipo de control es descentralizado porque todos los órganos que imparten justicia se encuentran facultados para hacer prevalecer la Constitución frente a la incompatibilidad de una ley con la misma. Además, se debe destacar que, la finalidad del mismo no es buscar la anulación de la norma (no posee efectos anulatorios) que es sometida a control difuso de constitucionalidad.

1.1.8.3 El control difuso de constitucionalidad en la experiencia peruana

En nuestro país, el control de constitucionalidad fue introducida por primera vez en el texto constitucional de 1856, la misma que en el artículo 10 mencionaba que “es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”, además, se advierte la noción de supremacía constitucional porque ninguna ley puede oponerse a la Constitución. Luego, en el Código Civil de 1936, específicamente, en el art. XXII de su Título Preliminar se precisó que “cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera la primera”, sobre el mismo se ha indicado, según Baca (2008) y Castro (2007), que el alcance

de esta disposición sólo abarcó el ámbito civil y no a todos los ámbitos jurídicos. Finalmente, con la Constitución de 1979 se establece el control difuso en su artículo 236°, de la misma manera, tal situación se ha replicado en la Constitución de 1993 en el artículo 138°, la misma que establece que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Además, en la legislación nacional se tiene algunos desarrollos sobre los alcances del control difuso de constitucionalidad y el modo de ejercerlo. Se debe acudir al art. 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial que indica que se elevaran a consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema las sentencias de primer grado, expedidas en un proceso donde se haya aplicado el control difuso, que no hayan sido impugnadas; lo mismo aplica para las de segundo grado donde se haya ejercido esta potestad judicial; no siendo necesario para el caso de la inaplicación de normas infralegales. Aquí queda claro que el ejercicio del control difuso administrativo implicará realizar consulta a un órgano superior para que la misma revise y apruebe, sin embargo, ello no siempre es necesario porque dicha facultad es de carácter constitucional y cualquier órgano es competente para realizar dicho procedimiento –según la Constitución–.

En este mismo orden, también es oportuno precisar sobre el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, norma que precisa sobre el ejercicio del control difuso del siguiente modo: (i) la aplicación del control difuso debe darse solo en caso de que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución y (ii) los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o de acción popular. Con las precisiones que se pueden desprender de esta norma queda claro que el control difuso de

constitucionalidad se utiliza cuando no se puede encontrar una solución acorde a la Constitución –interpretación conforme–.

Finalmente, luego de haber efectuado algunas precisiones de carácter histórico y conceptual, ahora, se debe efectuar alcance sumario acerca de la noción o concepción sobre el control difuso, esto recogiendo diversas propuestas hechas por juristas. Con relación al control difuso de constitucionalidad se ha indicado que es una tarea judicial ordinaria de los tribunales de justicia donde esta facultad es discrecional y limitado al “caso concreto” o “interpartes”, además, es subjetiva porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer solo parte de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario (Quiroga, 1996).

1.1.9 El control difuso administrativo entre dos “precedentes vinculantes” emitidos por el tribunal constitucional Peruano.

1.1.9.1 De la sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004 AA/TC (Caso Salazar Yarlenque).

Como precedente vinculante de la aplicación del control difuso en el ámbito administrativo, se tiene la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3741-2004 AA/TC, de fecha 14 de noviembre del 2005.

El caso, que como consecuencia se dio el citado precedente, se da a raíz de que el ciudadano Hernando Salazar Yarlenque interpuso recurso extraordinario en contra la sentencia de la Sexta Sala civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, la misma que declaró infundada la acción de amparo. Acción (demanda) de amparo que el recurrente interpuso 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.

Este caso, consiste en que, en su oportunidad, el recurrente, tras la Municipalidad de Surquillo haberle impuesto una multa, se habría

presentado ante esta entidad a efectos de impugnar tal decisión; no obstante, al recurrente se le habría exigido previamente el pago de quince soles por concepto de tasa de impugnación, conforme al TUPA de la referida entidad edil. En ese contexto, interpone su demanda de amparo, sustentando 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” (STC. 3741-2004-AA/TC).

Sin embargo, el Ad Quem, habría declarado infundada la demanda considerando que el monto establecido por concepto de impugnación se encuentra previsto en el TUPA de la municipalidad emplazada. Y, la recurrida habría confirmado la apelada con argumentos similares.

Del citado proceso, el Tribunal Constitucional, ha observado 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, solamente se habrían 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 (STC. 3741-2004-AA/TC. F. 4).

Ante ello, el Tribunal Constitucional ha precisado que:

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 conforme a 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 de todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138).

En ese contexto, como parte de la ratio decidendi de la sentencia, el Tribunal Constitucional, expresamente, señala: Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la constitución también alcanza, como es evidente, también a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentra sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, el principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley- más aún si esta puede ser inconstitucional- sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. 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 (...)” (STC. 3741-2004-AA/TC. F. 6).

Conforme a ello, complementa 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” (STC. 3741-2004-AA/TC. F. 7).

Así el Tribunal Constitucional, concluye que, en el caso materia de análisis, “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” (STC. 3741-2004-AA/TC. F. 22).

Finalmente, el Tribunal Constitucional, en el fundamento cincuenta de la sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, como una de las reglas sustanciales del referido precedente, 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°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello se debe observar lo 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 conforme a la Constitución.

1.1.9.2 De la sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC (caso Consorcio Requena).

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el expediente N° 04293-2012-PA/TC, de fecha 18 de marzo de 2014, dejó sin efecto el precedente vinculante recaído en la STC N° 3741-2004-AA/TC, que facultaba a todo tribunal y órgano colegiado de la Administración Pública la aplicación de control difuso administrativo, esto es, la facultad y el deber de preferir la constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnerara manifiestamente.

El caso, que como consecuencia se emitió la STC N° 04293-2012-PA/TC, se da a raíz de un Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por Consorcio Requena contra la resolución, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que declaró improcedente la demanda de amparo.

La referida demanda de amparo, interpuesto por el consorcio Requena en contra de la Primera Sala del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), consiste en que el recurrente habría solicitado la nulidad de la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, la misma que había declarado infundado el recurso administrativo de apelación que interpuso (el consorcio Requena) contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N° 001-2011-MPR (I Convocatoria). Asimismo, el recurrente, habría solicitado que se ordene un nuevo pronunciamiento y que la apelación sea resuelta por una nueva Sala administrativa del OSCE. Alegando que se habría la vulnerado sus

derechos constitucionales a la propiedad, a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la racionalidad y proporcionalidad, así como al principio de congruencia procesal; toda vez que, según el recurrente, conforme a su recurso administrativo de apelación, en el proceso de Licitación Pública N° 001-2011-MPR sobre ejecución de la obra “Rehabilitación y aplicación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena – Loreto”, la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE habría incorporado indebidamente un punto controvertido nuevo acerca de los requisitos del “Gerente de Obras” que no había sido materia de su impugnación ni tampoco observado por la propia Municipalidad Provincial de Requena al momento de decidir su descalificación. Agrega que la citada Sala administrativa resolvió dicho punto controvertido aplicando un parecer jurídico distinto, a pesar de que era un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al que fue materia de decisión en la Resolución N.° 97-2012-TC-S1, del 15 de enero de 2012 (STC. N° 04293-2012-PA/TC).

En ese contexto, el Ad Quem, habría declarado fundada la demanda, por considerar que, en cuanto al título profesional de ingeniero civil del “Gerente de Obra”, se cumplió con presentar el diploma de incorporación del Colegio de Ingenieros del Perú y el certificado de habilidad, los cuales son documentos suficientes para acreditar el grado profesional del “Gerente de Obra” propuesto. No obstante, la Sala revisora habría revocado la apelada y declarando improcedente la demanda, estimando que la vía igualmente satisfactoria, de conformidad con el artículo 5°, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, es el proceso contencioso administrativo (STC. N° 04293-2012-PA/TC).

Así, en atención al Recurso de Agravio Constitucional, el Tribunal Constitucional, referente al petitorio y los hechos que sustentan la demanda de amparo, ha delimitado que lo planteado “está relacionado con el contenido del derecho constitucional al debido proceso en sede administrativa, al haberse producido básicamente las siguientes afectaciones: i) afectación al derecho de defensa, en cuanto presuntamente

se incorporó el análisis de hechos nuevos no planteados en el recurso administrativo de apelación del demandante; y, ii) afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, ocasionada por la emplazada supuestamente por decidir, para el caso concreto del actor, aplicando un criterio jurídico distinto al previamente establecido en un pronunciamiento administrativo anterior” (STC. N° 04293-2012-PA/TC. F.2).

Respecto al derecho de defensa, el Tribunal Constitucional ha determinado que: La no existencia de identidad entre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación y los extremos resueltos por la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 no necesariamente implica una afectación al derecho de defensa del administrado, siempre que la autoridad administrativa cumpla con otorgar la debida oportunidad para realizar los respectivos descargos sobre los nuevos hechos a tratar (...).

En el caso, sí se desprende de la propia Resolución N° 170-2012-TC-S1 (considerando 19) que, mediante escrito ingresado el 9 de febrero de 2012, el demandante realizó sus descargos acerca de la no acreditación de los requisitos para el “Gerente de Obra”. Debe observarse, que si bien el demandante ha señalado que no pudo ejercer una defensa “completa”, en autos no obran medios probatorios que sustenten tal afirmación, por lo que este Tribunal entiende que sí pudo realizar la correspondiente contradicción contra el nuevo punto de controversia en mención. Por lo tanto, debe desestimarse la demanda en este extremo, dado que no se ha acreditado la vulneración del derecho de defensa del demandante. (STC. N° 04293-2012-PA/TC. F. 13-14).

Y, respecto a la afectación al derecho a la igualdad en aplicación de la ley, el Tribunal Constitucional, ha determinado que:

[E]n la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 existió un tratamiento diferenciado injustificado. Se ha constatado que en ambas se analizó el mismo supuesto de hecho sobre la documentación idónea para acreditar el grado profesional del personal especializado y, en ambas, se adjudicó soluciones jurídicas distintas y contrarias entre sí. La Resolución N.º 170-2012-TC-S1 no expresó en su debida oportunidad las razones por las

cuales no continuó el criterio preestablecido acerca de prescindir del título profesional cuando se hayan presentado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. En ese sentido, en este extremo debe estimarse la demanda, por haberse acreditado la vulneración al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (STC. N° 04293-2012-PA/TC. F. 26).

En ese contexto, la sentencia materia de análisis, en el apartado “efectos de la presente sentencia”, declara la irreparabilidad del derecho, por no ser posible que se retrotraigan los hechos al momento anterior a la resolución de la apelación administrativa del demandante, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda y se deje sin efecto la ejecución de la carta fianza otorgada por el demandante en garantía de su recurso administrativo de apelación (STC. N° 04293-2012-PA/TC. F. 27-29).

No obstante, en ese mismo apartado de la sentencia, introduce “presupuestos básicos que deben observarse en forma alternativa para establecer un precedente vinculante”, conforme a lo siguiente:

- a. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo aplicando distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con base en una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de tal norma.
- c. Cuando se evidencia la existencia de un vacío o laguna normativa.

- d. Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e. Cuando se evidencia la necesidad de cambiar o revocar de precedente vinculante.
- f. 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. (STC. N° 04293-2012-PA/TC. F. 30).

Para determinar que, el precedente vinculante recaído en el expediente N.º 03741-2004-PA/TC no ha cumplido con alguno de los presupuestos ni con las reglas establecidas en el precedente recaído en el expediente N° 03741-2004-PA/TC, toda vez que: 1) en la *praxis* judicial o administrativa no habrían existido interpretaciones contradictorias respecto al sentido de los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución. 2) Tampoco habría servido para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad. 3) Ni habría existido un vacío legislativo ni en la Constitución ni en el Código Procesal Constitucional o en el Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, D.S. N.º 017-93-JUS, que es el ámbito de acción natural para aplicar el control difuso en un proceso jurisdiccional. 4) Asimismo, no se habría advertido en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas de los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución que socaven la primacía de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico. 5) Y, por último, el precedente sentado en el fundamento 50 del Exp. N° 03741-2004-PA/TC

no se habría establecido para cambiar algún precedente vinculante preexistente (STC. N° 04293-2012-PA/TC. F. 32).

Por lo cual, para el Tribunal Constitucional, quedaría evidenciado que existirían razones objetivas y coherentes para dejar sin efecto el precedente precitado (STC. N° 03741-2004-PA/TC) , dado que se habría fijado sin respetar las reglas establecidas por el propio Tribunal Constitucional.

Por otro lado, según el Tribunal Constitucional, también, habría “razones materiales”, para llegar a la misma conclusión de dejar sin efecto el precedente vinculante recaído en el expediente N° 03741-2004-PA/TC.

La primera, bajo el sustento de que los “los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que no les corresponde ejercer tan importante atribución” (STC. N° 04293-2012-PA/TC. F. 33-a).

La segunda, en cuanto el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, ha establecido un mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso, esto es, que la sentencia expedida (cuestionada o no), “son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, para el control del ejercicio de esta actividad, lo que en el caso de los tribunales administrativos no ocurre, dado que en caso de no ser impugnadas las resoluciones expedidas por los tribunales administrativos en los que se haya aplicado el control difuso, las mismas adquirirían la calidad de cosa decidida, independientemente de si el ejercicio de tal potestad es conforme o no a la Constitución” (STC. N° 04293-2012-PA/TC. F. 33-b).

La tercera, en cuanto “afecta[ría] al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa” (STC. N° 04293-2012-PA/TC. F. 33-c). El Tribunal Constitucional, sostiene al respecto que:

Conviene resaltar también que el artículo 118.8° de la Constitución establece que al Presidente de la República le corresponde “ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”. De modo que no solo se permitiría que el Poder Ejecutivo ejerza una potestad reglamentaria, sino que también realice la labor de controlar la constitucionalidad de una ley, cuando conforme a la Constitución, no le corresponde cuestionarla, sino únicamente acatarla (STC. N° 04293-2012-PA/TC).

Finalmente, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que el precedente recaído en el expediente N.° 03741-2004-PA/TC, “desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incurso en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad”. Asimismo, “considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer eficaces las normas jurídicas vigentes”. Agrega, además, “que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo”. (STC. N° 04293-2012-PA/TC. F. 34-35).

1.1.10 Posiciones en la doctrina nacional frente a la aplicación de control difuso administrativo.

1.1.10.1 Posiciones en defensa de la aplicación de control difuso administrativo.

En el ámbito nacional, en la discusión sobre la aplicación del control difuso por tribunales administrativos, Bullard y Higa en su texto “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional” cuestionan el supuesto de que los Tribunales

administrativos no pudieran considerarse facultados para inaplicar normas por inconstitucional, ya que, de ser ese el caso, el administrado tendría que ir al Poder Judicial y recién ahí podría cuestionar la validez, por ejemplo, de un tributo que es claramente inconstitucional porque discrimina a los contribuyentes o porque no cumple con los requisitos establecidos por la Constitución, para su validez. Así, refieren los citados autores, el administrado podría ser embargado en sus bienes, privado de su propiedad, y sujeto a la violación de su derecho, solo porque la Administración Pública está obligada a ser injusta (Bullard y Higa, 2007).

No obstante, los mismos, resaltan que, cuando el caso se ha presentado en la realidad, esto es, cuando ha sido evidenciada que una norma claramente inconstitucional, no es extraño encontrar situaciones en el que los funcionarios han actuado prefiriendo la Constitución sobre otra norma legal. Así, “el Tribunal Fiscal habría expedido diversas resoluciones en las cuales ha realizado juicios constitucionales positivos, tanto de las normas tributarias como del código civil, interpretándolas de conformidad con la constitución en materia del derecho fundamental de la igualdad, a fin de declarar inafectas del impuesto vehicular o al impuesto predial, a las iglesias protestantes en las mismas condiciones que la iglesia católica”.

Partiendo de un ejemplo de un procedimiento concursal administrado por Indecopi en relación a la promulgación del Decreto de Urgencia N° 110-2000, en cuya disposición normativa de su artículo, establecía:

Cuando, en los procedimientos de insolvencia seguidos conforme al Texto Único Ordenado de la Ley de Restauración Patrimonial aprobado por Decreto Supremo N° 014-99- ITINCI, se demuestre que el acreedor que ha solicitado la insolvencia de una empresa de la actividad de telecomunicaciones está vinculado al deudor, según los criterios del Artículo quinto de la Ley de Restauración Patrimonial, quedará concluido el proceso de insolvencia y disuelta la junta de acreedores.

Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en esta norma, se requerirá asimismo, que la administración del insolvente esté o haya estado en poder de un administrador judicial y no conste participación del directorio y de

la Junta General de Accionistas de la empresa deudora en el proceso de insolvencia. Quedan a salvo los derechos de los acreedores para iniciar un proceso de insolvencia.

Normativa con la que se declaró la conclusión del procedimiento concursal de una empresa propietaria de un canal de televisión y se dispuso la entrega del canal a uno de sus administradores, viéndose, así, los acreedores, afectados su derecho de crédito, propiedad y un debido procedimiento. Por lo que, la citada disposición normativa era inconstitucional, pues, se había dictado para favorecer a una empresa específica, y más claramente a los accionistas de dicha empresa.

En ese contexto, los referidos autores, uno en su calidad de vocal de la Sala de Competencia y el otro como asistente encargado de redactar el proyecto del voto que emitió el vocal, sostuvieron que no cabía aplicar el Decreto de Urgencia N° 110-2000 porque era inconstitucional, concluyendo “que la facultad del control difuso si podía ser ejercida por el Tribunal del Indecopi, y que siendo claramente inconstitucional el Decreto de Urgencia que ordenaba levantar la insolvencia, correspondía inaplicarlo y preferir la ley de reestructuración” (Espinoza, 2018).

Tomando en cuenta los ejemplos precedentes, los citados autores, plantean que el problema de la viabilidad del control difuso por autoridades administrativas gira en torno al aparente conflicto entre dos principios: el de jerarquía (primacía de la constitución sobre las leyes) y el de legalidad (esto es, que la Administración pública sólo puede actuar en base a las facultades concedidas por la ley). Además, en referencia a los principios, señalan expresamente “la aplicación de los mismos principios puede llevar a soluciones diferentes según la naturaleza concreta del problema que enfrentan”.

Asimismo, resaltan que, bajo ciertas circunstancias concretas uno de los principios precede al otro. En otras circunstancias también concretas, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa.

Considerando, el planteamiento de Alexy (1993) y la afirmación de que “en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el criterio del mayor peso para el caso en concreto”. Concluyen que, “en algunos supuestos, según las características del problema que enfrentamos el principio de legalidad debe primar sobre el de jerarquía, de manera que un órgano administrativo no puede preferir la norma jerárquicamente superior, sino, por el contrario, debe ajustarse al principio de legalidad. Pero en otras, circunstancias puede tener sentido que el principio de jerarquía prime sobre el principio de legalidad, y que por tanto la autoridad administrativa si deba entenderse facultada a preferir la aplicación de la jerarquía sobre la legalidad”. Al final la solución de conflictos entre principios, se resolvería en el plano axiológico; pero, ello, según los referidos autores, no significa que tal conflicto entre principios pueda ser resuelto arbitrariamente en cada situación o dejarlo amarrado a la discrecionalidad de quien decide, sino que se debe identificar una tipología de casos que debe primar la jerarquía sobre la legalidad y otros en los que la legalidad debe primar sobre la jerarquía. Para los citados autores, lo importante sería “que las categorías de los casos estén agrupadas con un criterio razonable y ordenado que haga predecible el resultado” (Bullard y Higa, 2007).

1.1.10.2 Posiciones en contra de la implicación de control difuso administrativo

Desde la posición en contra de la aplicación del control difuso por parte de Tribunales administrativos, se encuentra Morón, para quien, el debate de la aptitud que tendría la Administración pública ha estado conducido hacia una falsa proposición, esto en cuanto si la administración estaría sujeta o no a la norma constitucional, entonces debiera inaplicar la ley que ella misma considere inconstitucional.

Para el citado autor, la proposición debería reexpresarse bajo la pregunta siguiente: si la Administración pública está sujeta a la norma constitucional ¿Cómo debe comportarse frente a una inconstitucional?. En ese contexto, el citado autor, considera que, la función administrativa está

sujeta a la norma constitucional; pero, existe una amplia distancia para derivar de ello, irremediablemente y con carácter excluyente, que entonces la Administración pública deba incumplir con su deber de ejecutar la voluntad de la ley y abstenerse de aplicarla en el caso concreto (Moron, 2007).

Por otro lado, el citado autor, en referencia al precedente vinculante Salazar Yarlenque, ha cuestionado que, al Poder Ejecutivo, que ya no sólo administra los intereses públicos y la hacienda estatal, sino que además tiene constitucionalmente reconocida la capacidad de legislador positivo, como la emisión de decretos legislativo, decretos de urgencia, reglamentos, se le reconozca vía jurisprudencia constitucional (a alguna de sus instancias) la capacidad para desacatar in limine decisiones del Poder Legislativo con sólo calificarlas de manifiestamente inconstitucionales.

1.2 Antecedentes

Según Martínez (1997) desde un enfoque del c de los derechos fundamentales en la sociedad moderna es orientar la organización de la sociedad, y principalmente del Derecho, como sistema de organización social, de acuerdo con la dignidad de la persona, para que pueda realizar los contenidos que identifican esta dignidad”.

Ferrajoli (2014) identifica la distinción entre el constitucionalismo principialista –o simplemente principialismo– y el constitucionalismo garantista –o simplemente garantismo– recae en que el primero se caracteriza por concebir los derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a su aplicación o actuación sino a su ponderación legislativa o judicial; mientras que la segunda se caracteriza, en cambio, por una normatividad constitucional fuerte, de tipo regulativo. Esto quiere decir que el garantismo es sinónimo de Estado constitucional de derecho.

Atienza (2017) plantea y defiende una teoría post-positivista del derecho, identificada como constitucionalista y basada en la razón práctica, que según el citado autor, en el plano conceptual, supone negar que pueda trazarse una separación tajante entre el Derecho y la moral. Esta teoría defiende un objetivismo moral mínimo, así como reconoce la importancia de los principios, ponderación y el papel activo de la jurisdicción,

destacando el carácter argumentativo del derecho. Asimismo, esta teoría se determina como constitucionalista porque entiende al derecho no solo como derecho puesto por la autoridad, sino como: “una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales”.

Moresso (2014) El autor en referencia a la interpretación de la constitución, señala que solo una interpretación atendiendo al significado del texto constitucional puede entenderse la idea de la primacía de la constitución; primacía que advendría en poseer un carácter semántico, toda vez que, según el citado autor, la asignación de determinado significado a determinados textos constitucionales puede contemplarse desde el punto de vista de cuáles son las condiciones de verdad de proposiciones constitucionales.

Bullard y Higa (2007) sostienen que los tribunales administrativos deben realizar control difuso. Identifican que el problema de viabilidad del control difuso por autoridades administrativas gira en torno al conflicto entre dos principios: el de jerarquía (primacía de la constitución sobre las leyes) y el de legalidad (esto es, que la Administración pública sólo puede actuar en base a las facultades concedidas por la ley); por el que, según los citados autores, tal conflicto debe resolverse en base a la ponderación de principios. Así, “en algunos supuestos, según las características del problema que [se] enfrentara el principio de legalidad deb[iera] primar sobre el de jerarquía, de manera que un órgano administrativo no puede preferir la norma jerárquicamente superior, sino, por el contrario, debe ajustarse al principio de legalidad. Pero en otras, circunstancias puede tener sentido que el principio de jerarquía prime sobre el principio de legalidad, y que por tanto la autoridad administrativa si deba entenderse facultada a preferir la aplicación de la jerarquía sobre la legalidad”.

Meza (2014) tiene como finalidad analizar una institución creada por el supremo intérprete de nuestra Constitución, denominada “Control Difuso Administrativo”, teniendo como base el principio de Supremacía Constitucional, pilar de un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro. El ordenamiento jurídico peruano tiene un sistema de control constitucional dual; así, mediante el Tribunal Constitucional se consagra el modelo de control concentrado que consiste en la expulsión de una ley del marco jurídico general por contravenir la norma suprema del Estado; en tanto que a través del control difuso, recogido por el artículo 138° de nuestra Constitución Política de 1993,

se faculta a los jueces a inaplicar -no invalidar una ley para el caso concreto cuando esta resulta contraria a los parámetros establecidos por la norma fundamental.

Sedano (2016) en torno a los alcances de la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito del derecho interno peruano. Así, en primer orden se dará una breve aproximación a la problemática abordada, el incumplimiento de obligaciones internacionales por parte del Estado peruano y sobre todo la desprotección que estaría cometiéndose en materia de derechos humanos. Para una mejor comprensión del tema se propuso el estudio de categorías que ayudarán a esclarecer lo referente al instituto del control de convencionalidad, parte de sus fundamentos, las formas de su exteriorización y la labor que de esta tienen tanto los tribunales internacionales como los nacionales. Resaltaremos además en el transcurso todas las cuestiones jurisprudenciales y doctrinales que apoyan nuestra postura.

Según Arias (2015) en la actualidad, el Estado como organización política que dirige y regula la convivencia en una sociedad, encuentra sus bases fundamentales en unos principios orientadores que tendrán como función primordial impulsar de manera eficiente su actividad reglamentaria y protectora del fundamento y fin de su existencia: la persona.

Morales (2017) pretende demostrar que la consulta en los casos de preferencia de la norma constitucional frente a la norma legal ante la vulneración de un derecho fundamental, y/o contravención de cualquier contenido constitucional del mismo, genera efectos negativos para las partes.

Robles (2019) tuvo la intención de evaluar los efectos que acarrearán la inaplicación del control difuso por parte de los órganos de la administración pública partir del estudio de las sentencias emitida por el Tribunal Constitucional en el caso Consorcio Requena y Salazar Yarlenque. El Método: Investigación de nivel descriptivo correlacional de las variables “inaplicación del control difuso” y “administración pública”. De perspectiva mixta, se midió frecuencias, porcentajes y se valoró los criterios del tribunal constitucional para analizar el control difuso y cómo han influido en las decisiones administrativas. Utilizamos el método de la observación y análisis de la información que influye en abogados y jueces del distrito judicial de Huaura.

Rivas (2010) expone y se realiza un análisis del desarrollo del control de constitucionalidad con énfasis en control difuso, es decir desde sus antecedentes hasta su evolución en diferentes países de Latinoamérica, estudia y analiza el modo de aplicación en países como Ecuador, Colombia Bolivia, y con mención en el Perú. La conclusión a la que llegó fue que, resultaría idóneo el uso del control difuso por órganos de la administración pública, porque en su trabajo de campo se entrevistó a miembros del Tribunal Fiscal, quienes manifestaron que durante su vigencia su aplicación tuvo impacto positivo, pues muchas municipalidades se ordenaron y se cuidaron de emitir ordenanzas contrarias a la Constitución.

Mendoza (2012) aborda Un análisis a la sentencia Salazar Yarlenque desde la perspectiva constitucional y lo justifica señalando que: “El TC en el año 2005 reconoció en su oportunidad a la Administración Pública el poder aplicar el control difuso en cuando se detecte casos de normas que manifiestamente violen la constitución”. Sin embargo, ante las dudas, en el año 2006 se precisó que sólo los tribunales administrativos y órganos colegiados dentro de la administración tenían dichas potestades. También refiere aspectos importantes del control difuso y su implicancia en sede administrativa con énfasis en el derecho registral peruano, estando manifiestamente a favor de la aplicación del control difuso por los órganos administrativos.

Castro (2017) concluye: Que los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones incrementan y saturan más aun la gran carga procesal que existe en el Poder Judicial, donde un tipo de proceso Contencioso Administrativo o una demanda de Amparo a nivel de un Juzgado Constitucional demora años. La importancia de este trabajo de investigación radica en que se trata de demostrar que se debería aplicar el Control Difuso en sede administrativa de la Superintendencia Nacional de Migraciones, capacitando a los funcionarios públicos en la comprensión del derecho y sobre todo de la Carta Magna, cuando estos no sean profesionales del derecho.

Según Ames (2017) el TC rechaza la disyuntiva del control difuso por órganos administrativos, ya que considera que representa un estadio acerca de la controversia sobre su constitucionalidad, se considera que es necesario establecer nuevos criterios para su actuación, para así atender requerimientos de los administrados que hacen uso los servicios públicos establecidos por la administración pública, lo cual debe impulsar una reevaluación de esta decisión asumida por el TC, lo cual traería consigo la

implementación de grandes reformas con una dinámica en beneficio de los administrados, ya que sus trámites serían cada vez menos engorroso.

Destacando el voto, considera que no sería factible dejar sin efecto el Precedente Vinculante, pues lo antes afirmado por el Magistrado señala que coincide con la Sentencia en mayoría respecto del problema de la inexistencia de un procedimiento de consulta que revise el Control Difuso administrativo llegando a la conclusión que lo mejor no sería eliminar el Precedente Vinculante Caso Salazar Yarlenqué, si no mejorarlo mediante una nuevas pautas que incorpore el procedimiento de consulta u otro similar, siempre y cuando dicha decisión no sea impugnada Judicialmente por las partes (Lopez y Navarro, 2018).

Fernandez (2018) realiza el estudio, análisis e interpretación, de las principales fuentes relacionado a los antecedentes, posiciones doctrinarias y decisiones del Tribunal Constitucional sobre el Control Constitucional Difuso en sede administrativa, dado que el supremo interprete en la sentencia recaída en el expediente Nro. 3741-2004-PA/TC, establece precedente vinculante, decidiendo 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.

Según Rivera (2012) es de señalar que el desarrollo de un estudio en el cual se abordan cuestiones e instituciones jurídicas de derecho comparado puede ser problemático porque tratar estos temas requiere de amplios conocimientos sobre los sistemas locales sometidos a examen, por lo cual se piden disculpas de antemano por los posibles errores interpretativos que se hayan cometido al comentar la legislación o la jurisprudencia citada de los sistemas guatemalteco, costarricense y español. Sólo la conveniencia de abordar esos temas para desarrollar el objeto de esta tesis, y en particular para enriquecer el examen de la jurisprudencia de la SC-CSJ, puede jugar como atenuante a nuestro favor.

Leiva (2009) se orienta a sistematizar de un lado, la problemática del Control Constitucional en nuestra patria, máxime, cuando el Tribunal Constitucional, con la sentencia: N.º 3741-2004-AA/TC de fecha 11 de octubre de 2006 y su aclaratoria de fecha 13 de octubre de 2006, ha facultado a ciertos órganos de la Administración pública, a aplicar control difuso: Órganos Colegiados de nivel nacional y Tribunales Administrativos

Del Pozo (2005) enfoca una temática actualmente polémica: Determinar si es posible que la administración pública, ejerza el Control Difuso de la Constitucionalidad Normativa, en el marco de un procedimiento administrativo. Es decir, si la administración pública, puede hacer uso de los mecanismos de control, para inaplicar aquellas normas jurídicas, que, siendo contrarias a la Constitución, concurren a la solución de un caso, que es materia de un procedimiento administrativo.

Baldarrago (2019) en torno a los alcances de aplicación del Control de Convencionalidad en la administración de justicia administrativa peruana; en ese sentido, se procederá a delimitar aspectos esenciales del ordenamiento jurídico nacional, al igual, que del ordenamiento jurídico internacional; con la finalidad de una mayor comprensión sobre la aplicación del Control de Convencionalidad en los tribunales administrativos peruanos de jurisdicción nacional.

CAPÍTULO II

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

2.1 Identificación del problema

El problema de investigación que se aborda en la presente tesis, consiste en que, en la actualidad, los tribunales administrativos se encuentran impedidos de realizar control difuso. Así se deriva del precedente vinculante recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena). Esta situación se torna problemática porque la interpretación y aplicación de la Constitución corresponde a todo órgano de poder, dentro de ello, a los tribunales administrativos, máxime, que éstos, en procedimientos administrativos, poseen capacidad resolutoria; sin embargo, por el precedente vinculante anteriormente citado, estos tribunales se encuentran impedidos para inaplicar (en el caso concreto) una disposición normativa que contravenga la constitución.

Cabe destacar que, en un primer momento el Tribunal Constitucional ha habilitado que los tribunales administrativos pudiesen ejercer control difuso, no obstante, con posterioridad el mismo rechazó dicha posibilidad. Las razones- ratio decidendi- en las que se sustentó el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante recaído en el expediente N° 3741-2004-AA/TC- Caso Ramón Hernando Yarlenque, para asumir la tesis a favor del control difuso consistió en que “la administración pública, a través de sus tribunales administrativos y 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 [...]”. Sin embargo, después el mismo órgano decidió dejar sin efecto dicho precedente, ello mediante sentencia recaída en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (caso consorcio Requena), concretamente, indicando que “los tribunales administrativos no son órganos

jurisdiccionales ni tampoco forman parte del poder judicial, porque no les corresponde ejercer tan importante atribución” (STC. N° 04293-2012-PA/TC. F. 33.a)

En ese orden, las reglas establecidas en el último precedente vinculante por el Tribunal Constitucional, en especial, la restricción de que los tribunales administrativos puedan efectuar control difuso de constitucionalidad, se sustentó en una interpretación literal del artículo 138° de la Constitución, ya que, del razonamiento utilizado por el Tribunal Constitucional se puede inferir que no se toma en cuenta los derechos fundamentales, la fuerza normativa de la Constitución, la interpretación conforme a la Constitución, presupuestos que son la base del entendimiento del Estado Constitucional. Esta situación ha conllevado a desconocer presupuestos teóricos y normativos que son vitales para comprender el fenómeno del Estado constitucional. En tal contexto, la privación a los tribunales u órganos administrativos de la aplicación del control difuso de constitucionalidad limita el rol de los mismos dentro un Estado Constitucional.

Asimismo, dentro de la dogmática del derecho administrativo, debe tomarse en cuenta que los tribunales administrativos están vinculados a la Constitución, ya que, en el esquema del Estado Constitucional la Constitución es la fuente de primer orden de los sistemas jurídicos, por tanto, están obligados a aplicarlos en todas las circunstancias y situaciones posibles. En ese orden, el procedimiento administrativo se encuentra vinculada al principio de legalidad entendida desde el marco de un Estado constitucional, toda vez que, está adscrito a la Constitución. Según el numeral 1.1., del artículo IV del Título preliminar de la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General–, se puede leer que: “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo a los fines para los que fueron conferidas”. Además, se debe tomar en cuenta que, la Constitución Política del Estado refuerza esta posición, indicando que, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los aplicadores del derecho han de preferir la primera. Igualmente, la norma legal sobre toda otra norma inferior (Artículo 138° de la Constitución). En ese orden, todo el sistema jurídico va convergiendo hacia la Constitución, esto es, promover una interpretación vinculada con el contenido del texto constitucional.

En suma, el problema de investigación se localiza en el campo del derecho constitucional-administrativo, por lo que, se aborda desde las bases constitucionales el tema del control

difuso administrativo ejercido por tribunales administrativos. El problema central es que la restricción de efectuar control difuso de constitucionalidad a los tribunales administrativos afecta las bases del Estado Constitucional, en concreto, porque no toma en cuenta que los tribunales administrativos pueden efectuar este control teniendo en cuenta los derechos fundamentales, la fuerza normativa de la Constitución, entre otros, que son presupuestos necesarios para consolidar dicho tipo de Estado, asimismo, la interpretación realizada por los operadores jurídicos deben propender, necesariamente, a fortalecer el contenido de la Constitución.

2.2 Definición del problema

2.2.1 Pregunta general

¿Existen razones de carácter teórico y normativo que justifiquen la facultad de realizar control difuso por parte de un tribunal de la administración pública en el marco un Estado Constitucional?

2.2.2 Preguntas específicas

- ¿Los fundamentos esgrimidos en el precedente vinculante recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena) que sirvieron de sustento al Tribunal Constitucional para restringir a los tribunales administrativos la facultad de realizar del control difuso, se encuentran acorde a los sustentos de un Estado constitucional?
- ¿Están los tribunales administrativos vinculados a la Constitución al momento de resolver conflictos, esto es, poseen la facultad para interpretar e inaplicar aquellas disposiciones infraconstitucionales que frontalmente vulneran derechos fundamentales y contravengan disposiciones del texto constitucional?

2.3 Intención de la investigación

La intención de la presente investigación es explicar los fundamentos teóricos y normativos que respaldan a que los tribunales administrativos puedan efectuar control difuso, esto es, inaplicar una norma cuando se advierta que es contrario a la Constitución (norma incompatible con la Constitución). En ese orden, teniendo en cuenta las bases teóricas del constitucionalismo contemporáneo, tiene como intención sustentar las

razones que justifican la aplicación del control difuso de constitucionalidad por parte de los tribunales administrativos.

Asimismo, tomando en cuenta que la facultad de realizar control difuso por parte de órganos administrativos ha quedado sin efecto por una sentencia del Tribunal Constitucional que tiene la calidad de precedente vinculante; con la presente investigación, también, se busca determinar si los fundamentos esgrimidos en el precedente vinculante recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena) que sirvieron de sustento al Tribunal Constitucional para restringir la aplicación del control difuso por los tribunales administrativos, se encuentra o no acorde a los sustentos de un Estado constitucional

Finalmente, cabe resaltar que, esta investigación se realiza en el campo de teoría del derecho, derecho constitucional y derecho administrativo, y la intención final se traduce en demostrar que desde la perspectiva constitucional el derecho administrativo se ve logrado en el marco de un estado constitucional, esto, por cuanto las fuentes teóricas del constitucionalismo contemporáneo son directrices necesarias que poseen sustento para que los tribunales u órganos administrativos puedan realizar control difuso.

2.4 Justificación

La presente investigación posee justificación práctica y teórica (i) La justificación práctica, se circunscribe en que, en la actualidad, en nuestro país, los tribunales administrativos se encuentran restringidos de poder inaplicar normas que contravengan la constitución, toda vez que, se encuentran impedidos de realizar control difuso, tal como se advierte del precedente vinculante recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena). (ii) La justificación teórica se sustenta en que todo el proceso y la dinámica jurídica están envueltos en el marco del Estado Constitucional y el fenómeno de constitucionalización. En tal sentido, teniendo en cuenta teorías vigentes en el marco de un Estado constitucional, se analiza si los tribunales administrativos pueden realizar control difuso. Asimismo, se analiza, si los fundamentos esgrimidos en el precedente vinculante recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena) que sirvieron de sustento al Tribunal Constitucional para restringir la aplicación del control difuso por los tribunales administrativos, se encuentran o no acorde a los sustentos de un Estado constitucional.

La investigación que se realiza, es actual, relevante y de interés. Es actual porque parte desde el contexto de constitucionalización de los sistemas jurídicos, así como, de los fundamentos teóricos que se enmarcan en un Estado constitucional y teorías vigentes enmarcadas en el paradigma constitucional. En ese contexto, advierte que, el control difuso de constitucionalidad es un asunto crucial para los sistemas jurídicos contemporáneos porque con la noción de supremacía normativa de la Constitución (no solo entendida desde un aspecto formal), poco a poco, en los sistemas jurídicos ha ido ingresando la noción de interpretación conforme a la Constitución. Es relevante porque aborda un problema que restringe garantizar la tutela de los derechos fundamentales en procedimientos administrativos, esto es, que los tribunales administrativos se encuentren impedidos de efectuar control difuso de constitucionalidad. Finalmente, esta investigación es de interés porque con sustentos teóricos y normativos, busca determinar que los tribunales administrativos pueden realizar control difuso para evitar la aplicación de una norma inconstitucional a un caso concreto y así garantizar la tutela de los derechos fundamentales de la persona.

2.5 Objetivos

2.5.1 Objetivo General

Demostrar la existencia de razones de carácter teórico y normativo que justifiquen la facultad de realizar control difuso por parte de un tribunal de la administración pública en el marco un Estado Constitucional.

2.5.2 Objetivos Específicos

- Determinar si los fundamentos esgrimidos en el precedente vinculante recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena), que sirvieron de sustento al Tribunal Constitucional para restringir a los tribunales administrativos la facultad de realizar del control difuso, se encuentran o no acorde a los sustentos de un Estado constitucional.
- Determinar si los tribunales administrativos están o no vinculados a la Constitución al momento de resolver conflictos, esto es, si poseen o no la facultad para interpretar e inaplicar aquellas disposiciones infraconstitucionales que frontalmente vulneran derechos fundamentales y contravengan disposiciones del texto constitucional.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 Acceso al campo

La presente investigación es de enfoque cualitativo, ya que, la misma se encuentra fundamentada en posiciones teóricas ampliamente interpretativas en el marco de un Estado constitucional, basada en métodos de generación de datos flexibles al contexto en el que se producen, y sostenida por métodos de análisis que abarcan la comprensión de la complejidad, el detalle y el contexto (Moron, 2007).

Asimismo, la acción indagatoria realizada se ha caracterizado por ser dinámica, ello, en cuanto, la determinación y desarrollo de las preguntas e hipótesis han sido realizadas antes, durante y después de recolección de datos. En ese contexto, el campo de investigación se circunscribe en una base temporal que encuentra su determinación en razón a la validez y vigencia de las teorías jurídicas que se abordaron en el presente trabajo de investigación (Hernández y Mazabel, 2010).

Para el acceso al campo de investigación, se empleó los siguientes métodos: 1) Descriptivo-explicativo, por cuanto desde el ámbito de la teoría del derecho se explicaron los fundamentos en que se sustenta el Estado Constitucional. 2) Analítico, por cuanto se analizó sus implicancias en la aplicación del derecho, concretamente, su implicancia en el sustento de la aplicación del control difuso por tribunales administrativos. 3) Interpretación sistemática, por cuanto se realizó la interpretación de disposiciones constitucionales y de disposiciones normativas establecidas en convenios internacionales y demás disposiciones normativas del ordenamiento jurídico, en atención al paradigma constitucional, ello, para advertir su incidencia como sustento normativo que legitima la aplicación del control difuso por tribunales administrativos.

3.2 Selección de informantes y situaciones observadas

La presente investigación se circunscribe en áreas de Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Teoría del Derecho, toda vez que, se encuentra delimitada en las siguientes interrogantes: (i) ¿Existen razones de carácter teórico y normativo que justifiquen la facultad de realizar control difuso por parte de un tribunal u órgano colegiado de la administración pública? (ii) ¿Los fundamentos esgrimidos en el precedente vinculante recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena) que sirvieron de sustento al Tribunal Constitucional para restringir la aplicación del control difuso por los tribunales administrativos, se encuentran acorde a los sustentos de un Estado constitucional? (iii) ¿Están los tribunales administrativos vinculados a la Constitución al momento de resolver conflictos, esto es, poseen la facultad para interpretar e inaplicar aquellas disposiciones infraconstitucionales que frontalmente vulneran derechos fundamentales y contravengan disposiciones del texto constitucional? En razón a ello, se han utilizado obras sobre temas de Estado de derecho, Estado constitucional, control constitucional, interpretación jurídica, interpretación constitucional, Democracia constitucional y derechos fundamentales, y sentencias del Tribunal Constitucional.

3.3 Estrategias de recogida y registro de datos

La estrategia de recogida y registro de datos centró su atención en los sustentos de teorías que se enmarcan en un paradigma constitucional, así como en conceptos y categorías que caracterizan el modelo de un Estado Constitucional en la aplicación del derecho, el mismo que repercute en la prevalencia de garantizar en la mayor medida posible la protección de los derechos fundamentales de la persona, para así determinar la posibilidad y legitimidad de la aplicación del control difuso por tribunales administrativos. Con tal cometido se empleó fichas bibliográficas y fichas de resumen.

3.4 Análisis de datos y categorías

El análisis de los datos, esto es, el análisis de los objetivos fue realizado en base a teorías, conceptos, categorías, en base a documentos y datos concretos, bajo la observación directa intensiva de material bibliográfico.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

A continuación, sustentamos los resultados. En ese orden, los aspectos que se discuten en este capítulo tienen como finalidad dar cuenta los sustentos teóricos y normativos que se determinan como presupuestos y posibilidad de la aplicación del control difuso de constitucionalidad por parte de los tribunales administrativos. Asimismo, tiene como finalidad dar cuenta que la restricción realizada por el Tribunal Constitucional mediante el precedente vinculante recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC no se encuentra acorde a los sustentos teóricos de un Estado constitucional.

4.1 A modo de introducción

El control difuso de constitucionalidad es un modelo de justicia constitucional que se opone al control concentrado. La tesis principal de este tipo de control es que el examen o análisis de validez de una norma jurídica puede ser realizado por cualquier Juez u órgano que tenga dicha potestad. Ello, opera normalmente por vía incidental, se presenta cuando en determinado proceso se advierte ciertos vicios de inconstitucionalidad en determinada disposición normativa. Este tipo de control se aplica a determinado caso concreto, es decir, no tiene efectos generales como sucede con el control concentrado, sino que se remite a una situación concreta y solo opera para la misma. En ese orden, el control difuso se utiliza cuando una norma es incompatible con el texto constitucional.

Tomando en cuenta lo precedente, el control difuso de constitucionalidad en el caso de entidades administrativas se presenta como una herramienta que opera dentro del trámite y solución de un conflicto normativo. En ese sentido, cuando el tribunal administrativo advierte que existen situaciones de conflicto u oposición entre la ley y la Constitución, debe preferir la aplicación de las disposiciones constitucionales antes que las legales en

resguardo de los derechos fundamentales del administrado; toda vez que, es el texto constitucional el que diseña y establece los alcances del ordenamiento jurídico, para que determinado sistema jurídico garantice su integridad y coherencia.

La legitimidad de aplicar el control de constitucionalidad por parte de los órganos o tribunales administrativos nace, naturalmente, de la Constitución y desde el enfoque teórico del Estado constitucional. Así, desde el ámbito de la teoría del derecho, tanto en el constitucionalismo normativo y constitucionalismo principialista, se puede identificar sustentos que respaldan la aplicación del derecho en respeto de la supremacía constitucional, la fuerza normativa de la constitución, y planteamientos que se sustentan en resguardo de garantizar la tutela de los derechos fundamentales de la persona. Aspectos, que sustentan la aplicación del control difuso por parte de los tribunales administrativos. Asimismo, en coherencia al sistema de tutela de los derechos fundamentales, desde el ámbito normativo, se tiene disposiciones normativas que respaldan los sustentos teóricos para la aplicación del control difuso por parte de tribunales administrativos.

4.2 Fundamentos teóricos que legitiman la aplicación del control difuso por tribunales administrativos

4.2.1 La constitucionalización del sistema jurídico como sustento para el acogimiento de teorías constitucionalistas en la aplicación del control difuso por tribunales administrativos.

Tomando en cuenta que, desde el ámbito del proceso histórico de nuestra sociedad se ha advertido la transformación de la concepción de Estado de derecho al Estado constitucional, debe destacarse también que, en el ámbito de la teoría del derecho y la práctica jurídica, se ha generado el cambio de propuestas teóricas y paradigmas; tal como se advierte del surgimiento (neo) constitucionalismo(s) y del denominado “principialismo”. Transformación, en el que, “se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista” (Aguiló, 2010), toda vez que, como ya se ha advertido en el apartado de revisión de literatura, el paradigma postpositivista (identificando tanto al constitucionalismo normativista y constitucionalismo principialista), a diferencia del paradigma positivista (formalista), postulan tesis

en aras de garantizar en la mayor medida posible la tutela de los derechos fundamentales de la persona.

En ese contexto, si bien, tanto la teoría del constitucionalismo normativista-garantista (planteada por Ferrajoli) y el constitucionalismo principialista (sostenida por Atienza), no parten desde una misma teoría del derecho, debe destacarse que ambas convergen en la defensa de la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales de la persona.

La tesis planteada por Ferrajoli parte de la concepción de los derechos fundamentales desde una teoría caracterizada por una normatividad constitucional fuerte, de tipo regulativo (Ferrajoli, 2014). Es decir, a partir de un *positivismo constitucionalista* (distinta al denominado paleopositivismo o positivismo formalista), es por ello, que el citado autor, sostiene que en el paradigma constitucional el derecho no se identifica ya exclusivamente con las leyes, sino con las leyes y la constitución y que los derechos fundamentales son reglas y no principios, por lo que, deben ser aplicadas (pero no ponderadas).

En ese orden, cabe desatacar que el denominado constitucionalismo normativista, al tener como presupuesto el “rasgo estructural de las constituciones, ligado a su colocación en el vértice de la jerarquía de las normas” y considerar que la validez de una norma no solo puede calificarse desde un punto de vista validez formal o vigencia sino desde una validez substantiva, que implica satisfacción de criterios de contenido que están incorporados los derechos fundamentales; (Atienza, 2009) parte del contexto del Estado Constitucional y no un tipo de Estado de derecho legislativo. Asimismo, respecto a esta teoría, debe resaltarse que se sustenta en que, en la aplicación del derecho debe tenerse siempre presente la tutela de los derechos fundamentales, toda vez que, los “derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiéndose, por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrito a un sujeto por una norma jurídica (...), y al corresponder a intereses y expectativas de todos, formarían el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la “dimensión” sustancial de la democracia (Salazar, 2006).

Por otro lado, la tesis postpositivista de Atienza, basados en los fundamentos de Dworkin (1989) y Alexy (1993) también se desenvuelve en el paradigma constitucional, toda vez que, al igual que el constitucionalismo normativista, sitúa a la Constitución como supremacía en un sistema jurídico, y respecto a los derechos fundamentales también comparte la concepción de fondo que Ferrajoli plantea. No obstante, a diferencia de este último, en relación al sustento de garantizar en la mayor medida posible los derechos fundamentales, plantea que el Estado constitucional se caracteriza por rasgos sustantivos y valorativos, de ahí que plantea la importancia de la interpretación en relación con los enunciados de los derechos fundamentales, a los mismos que, el constitucionalismo principialista (denominado también postpositivismo), comprende “como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas” (Ferrajoli, 2009).

En ese contexto, debe resaltarse que, son las dos teorías las que convergen respecto a dos de los principales presupuestos que caracterizan el Estado Constitucional, esto es, que en la aplicación del derecho no se prescinda de (i) La supremacía constitucional en general y la validez substancial (de una norma jurídica) en particular, y (ii) garantizar en la mayor medida posible los derechos fundamentales de la persona.

4.2.2 Apuntes sobre la función del control difuso en sede administrativa y los sustentos teóricos que legitiman su aplicación por tribunales administrativos

4.2.2.1 A modo de introducción: el control difuso administrativo en el marco de un estado constitucional

La función del control difuso de constitucionalidad es garantizar que los tribunales administrativos sean respetuosos de la Constitución, esto es, en todo momento debe garantizarse que las disposiciones constitucionales se sobrepongan a las normas –o leyes. Esto conduce a sostener que la interpretación de la Constitución no es una función o competencia exclusiva del Tribunal Constitucional o cualquier otro órgano constitucional, sino que, necesariamente, está en manos de todo órgano de poder, en este caso, se extiende a los tribunales administrativos quienes como órganos de poder que poseen capacidad resolutive en la solución de

conflictos administrativos, deben de aplicar las disposiciones de la Constitución.

El control difuso supone en todos los casos la inaplicación de una norma jurídica, esto como producto de haberse encontrado incompatibilidad entre una ley y la Constitución. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado que el acto de inaplicar supone la “acción de un operador jurídico consistente en “no aplicar” una norma jurídica a un supuesto determinado”; en ese contexto, es un efecto negativo que recae sobre la norma por la constatación de inconstitucionalidad, esto es, en caso se advierta la no conformidad de la norma controlada con otra de rango superior, o la afectación del principio de competencia como criterio de articulación de las fuentes en un sistema normativo (EXP. N° 00025-2010-PI/TC).

En síntesis, la función del control difuso administrativo sirve para garantizar que los tribunales administrativos apliquen o hagan prevalecer la Constitución frente a una norma contraria a ella. Este mecanismo, también, implica la inaplicación de una norma a un caso concreto, esto es, en el contexto de la evaluación de un problema – especialmente, en el marco de procedimiento administrativo donde tenga que preferirse la Constitución.

4.2.2.2 El Estado Constitucional como fundamento teórico que legitima la aplicación del control difuso por tribunales administrativos

Al respecto, cabe partir indicando que la Constitución en un Estado Constitucional “no supone solo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales (el principio dinámico del sistema jurídico-político), sino la existencia de ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho”, adicionalmente, supone el “incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica”. En ese sentido, se advierte que, los órganos públicos, cómo organismos de poder, están sometidos a

la Constitución y sus diversas disposiciones, asimismo, quedan obligados a ofrecer justificaciones que estén en relación con el contenido de la carta constitucional (Atienza, 2009).

En ese contexto, en el Estado Constitucional el poder se somete de forma absoluta al derecho. En tal sentido, trae consigo el incremento de la labor interpretativa de todos los órganos que poseen capacidad resolutoria en determinada resolución de conflictos. Siendo así, justificación mediante razones un elemento importante del Estado Constitucional, en el que, la regla es que la Constitución se impone en el sistema jurídico. Por lo cual, se puede concluir que los tribunales administrativos al momento de aplicar el derecho deben realizar una interpretación de las disposiciones normativas conforme a la constitución, ya que, sus decisiones deben estar basadas en la misma, por ende, en caso de encontrar disposiciones normativas incompatibles con la Constitución, deben realizar control difuso porque es la Constitución la fuente de primer orden.

4.2.2.3 Los derechos fundamentales como fundamento teórico que legitima la aplicación del control difuso por tribunales administrativos

En el Estado Constitucional es esencial garantizar la tutela los derechos fundamentales, ya que su fundamentalidad radica en el hecho de que descansan en la idea de la dignidad del ser humano, asimismo, legitiman y fundamentan el sistema jurídico, esto es, las normas y todas las disposiciones existentes en determinado ordenamiento jurídico son válidos en la medida que no vulneren los derechos fundamentales; si es que sucediese lo contrario, invalidándose la disposición normativa que contravenga la constitución y vulnere algún derecho fundamental para su aplicación tendría que ser expulsado del mismo. En ese sentido, en el marco de un Estado constitucional, un orden jurídico resulta válido sólo en la medida que sea coherente con la protección de los derechos fundamentales, lo cual supone que las normas jurídicas y las interpretaciones que hagan los operadores jurídicos deben estar apegadas

a la Constitución –coherencia y unidad del texto constitucional al momento de interpretarla.

En ese contexto, tomando en cuenta que, los derechos fundamentales dan contenido y legitimidad a las normas del sistema jurídico, los operadores jurídicos se encuentran vinculados a la efectivización del mismo, ya que, no pueden obrar fuera del marco constitucional y mucho menos alejados de la protección derechos fundamentales. Así, siendo la existencia de derechos fundamentales un parámetro material del Estado constitucional, el razonamiento jurídico de los operadores jurídicos han de estar permeados por las proyecciones efectuadas por los derechos. En ese contexto, en el marco de un Estado constitucional la interpretación jurídica no puede llevarse a cabo suprimiendo o desconociendo el contenido de los derechos fundamentales, debido a que vinculan con efectos similares que la ley (regla).

Los derechos fundamentales como una realidad vigente obligan a que todos los operadores jurídicos apliquen su contenido, por tanto, esta premisa calza perfectamente en el razonamiento de los tribunales administrativos. Ello en la medida en que en sus interpretaciones siempre deben tener presente a la Constitución y, por supuesto, a los derechos fundamentales. Ningún tribunal del poder público está sustraído de la fuerza y eficacia vinculante de los derechos, aún más, están en obligación de respetar y promover. En ese orden, normalmente, podemos establecer que los tribunales administrativos, necesariamente, tienen que exhibir compromiso con la Constitución al momento de interpretar las disposiciones legales.

En ese contexto, los derechos actúan como elemento legitimante para que los operadores jurídicos en general (y los tribunales administrativos en particular) puedan efectuar control difuso de constitucionalidad. Lo cual supone que, en un caso o situación donde los tribunales administrativos adviertan que la ley es incompatible con la Constitución, deben proceder a inaplicarla porque el contenido y las razones del texto constitucional están por encima de las razones de la ley. En el Estado Constitucional todos los

órganos del poder se encuentran sometidos al imperio de la Constitución, por consiguiente, es un deber esencial que, también, todos estén en la facultad de proteger y resguardar la carta constitucional, es más, hasta se podría sostener que la legitimidad para defender la Constitución debe ser amplia porque es una norma común que rige la vida y funcionamiento de varios sectores del sistema jurídico.

En suma, si se advierte que en determinada resolución de conflicto en el ámbito administrativo existe ruptura o disonancia entre la Constitución y una ley, los tribunales administrativos como última instancia administrativa y tener la facultad de interpretar disposiciones normativas para la aplicación del derecho al momento de resolver conflictos en el ámbito administrativo, en el marco de un Estado Constitucional, les corresponde realizar control difuso de constitucionalidad. En ese contexto, cabe advertir que la tutela de los derechos fundamentales no es exclusiva no es exclusivo de órganos jurisdiccionales. Si se observa que una ley es manifiestamente inconstitucional, entonces, los órganos o tribunales administrativos tienen la facultad de inaplicarla, esto es, defender la Constitución y tutelar los derechos fundamentales por encima de todo. En concreto, esto busca reflejar que están vinculados a la Constitución, en tal sentido, una norma inválida e inconstitucional debe ser desplazada para el caso concreto – restricción de la esfera o ámbito de aplicación de la ley para el caso concreto.

4.2.2.4 La supremacía y fuerza normativa de la constitución como fundamento teórico que legitima la aplicación del control difuso por órganos administrativos

La supremacía normativa de la Constitución refleja la importancia y trascendencia que tiene la misma en el sistema jurídico, esto es, se constituye en la norma fundamental que irradia y proyecta su contenido en el ordenamiento jurídico.

La supremacía de la Constitución va directamente conectado con la idea de la fuerza normativa, esto es, la vinculatoriedad de las disposiciones constitucionales se genera a partir de su fuerza normativa, lo cual se

traduce en que los operadores jurídicos están en la obligación de considerar dentro de su canon interpretativo a todas las disposiciones con la misma fuerza, ya que en la Constitución las disposiciones gozan de la misma jerarquía y no gozan de privilegios –todas las disposiciones son iguales–. En ese sentido, los operadores jurídicos, al momento de interpretar disposiciones legales y la misma Constitución, debe hacerse esta operación respetando sobre la base de todos los aspectos y contenidos del texto constitucional (Espinoza, 2018).

Esto relacionado con el control difuso de constitucionalidad por tribunales administrativos, se traduce en que los mismos también están habilitados y obligados a interpretar de acuerdo a la Constitución las disposiciones legales. Los tribunales u órganos administrativos en aras de garantizar la supremacía normativa de la Constitución están condicionados a preferir las disposiciones constitucionales por sobre cualquier otra disposición legal, ello es así por mandato constitucional, adicionalmente, para preservar la supremacía normativa de la Constitución.

En suma, desde esta perspectiva debe quedar claro que los tribunales administrativos deben tener la posibilidad de realizar control difuso de constitucionalidad, por las siguientes razones: (i) la supremacía y fuerza normativa de la Constitución permean todo el sistema jurídico, en este caso, los tribunales administrativos no están sustraídos de la misma, (ii) la Constitución es un instrumento verdadero de aplicación inmediata, a su vez, tiene centralidad y preeminencia en el ordenamiento jurídico –afecta y condiciona la forma de interpretar y comprender el fenómeno jurídico–, (iii) los tribunales administrativos están vinculados de forma inmediata a la Constitución, por tanto, quedan obligados a realizar interpretación conforme al texto constitucional. Todo esto deja en claro que existe una apertura a que sea posible y viable la interpretación conforme a la Constitución, en consecuencia, es un fundamento válido que en el razonamiento de los integrantes de los tribunales administrativos invocar la supremacía constitucional para realizar control difuso administrativo.

4.2.2.5 El valor normativo de la constitución, como fundamento teórico que legitima la aplicación del control difuso por tribunales administrativos

El valor normativo de la Constitución se manifiesta cuando sus efectos deben ser acatados de forma obligatoria por todos los operadores jurídicos. Es ineludible aplicar su contenido. Así, en un Estado constitucional, los derechos fundamentales, la supremacía y el valor normativo de la Constitucional, necesariamente, exigen un razonamiento especial al momento de resolver conflictos, asimismo, es indispensable que los operadores jurídicos tengan que efectuar la operación de interpretación y comprensión del alcance y sentido de las disposiciones legales a la luz de la Constitución, esto es, el intérprete tiene la “obligación de promover aquellas interpretaciones que coadyuven a la eficacia de la norma constitucional, haciendo a un lado aquellas que más bien promueven, o bien el incumplimiento de sus disposiciones, o que algunas de ellas caigan en desuso”, por ende, sobre todo, es fundamental “asegurar y contribuir a la eficacia de la Constitución” (Espinoza, 2018).

En suma, la fuerza normativa de la Constitución tiene la intención firme de condicionar la producción jurídica, ya que el sistema jurídico debe mantener la unidad y coherencia de acuerdo al texto constitucional –es norma fundante y esencial–. Este rasgo no se limita únicamente a la dimensión constitucional, sino que también permea toda la actividad y dinámica jurídica, en consecuencia, los órganos o tribunales administrativos también están vinculados a la Constitución, en este caso, la vinculación es más fuerte y plena porque el texto constitucional condiciona la aplicación del derecho –es fuente de derecho–. Entonces, cuando adviertan que una norma se opone a la Constitución están habilitados y son competentes para hacer prevalecer las disposiciones constitucionales por sobre las legales.

4.3 Los fundamentos normativos que habilitan el control difuso en sede administrativa

El control difuso administrativo, también, tiene respaldo normativo, esto es, existen razones jurídicas que dan soporte para que los tribunales administrativos puedan controlar las disposiciones que sean contrarias a la Constitución. Entendemos que los derechos fundamentales o humanos son la máxima expresión de una sociedad, en esa medida los órganos de poder también están vinculados a los derechos, por ende, quedan habilitados para defenderlos en caso que se presenten problemas o incompatibilidades al momento de realizar la interpretación o aplicación –incompatibilidad de una norma con la Constitución. Entonces, la competencia para realizar control difuso por los tribunales administrativos subyacerá, también, de normas que están vinculadas a reconocer y desarrollar los derechos humanos y fundamentales.

La Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Constitución Política del Perú son normas vinculantes, entonces todos los operadores están en la obligación de aplicarlos, ya que ningún poder público o privado puede desconocer los derechos fundamentales. Todo este plexo normativo por aplicación del artículo 3° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución se aplica en el derecho doméstico, esto es, los operadores jurídicos están en la obligaciones de usar y acatar lo dispuesto y reconocido en normas de carácter internacional, esta obligación es mucho más fuerte cuando se trata de derechos fundamentales; es más, en este último caso no se hace digresión o jerarquización de los órganos o entidades que deben aplicar dicho tipo de normas.

En ese orden, tenemos que extraer las siguientes situaciones:

- (i) Los tribunales administrativos están facultados –son competentes– para inaplicar una norma cuando esta sea incompatible con la Constitución.
- (ii) Los tribunales administrativos están en la obligación de preferir las normas de derechos fundamentales, ello cuando se presente incompatibilidad entre las normas y la Constitución. Se aplica el principio de preferencia interpretativa de los derechos fundamentales.

- (iii) Los tribunales interpretan a la luz de los tratados e instrumentos del derecho internacional – por bloque de constitucionalidad y convencionalidad–. No pueden desconocer normas sobre derechos humanos.
- (iv) Los tribunales administrativos en los casos concretos o situaciones particulares que estén analizando, naturalmente, tienen que utilizar las disposiciones constitucionales, esto es, buscar –casi siempre– una salida compatible con la Constitución.

En suma, teniendo en cuenta que la vinculación que emana de las normas que desarrollan los derechos humanos es absoluta, entonces, corresponde aclarar que los órganos o tribunales administrativos (así como los que ejercen la función jurisdiccional ordinaria y excepcional) están sujecionados a la misma, en consecuencia, desde esta perspectiva también quedan habilitados para efectuar control difuso de constitucionalidad. La preferencia por las normas que desarrollan los derechos humanos y fundamentales es un hecho evidente que debe ser replicado y aplicado por los tribunales administrativos. Esto como correlato a que los derechos se irradian en todo el sistema jurídico, en consecuencia, todos los operadores jurídicos están en la obligación de respetar y aplicarlos, en este caso, incluidos los tribunales administrativos –como parte componente de poder.

4.4 Análisis crítico de la sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena), precedente vinculante que restringe la aplicación de control difuso administrativo

El precedente vinculante emitido en la sentencia recaída en el expediente N° 04293-2012-PA/TC, aduce tres fundamentos para dejar sin efecto el precedente vinculante recaído en la STC N° 3741-2004-AA/TC, el mismo que facultaba a todo tribunal y órgano colegiado de la administración pública la aplicación de control difuso administrativo, esto es, la facultad y el deber de preferir la constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnerara manifiestamente.

La primera, consistente que “los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que no les corresponde ejercer tan importante atribución” (STC. N° 04293-2012-PA/TC. F. 33-a). Al respecto, debe destacar que los tribunales administrativos tienen la función de resolver, en última instancia, las apelaciones contra actos administrativos, los mismos que surten efectos

jurídicos en el marco de la administración pública y los administrados, es decir, como operadores de derecho, realizan interpretaciones de determinada normatividad para la resolución de conflictos en sede administrativa. En ese contexto, debe evidenciarse que, el tribunal constitucional al emitir este precedente que restringe a los tribunales administrativos la facultad realizar control difuso, ha omitido pronunciarse respecto a la interpretación constitucional, la misma que implica la prioridad en garantizar los derechos fundamentales de la persona, en este caso del administrado, ya que, únicamente, se ha circunscrito dicho órgano constitucional a efectuar una interpretación literal de la constitución, interpretación que no corresponde al modelo de Estado Constitucional.

La segunda, consiste en que los tribunales administrativos, no podrían realizar control difuso porque no tendrían un mecanismo de control de la actividad de los operadores del derecho cuando aplicarían referido control, ya que, esta no se encontraría regulada, como si se encontraría en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS respecto al control difuso por órganos jurisdiccionales. Al respecto, se debe cuestionar que la falta de implementación de un procedimiento formal no puede operar como una justificación para restringir o prohibir la garantía de tutela de los derechos fundamentales del administrado por los tribunales administrativos. Por lo que, en este fundamento que emplea el Tribunal constitucional incurre en una motivación aparente, toda vez que, no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, por consiguiente, incurre en los vicios de motivación desarrolladas por el mismo Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00728-2008-PHC/TC f.j. 7-a. Además, hay que considerar que toda restricción o limitación de facultades o competencias en la esfera del poder (público) debe estar justificada, en este caso, fundamentada en razones jurídicas y teóricas consistentes; al menos, ello sucede en el marco del Estado Constitucional.

La tercera, consistente en que “afecta[ría] al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa” (STC N° 04293-2012-PA/TC. F. 33-c). Frente este fundamento se observa que, el Tribunal Constitucional, tampoco ha tomado en cuenta que los tribunales administrativos como operadores de derecho realizan interpretaciones sobre determinada normatividad para la resolución de conflictos en sede administrativa, por lo tanto, es probable que allí se puedan encontrar situaciones o hechos que involucren la afectación de los derechos

fundamentales del administrado. Por otro lado, debe destacarse que, si bien, la administración pública en general, y los tribunales administrativos en particular, se encuentran adscritos al Poder Ejecutivo, estos al resolver una situación problemática están en la obligación de realizar una interpretación en armonía con la Constitución, ello es mucho más fuerte en el marco del Estado constitucional porque las razones que subyacen y se expresan de ella son de carácter material –realizar la interpretación de una disposición normativa conforme a la constitución a fin de garantizar los derechos fundamentales, como desarrollo de una democracia constitucional.

En suma, todos estos argumentos expresados en la sentencia del Tribunal Constitucional exhiben reticencia y cierta desconfianza hacia los tribunales administrativos, al menos, en el uso y aplicación del control difuso de constitucionalidad. Lo cual resulta opuesta al Estado Constitucional, la eficacia de los derechos fundamentales, la fuerza normativa y supremacía jurídica de la Constitución, entre otros, ya que, no se permite que todos los operadores del derecho hagan interpretación constitucional, en especial, interpretación conforme a la Constitución. Esta situación resulta mucho más problemática aun cuando el Estado Constitucional promueve la lectura e interpretación abierta de la Constitución, en el que los operadores jurídicos como parte de los órganos de poder están obligados a realizar interpretación de las disposiciones ordinarias de acuerdo al texto constitucional. Esto último va en sintonía con el artículo 51° de la Constitución, la misma que menciona que la “la Constitución prevalece sobre toda norma legal”.

4.5 Algunos apuntes y análisis crítico de las posiciones de la doctrina nacional frente a la aplicación de control difuso administrativo

Respecto a las posiciones en defensa y en contra de la aplicación de control difuso administrativo, se debe destacar lo siguiente:

- (i) En cuanto a la posición que adoptan Bullard y Higa (2007) por los argumentos sustentados en los apartados precedentes, concordamos con la defensa de la aplicación del control difuso por tribunales administrativos; no obstante, por los sustentos del constitucionalismo (tanto normativista y/o principialista) que respaldan los sustentos teóricos para la viabilidad del control difuso por tribunales administrativos, discordamos con la posición de que el problema de viabilidad del control difuso por autoridades administrativas gire en torno al aparente conflicto entre dos principios: el de jerarquía (primacía de la

constitución sobre las leyes) y el de legalidad (esto es, que la Administración pública sólo puede actuar en base a las facultades concedidas por la ley), y que bajo ciertas circunstancias concretas uno de los principios preceda al otro, esto es, que la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa (Bullard y Higa, 2007).

Al respecto, debe resaltarse que la posición argüida en el párrafo anterior, conforme lo han manifestado los citados autores, se basaría en el planteamiento de ponderación de principios, planteado por Alexy (1993) Por lo que, según los citados autores, “en los casos concretos [los principios] tendrían diferente peso”. Así, “en algunos supuestos, según las características del problema que [se] enfrentara el principio de legalidad debiera primar sobre el de jerarquía, de manera que un órgano administrativo no puede preferir la norma jerárquicamente superior, sino, por el contrario, debe ajustarse al principio de legalidad. Pero en otras, circunstancias puede tener sentido que el principio de jerarquía prime sobre el principio de legalidad, y que por tanto la autoridad administrativa si deba entenderse facultada a preferir la aplicación de la jerarquía sobre la legalidad”. En ese contexto, para los referidos autores, la solución de conflictos entre principios, se resolvería en el plano axiológica, para lo cual se debería identificar una tipología de casos en los que debe primar la jerarquía sobre la legalidad y otros en los que la legalidad debe primar sobre la jerarquía; por lo que, lo importante sería “que las categorías de los casos estén agrupadas con un criterio razonable y ordenado que haga predecible el resultado”.

Nuestra observación a tal posición parte de que los citados autores no sustentan del por qué a la “jerarquía” y “legalidad” identifican como principios y por tanto ponderables, y no toman en cuenta como regla la supremacía constitucional, máxime que éste último es uno de los presupuestos de un Estado constitucional, esto en razón de tutelar en la mayor medida posible los derechos fundamentales. Debe destacarse al respecto que, si bien, Alexy, aceptúa a los principios como “mandatos de optimización que están caracterizados porque pueden ser cumplidos en diferente grado”; sin embargo, tal acepción lo realiza en referencia al carácter de los derechos fundamentales y no a las fuentes del derecho como lo son la ley y la constitución, es decir, la aplicación de ponderación propuesta por Alexy no recae en fuentes del derecho sino en derechos fundamentales identificados como

principios (he ahí la identificación del constitucionalismo principialista) (Alexy, 1993).

En ese contexto nuestra crítica a la posición radica de que en la aplicación del derecho, las fuentes del derecho a las que se recurren no son ponderables, ya que, se vulneraría el derecho de igualdad en la aplicación del derecho, asimismo, si las fuentes del derecho fueran ponderables se vislumbraría en que en algunos casos solo se recurriría a una disposiciones normativas infraconstitucionales, prescindiéndose del carácter normativo de la constitución y poniendo en riesgo la tutela de los derechos fundamentales. (Bullard y Higa, 2007)

Ahora, frente a lo que manifiestan de que para unas veces aplicarse la “jerarquía” y otras veces la “legalidad” sería importante “que las categorías de los casos estén agrupadas con un criterio razonable y ordenado que haga predecible el resultado”, nuestra observación va dirigida en la siguiente interrogante ¿Qué criterios podrían identificarse como razonables para aplicar en unas ocasiones el principio de legalidad y en otras el principio de jerarquía si en el marco de un Estado constitucional la protección de los derechos fundamentales encuentra sustento en el carácter normativo de la Constitución?

- (ii) Por otro lado, respecto a la posición adoptada por Morón, quien considera que, la función administrativa está sujeta a la norma constitucional; pero, existe una amplia distancia para derivar de ello, irremediamente y con carácter excluyente, que entonces la Administración pública deba incumplir con su deber de ejecutar la voluntad de la ley y abstenerse de aplicarla en el caso concreto. Moron (2007) Nuestra observación a tal posición se dirige bajo la siguiente interrogante: ¿En el marco de una democracia constitucional en qué se sustenta la posición de restringir a la Administración Pública de la no aplicación de las disposiciones normativas constitucionales que garantizan derechos fundamentales? Y ¿Por qué la Administración Pública como organismo de ejercicio de poder no se encontraría limitada al ejercicio del mismo y vinculada a la aplicación de los derechos fundamentales establecidos en la constitución?

4.6 El rol de la democracia Constitucional: una defensa del control difuso por órganos administrativos

El Tribunal Constitucional en su sentencia (recaída en el expediente N° 04293-2012-PA/TC) ha indicado de manera tajante que la separación de poderes es un principio que promueve y dinamiza la democracia, asimismo, bajo este esquema el reparto de competencias quedaría muy clara. En ese orden, ningún poder podría realizar acciones diversas o más allá de las que se interpretaran literalmente de la Constitución y las normas de desarrollo constitucional. Así, en el caso del control difuso administrativo al no existir una norma o disposición legal que habilite de manera expresa a los tribunales administrativos para que puedan ejercer esta competencia, no tendrían respaldo o sustento normativo, por lo que, en el caso que realicen control difuso se produciría cierta invasión o intromisión de un tribunal administrativos en las competencias del Poder Judicial—cuando se inaplica una ley que contraviene la Constitución.

No obstante, debe advertirse que, esta lectura es de carácter formal, que literalmente se encuentra adscrito al Estado de Derecho donde el principio de legalidad, la repartición de competencias y la división de poderes son los ejes centrales para comprender la dinámica jurídica y las relaciones del Estado. Sin embargo, conforme al proceso histórico político-filosófico y (descritos en el apartado 1.1 de la presente tesis) esta situación ha cambiado. Con el modelo de Estado Constitucional se ha dejado de lado la centralidad de la ley, ahora, la centralidad recae en la Constitución —tal como fue expuesto en los apartados precedentes; en consecuencia, todos los órganos de poder permanecen condicionados a lo que prescriba el texto constitucional. En ese sentido, el razonamiento de los operadores del derecho no se remite con exclusividad a las letras de la ley —tal como ocurría en el Estado de Derecho—, sino que, ahora, viene vinculado a la Constitución porque se constituye en fuente del derecho —la producción jurídica e interpretación de las disposiciones normativas se realizan según la Constitución.

De todo esto, resulta insostenible que la separación de poderes garantiza la máxima independencia de poderes y que ningún órgano del poder público debe intervenir en asuntos o cuestiones relacionados a otros poderes o dependencias del Estado. El único marco común que tienen los sistemas jurídicos contemporáneos y, por supuesto, el Estado, es la Constitución, porque en ella radica y reposa las principales manifestaciones del poder soberano, en este caso, el pueblo. En ese sentido, los órganos de poder están

llamados a rendir cuentas al pueblo a través de la interpretación de la Constitución, entonces, todos los poderes u órganos del Estado deben privilegiar a la Constitución por sobre todas las cosas, en tal sentido, se puede graficar del siguiente modo:

- (i) Si existen hechos o situaciones que rompen o contravienen el orden constitucional, entonces, los tribunales administrativos tienen la obligación de controlar dicha situación.
- (ii) La interpretación de la Constitución es una cuestión abierta a todos los operadores jurídicos, en tal sentido, los tribunales administrativos pueden interpretar válidamente la Constitución cuando se encuentre con vicios o inconsistencias de la ley –inconsistencias entre ley y constitución.

En tal orden, en los próximos párrafos explicaremos sobre el Estado Constitucional y la democracia constitucional, ello para explicar sobre la repercusión que ha tenido sobre la forma de organización del poder, asimismo, esto servirá para rebatir los argumentos que el Tribunal Constitucional ha esgrimido sobre la interpretación o comprensión acerca del principio de separación de poderes.

La democracia constitucional es una fórmula política y jurídica porque combina las dos dimensiones. Esto se traduce en que la democracia está condicionada a la Constitución, por ende, ello supone que la organización política que recibe la denominación de democracia constitucional consiste en que existe una Constitución rígida que tiene valor normativo, además, está dotada de garantía para proteger su contenido. En ese sentido, la democracia también sufre modificaciones porque su finalidad es la de proteger los valores constitucionales y los derechos fundamentales. Esta conjunción se traduce en las siguientes tesis:

- (i) La democracia necesita de la Constitución.
- (ii) La Constitución requiere de la democracia.
- (iii) Los poderes públicos y todos los órganos actúan bajo las reglas de la democracia y la Constitución, esto es, el procedimiento de deliberación y discusión están orientada por la filosofía que emerge de los derechos.
- (iv) En la democracia constitucional se encarga la protección de los derechos y todo el contenido de la Constitución a los Tribunales o Cortes Constitucionales.

En este contexto, la democracia constitucional representa a un modelo “de organización político-jurídica en el que confluyen diversas tradiciones del pensamiento político moderno y que persigue en un solo momento dos objetivos analíticamente distintos: limitar el poder político y distribuirlo entre los ciudadanos” (Barberis, 2019).

En todo esto, también, se propone la fórmula de la protección de los derechos fundamentales, ya que sin ellos es imposible pensar en que la organización del poder será democrática. Lo cual implica que todos los miembros de la comunidad política deben estar comprometidos con la defensa de la libertad, la igualdad y la fraternidad.

En el marco de la democracia constitucional se deben ofrecer las siguientes tesis, los mismos que dan cuenta de la importancia de la Constitución y el papel de los derechos fundamentales:

- (i) **Todos los órganos del poder público están habilitados para interpretar la Constitución:** el Estado Constitucional y la democracia constitucional implica la defensa de los derechos fundamentales, asimismo, la organización del poder debe responder a términos de justicia y garantizar la democracia. En ese contexto, todos los operadores jurídicos están habilitados para interpretar el contenido de la Constitución, en especial, ello implica que todos asumen la causa común de defender el texto constitucional.

Como la organización del poder es de carácter democrático y los derechos fundamentales son la máxima expresión de la sociedad, entonces, todos también están vinculados a realizar la interpretación de los derechos fundamentales, asimismo, proteger la Constitución. En especial, el deber de protección de la Constitución se traduce con mayor fuerza en relación a los órganos del poder público, en este caso, las entidades u organismos públicos. Estos son quienes al final deben promover y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales.

- (ii) **Todos tienen el deber y obligación de preferir la Constitución antes que una norma legal:** teniendo en cuenta la supremacía jurídica y la fuerza normativa de la Constitución, todos los operadores jurídicos están obligados a garantizar y respetar las disposiciones constitucionales, esto es, aplicarlas en todas las circunstancias y condiciones posibles, por ende, en un conflicto que se presente entre una norma (ley) y la Constitución, los operadores o intérpretes deben preferir

la Constitución porque en el Estado Constitucional se considera que la misma es fuente de derecho y goza de legitimidad reforzada –el pueblo ha manifestado su voluntad de que exista dicha norma.

Las leyes nunca pueden estar por encima de la Constitución, asimismo, los operadores jurídicos no deben realizar interpretaciones contrarias al texto constitucional.

Por tanto, los tribunales administrativos deben preferir la Constitución porque en ella se justifica su legitimidad, esto es, cuando exista conflicto o contradicción entre la Constitución y una ley, han de preferir la primera. Esto habilita para que puedan efectuar control difuso de constitucionalidad.

- (iii) **Todos tienen la obligación de proteger los derechos fundamentales:** la democracia constitucional deposita en los derechos fundamentales un gran interés, ya que sin derechos a democracia sería imposible. Se puede advertir que la democracia basada en la regla de la mayoría no promueve, necesariamente, la protección de los derechos fundamentales. En tal sentido, la democracia constitucional pone en el centro del tablero constitucional a los derechos –en buena cuenta se orienta por la Constitución–.

El Tribunal Constitucional ha indicado que por el principio de separación de poderes, los tribunales u órganos administrados no pueden efectuar control difuso administrativo, sin embargo, ello no resulta así porque en una democracia constitucional todos los poderes y entidades del Estado están condicionados a la defensa de los derechos fundamentales, esto es, que nadie puede dejar de resguardar los derechos por una cuestión de competencias o límites, sino que se deben efectuar todas las acciones necesarias para comprender que los derechos se protegen sobre toda situación y circunstancia.

En suma, en una democracia constitucional y el Estado Constitucional los derechos son el continente de la democracia y todos los procedimientos que se realicen, esto es, el único límite de actuación que poseen los poderes públicos es la Constitución. Sin embargo, ello no implica que la ley deje de importar o no constituya en un límite efectivo, lo único que ha sucedido con la ley es que tiene un nuevo rol que consiste en desarrollar todos los aspectos recogidos en la

Constitución –no puede desarrollar más ni contravenir la misma–. En tal sentido, los órganos o tribunales administrativos quedan perfectamente habilitados para realizar control difuso de constitucionalidad –siempre que una norma contradiga lo dispuesto en la Constitución.

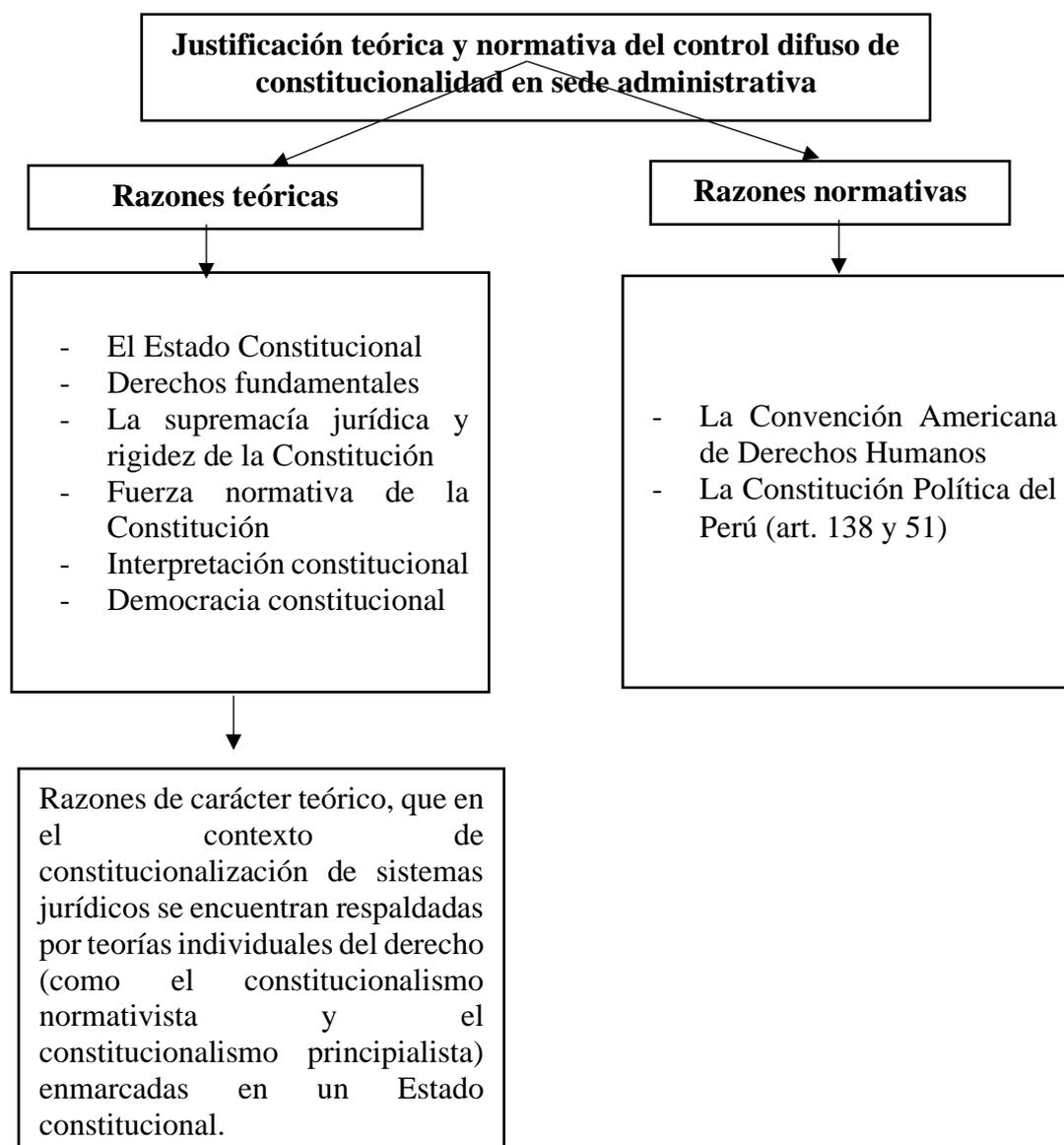


Figura 1. Justificación Teórica y Normativa que considero para el Control Difuso de Constitucionalidad en sede Administrativa

CONCLUSIONES

- Existen razones de carácter teórico que justifican la facultad de realizar control difuso por los tribunales administrativos, los mismos que se fundan en los siguientes aspectos: el Estado Constitucional, la tutela de los derechos fundamentales, la supremacía y fuerza normativa de la Constitución, la interpretación constitucional – en especial, la interpretación conforme a la constitución– y la democracia constitucional. Razones que en el contexto de constitucionalización de sistemas jurídicos se encuentran respaldadas por teorías individuales del derecho enmarcadas en un Estado constitucional, como lo son: el constitucionalismo principialista y el constitucionalismo normativista. A su vez, existen razones de carácter normativo, como el plexo de tratados en materia de derechos humanos que actúa como parámetro de constitucionalidad, y la Constitución Política del Estado que promueve la interpretación conforme a sus disposiciones y la tutela de derechos fundamentales. En consecuencia, los tribunales administrativos pueden emplear tales razones para efectuar control difuso.
- Los fundamentos esgrimidos en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena) no se encuentran acorde a un Estado Constitucional, toda vez que, omite pronunciarse sobre la prioridad de garantizar los derechos fundamentales de la persona, en ese sentido, prescinde tomar en cuenta de que los derechos fundamentales al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la “dimensión” sustancial de la democracia. Asimismo, no toma en cuenta que una democracia constitucional subyace a que todo órgano de poder con facultad y deber de tutelar los derechos fundamentales realice la interpretación de una disposición normativa conforme a la constitución. El citado precedente, sólo se ampara en formalismos de falta de implementación mecanismo de control de la actividad de control difuso administrativo, una interpretación literal del artículo 138° de la Constitución (distante de una interpretación constitucional de Estado constitucional) y una acepción de democracia basada en un Estado de derecho decimonónico.
- Los tribunales administrativos, como órganos que ejercen poder por la capacidad resolutoria que poseen en un procedimiento administrativo y, a la vez, ser la última instancia administrativa en la tutela de los derechos fundamentales del administrado

están vinculados a la Constitución; en consecuencia, cuando aprecien en un caso concreto la contraposición u oposición entre una ley y la Constitución, se encuentran facultados para efectuar control difuso de constitucionalidad.

RECOMENDACIONES

- El presente trabajo de investigación propone una reforma del precedente vinculante que restringe la facultad de realizar control difuso a los tribunales administrativos, ello sustentado en razones de carácter teórico que justifican el ejercicio de la facultad de realizar control difuso por los tribunales administrativos, como: la tutela de los derechos fundamentales, la supremacía y fuerza normativa de la Constitución, la interpretación conforme a la constitución y la democracia constitucional; además, sustentado en razones de carácter normativo, como el plexo de tratados en materia de derechos humanos que actúa como parámetro de constitucionalidad, y la Constitución Política del Estado que promueve la interpretación conforme a sus disposiciones y la tutela de derechos fundamentales.
- En ese contexto, se recomienda que, el Tribunal Constitucional utilizando la técnica del overruling, modifique el precedente constitucional contenido en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena), debido a que el marco teórico y normativo bajo la cual se desenvuelve un sistema jurídico en el marco de un Estado constitucional son opuestas a los fundamentos recogidos y utilizados para eliminar la competencia de que los tribunales administrativos efectúen control difuso administrativo.
- Basado en las razones de carácter teórica y normativa que se exponen en la presente investigación, con el propósito de garantizar la plena vigencia de un Estado Constitucional, se debe propiciar una modificación de la norma constitucional en su artículo 138°, en el sentido de que se amplié la facultad de realizar control difuso por los tribunales administrativos; para tal fin se desarrolla una propuesta legislativa como anexo de la presente investigación.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló, J. (2010). *Interpretación jurídica y teoría de Derecho*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez, E., & Tur, R. (2013). *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Ames, O. (2017). *Necesidad actual del Control Difuso en los Tribunales Administrativos: Análisis aplicado a la actuación que venía desempeñando el Tribunal Registral de la SUNARP. (Tesis de maestría)*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Arias, L. (2015). *El control difuso administrativo y sus implicancias en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Tecnos.
- Arias, Luis. (2015). *El control difuso administrativo y sus implicancias en el estado constitucional de derecho. (Tesis de pregrado)* (Universidad de Piura). Recuperado de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2253/DER_024.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Atienza, M. (2009). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. México: Fundación Coloquio Jurídico.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.
- Atienza, M., & Ruiz, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *ISONOMÍA*, (27), 7–28.
- Baldarrago, P. (2019). *La aplicación del control de convencionalidad en los tribunales administrativos del estado peruano. (Tesis de grado)* (Universidad La Salle). Recuperado de http://repositorio.ulasalle.edu.pe/bitstream/handle/ULASALLE/85/TESIS_FINAL_PATRICK_BALDARRAGO_ESCOBEDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Barberis, M. (2019). *Estado Constitucional. Acerca del nuevo constitucionalismo*. Puno: Zela.
- Bernal, C. (2015). *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Bonorino, P. (2010). *Dworkin*. Lima: Ara editores.
- Bullard, A., & Higa, C. (2007). *La defensa de la constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Carbonell, M. (2015). *Los orígenes del Estado Constitucional y de la filosofía del constitucionalismo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Cardenas, J. (2017). *Del estado absoluto al estado liberal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones jurídicas.
- Castillo, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Palestra.
- Castro, L. A. (2017). *La Viabilidad del Control Difuso en la Superintendencia Nacional de Migraciones. (Tesis de grado)*. Universidad de Huánuco, Huánuco, Perú.
- Del Pozo, C. (2005). *Control Difuso y Procedimiento Administrativo*. Lima: Editorial Palestra Editores.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Espinoza, J. (2018). El ejercicio abusivo del derecho en las decisiones de las juntas de acreedores dentro de un procedimiento concursal. *THEMIS Revista de Derecho*, (51), 171–178.
- Fernandez, A. (2018). *Control constitucional difuso en sede administrativa y su incidencia en la supremacía constitucional. (Tesis de doctorado)* (Universidad Nacional San Antonio de Abad del Cusco). Recuperado de <http://repositorio.unsaac.edu.pe/bitstream/handle/UNSAAC/3524/253T20181001.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y garantías*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Constitucionalismo y teoría del derecho*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- García, M. (1991). *Estado legal y Estado constitucional de derecho*. Venezuela: Rodhas.
- Garrorena, A. (2014). *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastinni, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hernández, C., & Mazabel, M. (2010). *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*. Lima: Ara editores.
- Leiva, C. (2009). *El control difuso por la administración pública: órganos colegiados de nivel nacional y tribunales administrativos. (Tesis de grado)* (Universidad Nacional de Trujillo). Recuperado de http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8311/LeivaCancino_C.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Lopez, S., & Navarro, M. (2018). *Afectacion al derecho a la igualdad en aplicación de la ley. Consorcio Requena - control difuso administrativo*. Pontificia Universidad Científica del Perú, Lima, Perú.
- Martínez, J. I. (1997). *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*.

Barcelona: CEDECS.

- Mendoza, G. (2012). *Aplicación del Control Difuso por Parte de los Registradores Públicos por Vulneración del denominado contenido esencial del Derecho de Propiedad. (Tesis de maestría)*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú.
- Meza, M. (2014). *Control difuso administrativo peruano. (Tesis de maestría)* (Pontificia Universidad Católica del Perú). Recuperado de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5612/MEZA_FI GUEROA_MOSI_CONTROL_DIFUSO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Morales, S. (2017). *La valoración de la aplicación del control difuso por la corte suprema peruana. (Tesis de maestría)* (Pontificia Universidad Católica del Perú). Recuperado de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9196/Morales Silva-version corregida.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Moresso, J. (2014). *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Lima: Palestra.
- Moron, J. (2007). *En La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Peces, G. (1997). De la función de los derechos fundamentales. *Dictionnaire encyclopédique de theorie et de sociologie du droit.*, 537–551.
- Ramón, T. (2006). *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*. Lima: Palestra.
- Ríos, L. (2002). El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile. *Ius Et Praxis*, 8(1), 389–418. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100021
- Rivas, P. (2010). *El control difuso de la constitución en los países andinos con énfasis en el Tribunal Fiscal del Perú, a partir del 2005. (Tesis de maestría)*. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador.
- Rivera, G. (2012). *El control de constitucionalidad del derecho internacional y del derecho de la integración en El Salvador, a la luz de la jurisprudencia de la sala de lo constitucional de la corte suprema de justicia. (Tesis de doctorado)*. Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, España.
- Robles, M. (2019). *Efectos de la inaplicación del control difuso en la administración pública (Huacho – 2018)*. (Tesis de grado). Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, Huacho, Perú.
- Roldan, O. (2015). *La función garante del Estado constitucional y convencional de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Sagüez, N. P. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Salazar, P. (2006). *La democracia constitucional una radiografía*. México: Fondo de Cultura jurídica.
- Sedano, P. (2016). *Los alcances de la aplicación del control de convencionalidad en el marco del derecho interno peruano. (Tesis de grado)* (Universidad Andina del Cusco). Recuperado de http://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/UAC/649/3/Pedro_Tesis_bachiller_2016.pdf
- Vila, C. (2004). *El control difuso y el control concentrado en el sistema peruano de justicia constitucional: Eficacia de la judicial review a dos siglos de su creación*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Waluchow, W. (2009). *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*. Madrid: Marcial Pons.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

Marco Jurisprudencial:

- Expediente N° 3741.2004 AA/TC. Sentencia: 14 de noviembre de 2005.
- Expediente. N.º 047-2004-AI/TC Sentencia: 24 de abril de 2006.
- Expediente. N.º 5854-2005-PA/TC Sentencia: 8 de noviembre de 2005.
- Expediente. N.º 050-2004-AI/TC Sentencia: 3 de junio de 2005.
- Expediente N°. 004293-2012. Sentencia: 18 de marzo de 2014.

Otros

- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.pdf>
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>
- <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>
- <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pdf>



ANEXOS

Anexo 1. Proyecto de Ley**PROYECTO DE LEY N° _____**

**LEY QUE MODIFICA EL
ARTÍCULO 138° DE LA
CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DEL PERÚ,
LEY QUE REGULA EL
CONTROL DIFUSO**

PROYECTO DE LEY

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 138° DE LA CONSTITUCIÓN
POLÍTICA DEL PERÚ, LEY QUE REGULA EL CONTROL DIFUSO**

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 138° de la Constitución Política del Perú, ley que regula el ámbito de aplicación del control difuso.

Artículo 2.- Modificación del artículo 138° de la Constitución Política del Perú.

Modifíquese el artículo 138° de la Constitución Política del Perú en los siguientes términos:

“Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

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

Los tribunales u órganos colegiados de la Administración Pública, en los casos que le fueren sometidos, podrán declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución.”

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

Lima, diciembre del 2019

Anexo 2. Ficha De Lectura

FICHA DE LECTURA	
TÍTULO:	DATOS BIBLIOGRÁFICOS:
SUBTÍTULO:	
PAÍS, CIUDAD Y LUGAR DE CONSULTA:	
RESUMEN DEL TEXTO:	OBSERVACIONES O PREGUNTAS:
	PALABRAS CLAVE:

Anexo 3. Ficha de Análisis de Jurisprudencia

FICHA DE ANÁLISIS DE SENTENCIA	
IDENTIFICACIÓN DE SENTENCIA	SENTENCIA:
	REFERENCIA:
HECHOS Y ARGUMENTOS DE LA DEMANDA:	
RATIO DECIDENDI:	
DECISIÓN:	
PRECEDENTES RELEVANTES O DOCTRINA JURISPRUDENCIAL PARA LA DECISIÓN:	
OTROS VOTOS.	

Anexo 4. Matriz de Consistencia

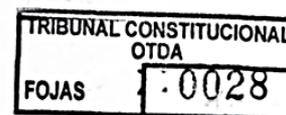
FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y NORMATIVOS PARA LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA	MARCO TEORICO REFERENCIAL
<p>PROBLEMA GENERAL: ¿Existen razones de carácter teórico y normativo que justifiquen la facultad de realizar control difuso por parte de un tribunal de la administración pública en el marco un Estado Constitucional?</p> <p>PROBLEMAS ESPECIFICOS: ¿Los fundamentos esgrimidos en el precedente vinculante recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena) que sirvieron de sustento al Tribunal Constitucional para restringir a los tribunales administrativos la facultad de realizar el control difuso, se encuentran acorde a los sustentos de un Estado constitucional? ¿Están los tribunales administrativos vinculados a la Constitución al momento de resolver conflictos, esto es, poseen o no la facultad para interpretar e inaplicar aquellas disposiciones infrakonstitucionales que vulneran derechos fundamentales y contravengan disposiciones del texto constitucional?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL Demostrar la existencia de razones de carácter teórico y normativo que justifiquen la facultad de realizar control difuso por parte de un tribunal de la administración pública en el marco un Estado Constitucional.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS Determinar si los fundamentos esgrimidos en el precedente vinculante recaído en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena), que sirvieron de sustento al Tribunal Constitucional para restringir a los tribunales administrativos la facultad de realizar el control difuso, se encuentran o no acorde a los sustentos de un Estado constitucional. Determinar si los tribunales administrativos están o no vinculados a la Constitución al momento de resolver conflictos, esto es, si poseen o no la facultad para interpretar e inaplicar aquellas disposiciones infrakonstitucionales que vulneran derechos fundamentales y contravengan disposiciones del texto constitucional.</p>	<p>En atención a que una investigación de enfoque cualitativa, a) se encuentra fundada en una posición filosófica que es ampliamente interpretativa en el sentido que se interesan en las formas en las que el mundo social es interpretado, comprendido, experimentado y producido, b) basadas en métodos de generación de datos flexibles y sensibles al contexto en el que se producen, y c) sostenida por métodos de análisis que abarcan la comprensión de la complejidad, el detalle y el contexto⁸. En términos diferentes, porque La investigación cualitativa parte de la perspectiva de la autopoiesis, que no pretende dar una explicación parcial a un problema como el modo que presenta un determinado conjunto de variables sino una comprensión global del mismo, no corresponde el planteamiento de hipótesis, por ende, tampoco corresponde la identificación de variables.</p>	<p>Enfoque: - Cualitativa</p> <p>Métodos: En la ejecución del presente trabajo de investigación, se utiliza el método descriptivo explicativo, analítico y de interpretación sistemática.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Estado de derecho. - Constitucionalismo y estado constitucional. - Derechos fundamentales en el marco del Estado Constitucional. - Supremacía Jurídica de la Constitución. - La constitución como norma y su fuerza normativa. - Interpretación constitucional. - Democracia Constitucional. - La constitución y derecho administrativo: el procedimiento administrativo a la luz de la constitución. - Control difuso de constitucionalidad. - Control difuso administrativo. - Posiciones de la doctrina nacional frente al control difuso administrativo. 	

Anexo 5. Sentencias



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 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 Hernandp 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.

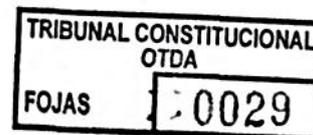
Aduce el demandante que tras haberle impuesto una multa la entidad emplazada se presentó en la municipalidad a efectos de impugnar dicha decisión, pero se le exigió previamente el pago de quince nuevos soles (S/. 15.00) por concepto de tasa impugnación, conforme al TUPA de la referida entidad edil, agregando 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.º, 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,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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.

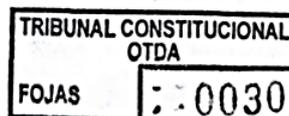
La recurrida confirma la apelada con argumentos similares.

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.º, inciso 3 y 2.º 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.º 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.º 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.º 084/MDS, que aprobó el TUPA de la municipalidad demandada, donde, en efecto, se encuentra previsto el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



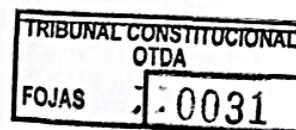
3

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.º, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138.º).
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.º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. 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 sólo 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.º, 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

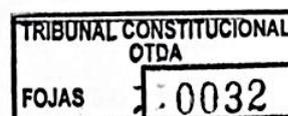


4

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.º 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.º, 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.º 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.º antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla. Es coherente con ello el artículo 102º del Código Tributario, cuando precisa que «[a] 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 sólo 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



5

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.º).

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

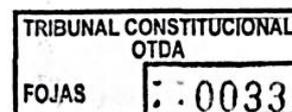
(...) es, como es obvio, un control estrictamente jurídico, en el que la Contraloría confronta la actuación administrativa reglamentaria o singular, contenida en un decreto o resolución, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquella, como consecuencia del principio general de legalidad que establece el propio Art. 7º 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 10º 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

¹ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. «Los derechos fundamentales y el control constitucional». En *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVII, diciembre, 2004. pp. 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



6

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 sólo 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.º, 51.º y 201.º 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.º de la Constitución, no sólo 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 8º de la Convención Americana”. (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71)².

² Véase las sentencias emitidas en el Expediente N.º 2050-2002-AA/TC y, más recientemente, en el Expediente N.º 2192-2004-AA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

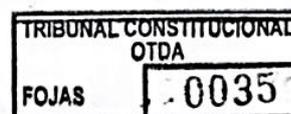
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
 O.T.D.A.
 FOJAS 0034

7

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.º, inciso



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



8

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 conculca, 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.

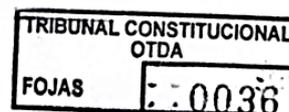
Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta sólo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, 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

³ Véase en este sentido la Sentencia emitida en el Expediente N.º 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".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



9

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.º 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

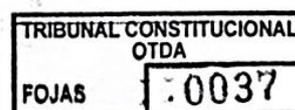
27. Al momento de presentar su “expresión de agravios” frente a la decisión del *a quo*, el recurrente ha arrojado que “(...) de admitirse como legítima la facultad de la administración para cobrar un derecho administrativo por recepcionar recursos de impugnación contra las sanciones que impone, se estaría 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



10

§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.º, 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).

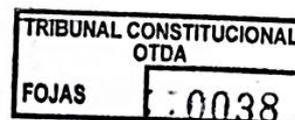
31. Un mayor desarrollo del derecho de petición se encuentra en la 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, 27444, específicamente en los artículos 106.º a 112.º, que bien puede considerarse una ley de desarrollo del derecho constitucional de petición. Así, en el artículo 106.2, al referirse 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

⁴ Véanse, al respecto, las sentencias emitidas en los Expedientes N.ºs 0872-1999-AA/TC y 0941-2001-AA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



11

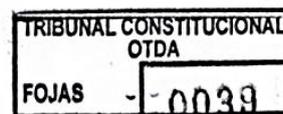
derecho de *petición*⁵. En consecuencia, en el derecho nacional, el derecho de contradicción como un derecho genérico ejercitable contra los actos de la administración, puede concretarse a través de los recursos administrativos cuando la legislación así lo establezca, o a través del propio proceso contencioso-administrativo 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

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



12

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



13

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.

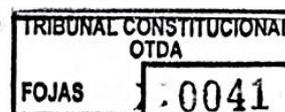
Se configura, entonces, una situación paradójica: el Tribunal Constitucional, cuya labor fundamental consiste en eliminar del ordenamiento jurídico determinadas normas contrarias a la Constitución, no dispone, sin embargo, de mecanismos procesales a su alcance para expurgar del ordenamiento dichas normas, 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.

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 (...)".



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



14

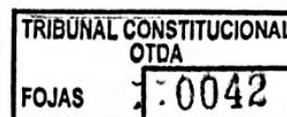
40. Si bien en nuestro sistema de jurisdicción constitucional no existe una previsión legal de tal envergadura, sin perjuicio de que este Colegiado pueda en el futuro analizar su incorporación a través de la jurisprudencia, la reciente previsión del precedente constitucional a que se refiere el artículo 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, constate, 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 este 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



15

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.º 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.

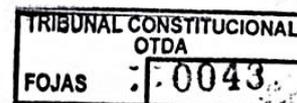
43. Por otro lado, con objeto de conferir mayor predecibilidad a la justicia constitucional, el legislador del Código Procesal Constitucional también ha introducido la técnica del precedente, en su artículo VII del título preliminar, al establecer que "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



16

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.

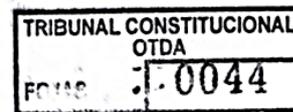
En tal sentido, como ya lo adelantáramos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, la emisión de un precedente normativo vinculante se sustenta en la *“Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como 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 parece 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

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, p.221



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



17

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*.

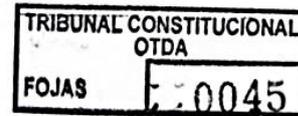
48. Es conocido que el precedente judicial en el sistema del *Common Law* se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Osea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. Cualquiera que invoque un precedente, para que éste 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.

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, N.º 1, CEC, Madrid, 1981, pág. 235 ss.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



18

§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.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.

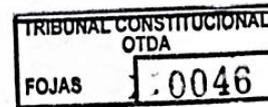
B) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



19

EXP. N.º 3741-2004-AA/TC
LIMA
RAMÓN HERNANDO SALAZAR YARLENQUE

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.º de la Constitución.

Publíquese y notifíquese.

SS.

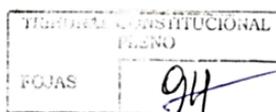
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA**SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los 18 días del mes de marzo de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia con el voto singular del magistrado Urviola Hani y los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Consorcio Requena contra la resolución de fojas 1192, su fecha 20 de agosto de 2012, expedida por la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que declaró improcedente la demanda de autos.

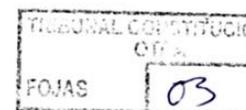
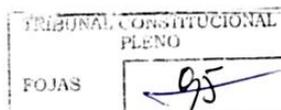
ANTECEDENTES

Con fecha 22 de febrero de 2012, el demandante interpone demanda de amparo contra la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el Procurador Público a cargo de sus asuntos judiciales, solicitando la nulidad de la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, que declaró infundado el recurso administrativo de apelación que interpuso contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N.º 001-2011-MPR (I Convocatoria); asimismo, solicita que se ordene un nuevo pronunciamiento y que la apelación sea resuelta por una nueva Sala administrativa del OSCE. Alega la vulneración de sus derechos constitucionales a la propiedad, a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la racionalidad y proporcionalidad, así como al principio de congruencia procesal.

Sostiene que en su recurso administrativo de apelación, en el proceso de Licitación Pública N.º 001-2011-MPR sobre ejecución de la obra "Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena - Loreto", la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE incorporó indebidamente un punto controvertido nuevo acerca de los requisitos del "Gerente de Obras" que no había sido materia de su impugnación ni tampoco observado por la propia Municipalidad Provincial de Requena al momento de decidir su descalificación. Agrega que la citada Sala administrativa resolvió dicho punto controvertido aplicando un parecer jurídico distinto, a pesar de que era un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al que fue materia de decisión en la Resolución N.º 97-2012-TC-S1, del 15 de enero de 2012.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

El Procurador Público del OSCE contesta la demanda indicando que el amparo es un proceso residual y que el proceso contencioso administrativo es la vía igualmente satisfactoria para resolver la controversia. Señala que al momento de resolverse la apelación del demandante no se ha vulnerado el “principio de congruencia”, pues se ha aplicado el artículo 5º de la Ley N.º 27444, que autoriza a los órganos administrativos a incorporar de oficio nuevas cuestiones de hecho y derecho, aun cuando no hayan sido planteadas por los administrados. También refiere que la mencionada Resolución N.º 97-2012-TC-S1 fue emitida en otro expediente administrativo y que no constituye un precedente de observancia obligatoria, por lo que no cabía extender su criterio al caso del demandante.

Mediante Resolución N.º 5, de fecha 12 de marzo de 2012, se integra al proceso en calidad de litisconsorte necesario pasivo a la Municipalidad Provincial de Requena, que se apersona debidamente representada por su Procurador Público.

El Primer Juzgado Civil de Maynas declara fundada la demanda, por considerar que, en cuanto al título profesional de ingeniero civil del “Gerente de Obra”, se cumplió con presentar el diploma de incorporación del Colegio de Ingenieros del Perú y el certificado de habilidad, los cuales son documentos suficientes para acreditar el grado profesional del “Gerente de Obra” propuesto.

A su turno, la Sala revisora revoca la apelada y declara improcedente la demanda, estimando que la vía igualmente satisfactoria, de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, es el proceso contencioso administrativo, proceso de plena jurisdicción que permite al juez ordinario no solo anular, sino además reconocer, restituir o indemnizar un derecho conculcado.

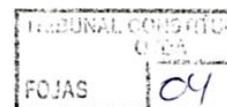
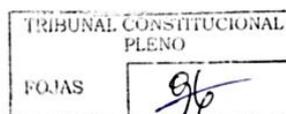
FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda

1. El demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, expedida por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE, que declaró infundado el recurso administrativo de apelación que interpuso contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N.º 001-2011-MPR (I Convocatoria); se emita un nuevo pronunciamiento sobre su recurso y que este sea resuelto por una nueva Sala administrativa del OSCE, por supuestamente haberse afectado sus derechos constitucionales a la propiedad, a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la racionalidad y proporcionalidad y el principio de congruencia procesal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

2 Este Tribunal Constitucional considera que del análisis del petitorio y de los hechos que sustentan la demanda de amparo, se advierte que lo que en realidad se plantea está relacionado con el contenido del derecho constitucional al debido proceso en sede administrativa, al haberse producido básicamente las siguientes afectaciones: i) afectación al derecho de defensa, en cuanto presuntamente se incorporó el análisis de hechos nuevos no planteados en el recurso administrativo de apelación del demandante; y, ii) afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, ocasionada por la emplazada supuestamente por decidir, para el caso concreto del actor, aplicando un criterio jurídico distinto al previamente establecido en un pronunciamiento administrativo anterior.

3. Las afectaciones expuestas, si bien son susceptibles de ser examinadas en el proceso contencioso administrativo como primer nivel de protección de los derechos fundamentales (RTC N.º 00923-2012-PA/TC, fundamento 6) y, por tanto, tal como lo ha planteado la entidad emplazada refiriéndose a la aplicación del artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, es una vía específica y satisfactoria para dilucidar la presente controversia; este Colegiado, en vista de la gravedad de los hechos denunciados y de su relevancia constitucional, estima pertinente que las afectaciones invocadas sean analizadas en el presente proceso. Tal como sucedió en la STC N.º 00228-2009-PA/TC, se dejó dicho que “cuando exista un tema de relevancia constitucional que requiera un pronunciamiento en la jurisdicción constitucional, sea por motivos de ausencia de pronunciamiento o de deficiencias, incoherencias y contradicciones en la misma, la vía procesal del amparo se convierte en la vía que debe activarse para la resolución de la controversia constitucional suscitada”.

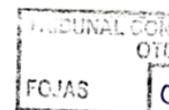
Sobre la afectación del derecho de defensa (artículo 139º, inciso 14, de la Constitución)

Argumentos del demandante

4. El demandante alega que interpuso recurso administrativo de apelación contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N.º 001-2011-MPR (Ejecución de la obra “Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena – Loreto”) adoptada por la Municipalidad Provincial de Requena, planteando las correspondientes cuestiones de hecho y derecho que juzgaba convenientes y solicitando que se determine su legalidad. Si bien las cuestiones planteadas en el citado recurso administrativo recibieron, cada una, pronunciamiento, la emplazada fijó un nuevo punto controvertido relacionado con los requisitos mínimos del “Gerente de Obra” según la bases del concurso, que no había sido materia de crítica por parte del recurrente ni mucho menos criterio de rechazo por parte de la Municipalidad Provincial de Requena, lo cual constituye una contravención al principio de congruencia procesal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

5. Agrega que el recurso de apelación fue desestimado mediante un pronunciamiento administrativo *extra petita*, sin que pudiera ejercer su derecho de defensa oportunamente y de manera completa, dado que recién se tomó conocimiento del nuevo punto en controversia, de manera oralizada y resumida, en la audiencia pública.

Argumentos de la entidad demandada

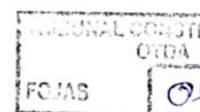
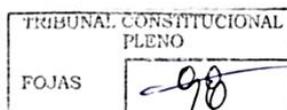
6. La emplazada señala que no se debe pretender aplicar las características del principio de congruencia en su faceta judicial a las resoluciones dictadas en el seno de un procedimiento administrativa, puesto que para ambos su naturaleza es distinta. En sede administrativa, por disposición del artículo 5º de la Ley N.º 27444, el acto administrativo puede incluir en su contenido aspectos que no hayan sido propuestos originalmente por el administrado, como efectivamente ha sucedido en el caso de la Resolución N.º 170-2012-TC-S1.
7. Asimismo, indica que si bien no fueron materia de impugnación las cuestiones relativas al cumplimiento de los requisitos del “Gerente de Obras”, el demandante tuvo la oportunidad de formular sus descargos antes de emitir la resolución cuestionada, tanto en la audiencia pública del 9 de febrero de 2012 como en su escrito presentado en la misma fecha.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

8. Este Tribunal Constitucional ha reiterado en la STC 03891-2011-PA/TC (fundamento 12) que, en general, “el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139º, inciso 3, de la Constitución, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos”. Bajo esa premisa, en cuanto al derecho de defensa cabe mencionar que éste constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma tal ámbito del debido proceso y se proyecta como un “principio de interdicción” de cualquier situación de indefensión y como un “principio de contradicción” de los actos procesales que pudieran potencialmente repercutir en la situación jurídica de las partes, sea en un proceso judicial o procedimiento administrativo (Véase, STC N.º 08605-2005-PA/TC, fundamento 14).
9. En el presente caso, el recurrente ha sostenido que la cuestionada Resolución N.º 170-2012-TC-S1 lo expuso a un estado de indefensión, al haberse agregado un



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

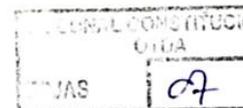
EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

punto controvertido nuevo, referido a la acreditación de los requisitos mínimos del “Gerente de Obras”, no propuesto por su persona en su respectivo recurso administrativo de apelación y contra el cual, además, no pudo realizar debidamente sus descargos.

10. De la revisión del recurso de apelación, interpuesto el 26 de diciembre de 2011 (fojas 86), se advierte que el recurrente impugnó la decisión de descalificación de su propuesta técnica porque, según su opinión, sí cumplió con los requerimientos técnicos mínimos de las Bases Integradas para ser considerado como postor hábil en el proceso de Licitación Pública N.º 001-2011-MPR. El recurrente fundamentó que el Comité Especial, al desestimar su propuesta técnica, no tomó en cuenta que: i) no se le exigió especificar los años de antigüedad de sus equipos, sino únicamente el listado de profesionales, el personal propuesto y la relación de los equipos; ii) no le era exigible una “promesa de consorcio”, porque el recurrente ya era un consorcio constituido; y, iii) el Consorcio Nor Amazónico había presentado documentación falsa o inexacta que implicaba la violación del principio de veracidad.
11. Por su parte, la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 estima todas las observaciones del demandante, esto es, sobre la antigüedad de los equipos propuestos, el requisito de la no presentación de la promesa de consorcio y sobre la verificación de la supuesta irregularidad documentaria del Consorcio Nor Amazónico; pero incorpora como nuevo punto en controversia la “no acreditación del Gerente de Obras” (fojas 29). En este punto, se sustenta que el recurrente no cumplió con presentar la copia simple del título profesional del ingeniero civil propuesto como Gerente de Obras, tal como lo habían exigido las respectivas bases integradas de la licitación. Por este punto, finalmente se declaró infundado el recurso de apelación y se confirmó el otorgamiento de la buena pro a favor de Consorcio Nor Amazónico.
12. Sobre el “principio de congruencia”, si bien se ha explicado que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales y que garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes (Véase, STC N.º 08327-2005-PA/TC, fundamento 5), en sede administrativa, dicho principio procesal se encuentra flexibilizado, en la medida que en el *iter* del procedimiento administrativo debe armonizarse con la potestad de invalidación general de la Administración Pública.
13. En tal línea, entonces, la no existencia de identidad entre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación y los extremos resueltos por la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 no necesariamente implica una afectación al derecho de defensa del administrado, siempre que la autoridad administrativa cumpla con otorgar la debida oportunidad para realizar los respectivos descargos sobre los nuevos hechos a tratar.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

Tal como quedó establecido en la STC N.º 00884-2004-AA/TC, pues **“ninguna autoridad administrativa podrá dictar una anulación de oficio, sin otorgar anteladamente audiencia al interesado para que pueda presentar sus argumentos a favor de la sostenibilidad del acto que le reconoce derecho o intereses.** Adicionalmente a ello, la resolución anulatoria de oficio debe ser notificada a los administrados concernidos a fin de que tengan la posibilidad de controlar su legalidad” (énfasis agregado).

14. En el caso, sí se desprende de la propia Resolución N.º 170-2012-TC-S1 (considerando 19) que, mediante escrito ingresado el 9 de febrero de 2012, el demandante realizó sus descargos acerca de la no acreditación de los requisitos para el “Gerente de Obra”. Debe observarse, que si bien el demandante ha señalado que no pudo ejercer una defensa “completa”, en autos no obran medios probatorios que sustenten tal afirmación, por lo que este Tribunal entiende que sí pudo realizar la correspondiente contradicción contra el nuevo punto de controversia en mención. Por lo tanto, debe desestimarse la demanda en este extremo, dado que no se ha acreditado la vulneración del derecho de defensa del demandante.
15. Sin perjuicio de lo dicho, para este Tribunal no deja de llamar la atención la circunstancia de que el demandante haya tomado conocimiento de los nuevos hechos observados por la autoridad administrativa recién en el acto de audiencia pública del 9 de febrero de 2012 (no negado por la emplazada en su escrito de contestación), cuando conforme al derecho de defensa, ésta no implica únicamente la realización efectiva de la contradicción, sino además que disponga de un tiempo lo suficientemente razonable para su elaboración o preparación, acorde por supuesto con la complejidad de lo que se discute.

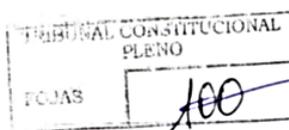
Sobre la afectación al derecho a la igualdad en aplicación de la ley (artículo 2º, inciso 2, de la Constitución)

Argumentos del demandante

16. El recurrente argumenta que la Primera Sala del Tribunal del OSCE ha aplicado consecuencias jurídicas distintas frente a hechos análogos iguales en relación con la forma de acreditación del grado profesional del “Gerente de Obras”. Indica que la cuestionada Resolución N.º 170-2012-TC-S1 resolvió su recurso de apelación aplicando un criterio distinto del utilizado en el pronunciamiento recaído en la Resolución N.º 97-2012-TC-S1, a pesar de ser el mismo órgano decisor y los mismos hechos.
17. Añade, en ese sentido, que la resolución de la mencionada Sala administrativa ha procedido a realizar un tratamiento diferenciado en perjuicio del recurrente, dado que contradice de manera clara su criterio interpretativo sobre el requisito de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

presentación del título profesional, aun cuando ya se encuentra acreditada la correspondiente colegiatura del profesional; que por tanto, se omitió efectuar una observancia escrupulosa del derecho al debido proceso.

Argumentos de la entidad demandada

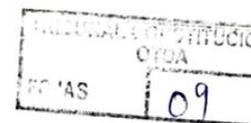
18. Señala que la Resolución N.º 97-2012-TC-S1, emitida en el Expediente N.º 1648.2011.TC, sobre el recurso de apelación interpuesto por Consorcio Colonial, constituye un pronunciamiento adoptado, al igual que la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, sin que exista una posición uniforme en todos los integrantes de la Sala emplazada. Ninguna de las dos resoluciones son precedentes administrativos de observancia obligatoria, pues estos se caracterizan por establecer expresamente interpretaciones de alcance general y son publicados en el diario oficial *El Peruano* y en la página institucional del OSCE, lo cual no fue el caso de autos.

Consideraciones del Tribunal Constitucional

19. Este Colegiado ha explicado que el derecho a la igualdad tiene dos facetas: el derecho a la igualdad *ante la ley* y el derecho a la igualdad *en la aplicación de la ley*. En cuanto a la primera faceta, el derecho a la igualdad exige que la norma deba ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma jurídica; mientras que por lo que se refiere a la segunda, el derecho a la igualdad implica que un órgano no puede apartarse arbitrariamente del sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando se considere que se debe modificar sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.
20. En sede administrativa, en la STC N.º 01279-2002-AA/TC (fundamento 3), se ha señalado en particular que “el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano administrativo, al aplicar una misma ley, o una disposición de una ley, no lo haga de manera diferenciada o basándose en condiciones personales o sociales de los administrados. Se prohíbe, así, la expedición por un mismo órgano administrativo de actos o resoluciones administrativas arbitrarias, caprichosas y subjetivas, carentes de una base objetiva y razonable que la legitime. Dicha dimensión del derecho a la igualdad jurídica se encuentra, como es obvio, directamente conectado con el principio de seguridad jurídica que este Tribunal Constitucional ha proclamado como un principio implícito de nuestro ordenamiento constitucional: ‘Ningún particular puede ser discriminado o tratado diferenciadamente por los órganos –judiciales o administrativos– llamados a aplicar las leyes’”.
21. En el caso de autos, el demandante ha sostenido que en sede administrativa ha sido objeto de un injustificado tratamiento diferenciado, ocasionado por la Resolución



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

N.º 170-2012-TC-S1, que desestimó su recurso de apelación, a pesar de que con anterioridad la emplazada resolvió favorablemente la misma controversia expresando un parecer distinto, lo que constituye una vulneración de su derecho a la igualdad.

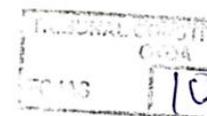
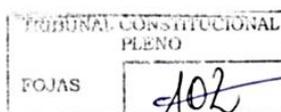
22. En relación con la evaluación de si un tratamiento diferenciado constituye una afectación al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, este Tribunal Constitucional ha establecido que el presunto agraviado debe plantear un *término de comparación* válido, a partir del cual se pueda contrastar la diferenciación y su arbitrariedad. En la STC N.º 01211-2006-PA/TC (fundamento 24), este Colegiado ha entendido que ese *término de comparación* es el examen de una o varias decisiones, previas o de la misma fecha, donde ante hechos similares y frente a una norma aplicable, el caso se haya resuelto de una manera contraria a la resolución judicial que se cuestiona. Este criterio, si bien ha sido construido originalmente enfocado en el ámbito jurisdiccional, este Colegiado estima que no existen mayores inconvenientes en extenderlo al ámbito procesal administrativo, puesto que en ambos escenarios, jurisdiccional y administrativo, existe la misma lógica de un orden conformado por reglas jurídicas, un órgano aplicador y un destinatario de la decisión, por lo que este criterio es apropiado y aplicable a la actuación administrativa a efectos de comprobar las afectaciones al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Siendo así, siguiendo la STC N.º 01211-2006-PA/TC, se debe señalar que tanto la decisión cuestionada en su constitucionalidad como el *término de comparación*, integrado por la decisión o decisiones administrativas, deben reunir las condiciones siguientes:

- (a) Debe existir identidad en el órgano decisor que resolvió los casos.
- (b) El órgano decisor debe tener una composición semejante.
- (c) Los supuestos de hecho involucrados deben ser sustancialmente iguales.
- (d) Que se haya producido una disparidad en la respuesta jurídica.
- (e) No debe existir una motivación del cambio de criterio.

23. En el presente caso, para la evaluación de la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, se ha planteado como *término de comparación* la reciente Resolución N.º 97-2012-TC-S1, de fecha 15 de enero de 2012. Para tal efecto, se verifica que ambas han sido emitidas por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE; que la Sala en mención estuvo conformada por los mismos integrantes (Basulto Liewald, Seminario Zavala y Isasi Berrospi), que opinaron acerca del mismo supuesto de hecho, o sea, de la acreditación de los requisitos mínimos para el personal profesional de ingeniería, y que en ambas se expusieron pareceres jurídicos distintos; por lo que es un parámetro válido para evaluar la afectación al derecho a la igualdad. En consecuencia, corresponde a continuación examinar si la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 ha ofrecido una justificación objetiva y razonable para realizar un trato desigual.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

24. De ambas resoluciones administrativas se aprecia lo siguiente:

El 15 de enero de 2012, la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE dicta la Resolución N.º 97-2012-TC-S1, recaída en el Expediente N.º 1648.2011.TC (fojas 42 y ss.), que resolvió *estimando* el recurso de apelación interpuesto por Consorcio Colonial contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en el proceso de Licitación Pública N.º 005-2011-GG-PJ, convocada por el Poder Judicial para la ejecución de la obra “Mejoramiento de los servicios de administración de justicia en la nueva sede de la Corte Superior de Justicia del Callao”.

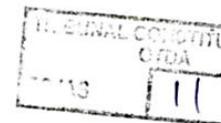
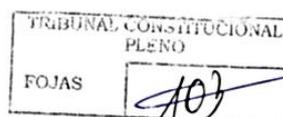
En tal oportunidad, respecto de la descalificación por motivos de no acreditar con la “copia del Título Profesional” el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos de ingeniero sanitario, la Sala administrativa indicó que, habiéndose presentado el Diploma de Bachiller en Ingeniería Sanitaria del profesional en cuestión y el Diploma de Colegiatura del Colegio de Ingenieros del Perú, “13. [...] queda claro entonces que encontrándose el Ingeniero Anastasio Moscoso Soto inscrito en el Registro del Colegio de Ingenieros, aquél cuenta con el título profesional correspondiente, por lo que su no presentación, a criterio de este colegiado, no impide tener certeza acerca del grado académico que ostenta dicho profesional, y, por ende, del cumplimiento y acreditación del requerimiento técnico mínimo exigido, referido a que se trata de un profesional colegiado con el título profesional de Ingeniero Sanitario” (sic, subrayado agregado).

Y agrega que “25. En ese orden de ideas, y dentro de lo expuesto anteriormente, este Colegiado considera que, de una evaluación integral de la propuesta presentada por El Impugnante, se puede evidenciar el cumplimiento de los requerimientos mínimos establecidos en las Bases para el Especialista de Instalaciones Sanitarias. Así, si bien aquél no presentó una copia del correspondiente título profesional del Ingeniero Sanitario, sí adjuntó el diploma otorgado por el Colegio de Ingenieros de Perú a este, generando su presentación certeza acerca del grado académico que ostenta dicho profesional, y por ende, del cumplimiento del requerimiento técnico mínimo exigido, debiendo este extremo de la solicitud presentada por El Impugnante ser amparada en aplicación de los principios de razonabilidad, eficiencia y libre concurrencia, en la medida que El Impugnante presentó una propuesta que cumple con la finalidad para lo cual el proceso de selección ha sido convocado” (sic, subrayado agregado).

El 15 de febrero de 2012, la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE expide la Resolución N.º 170-2012-TC-S1, recaída en el Expediente N.º



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

1819.2011.TC (fojas 14 y ss.), que resolvió *desestimando* el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en el proceso de Licitación Pública N.º 001-2011-MPR sobre ejecución de la obra “Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena – Loreto”.

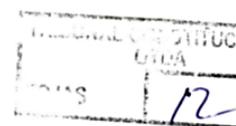
En cuanto a la observación de no acreditar con la “copia del Título Profesional” el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos de ingeniero civil (Gerente de Obras), la misma Sala Primera señaló que “si bien es cierto el Impugnante presentó el Diploma de incorporación de dicho profesional en el Colegio de Ingenieros Del Perú y el Certificado de Habilidad emitido por el Colegio de Ingenieros del Perú, no es menos cierto que las Bases integradas ya habían establecido las reglas que debían regir en el proceso de selección del cual se derivaron los hechos denunciados, en el cual se indicaba de manera expresa la presentación del título profesional propuesto para Gerente de Obra [...] En consecuencia, como quiera que el Impugnante no ha logrado revertir la descalificación de su propuesta técnica, se concluye que carece de legitimidad para impugnar la propuesta del postor ganador de la buena pro, por lo cual, en virtud del análisis efectuado y atendiendo a lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 119º del Reglamento, corresponde declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el impugnante” (sic, subrayado agregado).

25. En síntesis, se observa lo siguiente. En una primera oportunidad, la Resolución N.º 97-2012-TC-S1 (15 de enero de 2012) establece que, sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos mínimos para el profesional en ingeniería, la presentación del “Título Profesional” es un documento prescindible, si es que se han adjuntado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. Conforme expresa la misma Resolución N.º 97-2012-TC-S1 (considerando 10 y 11), existe la suposición de que si el profesional tiene registro en el citado Colegio, se entiende entonces que necesariamente posee el título profesional, dado que según la Ley N.º 24648, Ley del Colegio de Ingenieros del Perú, la colegiatura es “obligatoria” y, según el Estatuto del mismo Colegio, para la incorporación como miembro ordinario es necesario tener título de ingeniero expedido, revalidado o reconocido.

Luego, en la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 (15 de febrero de 2012), la misma Sala considera contrariamente que sí es indispensable adjuntar la “copia del Título Profesional”, aun cuando se haya cumplido con presentar los diplomas de Colegiatura y Habilidad. Cabe precisar que en ambas resoluciones administrativas se analiza la pertinencia de la presentación del referido documento a partir de sus propias bases, siendo que en ambas se exigía de igual modo, como uno de los medios para acreditar el grado profesional, la referida “copia del Título Profesional”.



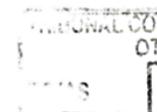
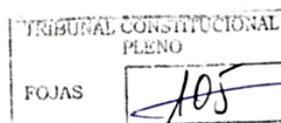
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

26. En consecuencia, este Colegiado concluye que en la Resolución N.º 170-2012-TC-S1 existió un tratamiento diferenciado injustificado. Se ha constatado que en ambas se analizó el mismo supuesto de hecho sobre la documentación idónea para acreditar el grado profesional del personal especializado y, en ambas, se adjudicó soluciones jurídicas distintas y contrarias entre sí. La Resolución N.º 170-2012-TC-S1 no expresó en su debida oportunidad las razones por las cuales no continuó el criterio preestablecido acerca de prescindir del título profesional cuando se hayan presentado los diplomas de Colegiatura y Habilidad expedidos por el Colegio de Ingenieros del Perú. En ese sentido, en este extremo debe estimarse la demanda, por haberse acreditado la vulneración al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

Efectos de la presente sentencia

27. En vista de que está probada la afectación al derecho a la igualdad en su faceta de igualdad en la aplicación de la ley, consagrado en el artículo 2º, inciso 2), de la Constitución, correspondería, conforme a la naturaleza restitutoria del proceso de amparo, reponer las cosas al estado anterior a la violación denunciada, anulando los actos posteriores y ordenando a la emplazada que emita un nuevo acto administrativo, acatando los fundamentos expuestos en esta sentencia; sin embargo, este Tribunal Constitucional advierte que, en el estado actual de los hechos, en la presente causa ha devenido la sustracción de la materia.
28. Según la Resolución N.º 861-2012-TC-S2, de fecha 13 de setiembre de 2012, expedida por la Segunda Sala del Tribunal del OSCE (fojas 1227), dictada en este proceso de amparo en virtud de la solicitud de actuación inmediata de sentencia de primera instancia, se observa que con fecha 14 de marzo de 2012, la Municipalidad Provincial de Requena ha suscrito con Consorcio Nor Amazónico el Contrato N.º 068-2012-MPR sobre ejecución de la obra "Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena - Loreto", materia de convocatoria en la Licitación Pública N.º 001-2011-MPR; de lo cual se desprende que, al momento de dictarse esta sentencia, han transcurrido aproximadamente nueve meses de iniciada la ejecución de la obra, por lo que no es posible que se retrotraigan los hechos al momento anterior a la resolución de la apelación administrativa del demandante.
29. Por lo tanto, conforme al segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional, no queda para este Tribunal sino más que declarar la irreparabilidad del derecho, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda y se deje sin efecto la ejecución de la carta fianza otorgada por el demandante en garantía de su recurso administrativo de apelación.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

30. En los Exps. N.ºs 0024-2003-AI/TC y 03741-2004-PA/TC, se establecieron los seis presupuestos básicos que deben observarse en forma alternativa para establecer un precedente vinculante; a saber:

- a. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo aplicando distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con base en una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de tal norma.
- c. Cuando se evidencia la existencia de un vacío o laguna normativa.
- d. Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e. Cuando se evidencia la necesidad de cambiar o revocar de precedente vinculante.
- f. 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.

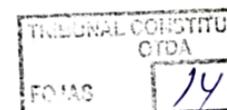
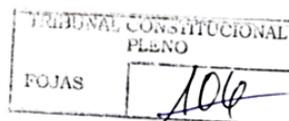
31. Es así que el Tribunal Constitucional en el precitado Exp. N.º 03741-2004-PA/TC fijó un precedente vinculante en relación con el ejercicio de la potestad de realizar control difuso por parte de los tribunales administrativos u órganos colegiados de la Administración Pública; en ese sentido, en el fundamento 50.a se expuso 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.

Vía aclaración se precisó que los tribunales administrativos u órganos colegiados a que se hace referencia en el precedente vinculante son los que imparten justicia



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

administrativa, con carácter nacional y adscritos al Poder Ejecutivo (considerando 4, resolución aclaratoria).

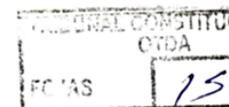
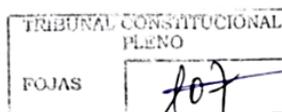
Posteriormente en el Exp. N.º 00014-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional fijó algunas reglas adicionales; sin embargo, en lo que atañe al presente pronunciamiento cabe precisar que conforme a las sentencias precitadas, se extendieron los alcances de la potestad de aplicar control difuso a tribunales administrativos o órganos colegiados de la Administración Pública con competencia nacional, los que quedaron "autorizados" a inaplicar disposiciones infraconstitucionales, cuando adviertan una vulneración manifiesta del texto constitucional.

32. A pesar de haberse fijado las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante en el Exp. N.º 00024-2003-AI/TC, las mismas no fueron respetadas cuando se fijó el precedente contenido en el Exp. N.º 03741-2004-PA/TC en materia de control difuso administrativo, dado que:

- a. Ni en la *praxis* judicial o administrativa existían interpretaciones contradictorias respecto al sentido de los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución, pues el contenido de los mismos es meridianamente claro respecto de a quién le corresponde ejercer la potestad de aplicar el control difuso.
- b. Tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, tanto más cuanto que en la misma sentencia no se hace referencia a una aplicación indebida de una norma perteneciente al mismo.
- c. No existía un vacío legislativo ni en la Constitución ni en el Código Procesal Constitucional o en el Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, D.S. N.º 017-93-JUS, que es el ámbito de acción natural para aplicar el control difuso en un proceso jurisdiccional. De otro lado, con la delimitación hecha en la Constitución de a quién le corresponde el ejercicio de tal potestad, es comprensible que ni la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N.º 27444, ni otras disposiciones administrativas hayan legislado sobre el particular.
- d. No se advierte en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas de los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución que socaven la primacía de la Constitución en nuestro ordenamiento jurídico.
- e. Por último, el precedente sentado en el fundamento 50 del Exp. N.º 03741-2004-PA/TC no se estableció para cambiar algún precedente vinculante preexistente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

Con lo expuesto hasta este momento, queda evidenciado que existen razones objetivas y coherentes para dejar sin efecto el precedente precitado, dado que se fijó sin respetar las reglas establecidas por el propio Tribunal Constitucional para tal efecto; sin embargo, resulta pertinente analizar también las razones materiales que llevan a la misma conclusión.

33. En ese sentido, el precedente en referencia tiene cuando menos tres objeciones importantes, a saber:

a. En primer término, cuando la Constitución regula esta atribución, no solo establece la residencia en el Poder Judicial –dado que está considerada en el Capítulo pertinente a dicho poder del Estado–, sino que en la redacción del mismo se expone, luego de afirmar que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y la ejerce el Poder Judicial, la forma en que deban proceder los jueces y no cualquier otro funcionario público. De modo que los alcances de esta disposición en el mejor de los casos pueden ser extensivos a todos los que desempeñen una función jurisdiccional, por mandato de la Constitución, pero en modo alguno puede considerarse dentro de tales alcances a los tribunales administrativos.

Por ello, en el Exp. N.º 00007-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional expuso que:

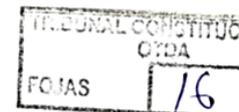
3. En lo que respecta al primer extremo, el Tribunal estima que la municipalidad emplazada ha incurrido en un evidente exceso, pues la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138º de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos 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 (énfasis agregado).

Asimismo, en el Exp. N.º 01680-2005-PA/TC, al desarrollar la institución del control difuso, el propio Tribunal Constitucional expuso:

2. Este Tribunal tiene dicho que el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso).

(...)

5. A) *Por un lado, el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.*

6. B) *En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.*

(...)

7. C) *En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio" (énfasis agregado).*

En ese sentido, queda claro que los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que no les corresponde ejercer tan importante atribución.

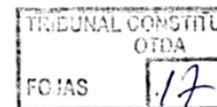
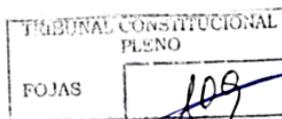
- b. De otro lado, desarrollando el contenido de la Constitución, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, ha establecido un mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso en la resolución de los procesos sometidos a su conocimiento; en tal sentido, el artículo 14º del TUO de la LOPJ establece:

Artículo 14.- De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

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

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

Por cierto, la referencia a la Constitución de 1979 debe ser entendida como hecha al artículo 138º de la Constitución vigente, pero el hecho concreto es que independientemente de si la sentencia expedida es cuestionada o no, éstas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, para el control del ejercicio de esta actividad, lo que en el caso de los tribunales administrativos no ocurre, dado que en caso de no ser impugnadas las resoluciones expedidas por los tribunales administrativos en los que se haya aplicado el control difuso, las mismas adquirirían la calidad de cosa decidida, independientemente de si el ejercicio de tal potestad es conforme o no a la Constitución.

- c. Además, permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control de difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder Judicial y/o el Tribunal Constitucional, según corresponda, conforme a los artículos 138º y 201º de la Constitución, respectivamente.

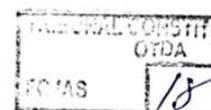
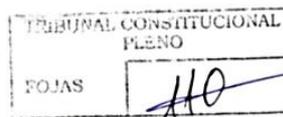
En ese sentido, incluso afecta al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa.

Conviene resaltar también que el artículo 118.8º de la Constitución establece que al Presidente de la República le corresponde *“ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones”*. De modo que no solo se permitiría que el Poder Ejecutivo ejerza una potestad reglamentaria, sino que también realice la labor de controlar la constitucionalidad de una ley, cuando conforme a la Constitución, no le corresponde cuestionarla, sino únicamente acatarla.

- 34. Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que tal precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

extender su ejercicio a quienes no están incurso en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado.

35. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo.

No obstante ello, los alcances de este pronunciamiento no enervan las obligaciones derivadas de los artículos 38º, 44º y 51º de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración Pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto.

36. De hecho, no se trata de que la Administración Pública pueda actuar sin ningún límite o únicamente teniendo como tal a la ley, como tradicionalmente ha ocurrido, sino que su actuación debe enmarcarse en el contexto de un Estado de derecho (artículo 3º, Constitución), y está condicionada en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. Aún a riesgo de ser redundantes, debe resaltarse el sometimiento de la Administración Pública a la Constitución; esto es, la obligatoriedad de respetar durante la tramitación de los procedimientos administrativos tanto los derechos fundamentales como las garantías procesales correspondientes (derecho al debido proceso, derecho de defensa, etc.) así como de los principios constitucionales que lo conforman (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.).

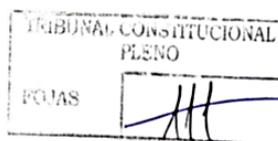
Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho de defensa.
2. De conformidad con el segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional, declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo referido a la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, causada por la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

Resolución N.º 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, expedida por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE.

3. Disponer que el Tribunal de Contrataciones del OSCE no vuelva a incurrir en la acción que motivó la afectación del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y que cumpla con actuar de conformidad con el fundamento 29, *supra*.
4. **DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

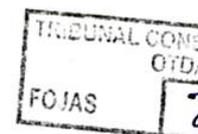
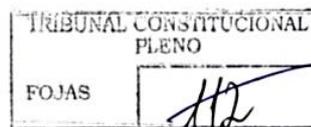
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUÑOZ
SECRETARIO DEL JEFES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Exp. N° 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por los fundamentos siguientes:

Petitorio

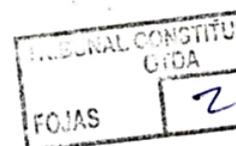
1. Llega a este Tribunal la demanda de amparo interpuesto contra los integrantes de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el Procurador Publico a cargo de sus asuntos judiciales, con el objeto de que se declare la nulidad de la Resolución N° 170-2012-TC-S1, de fecha 15 de febrero de 2012, que declaró infundado el recurso administrativo de apelación que interpuso contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública N° 001-2011-MPR (I Convocatoria); asimismo solicita que se ordene un nuevo pronunciamiento y que la apelación sea resuelta por una nueva sala administrativa del OSCE, puesto que considera que se le está afectando sus derechos a la propiedad, a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines lícitos, a la racionalidad y proporcionalidad, así como al principio de congruencia procesal.

Sostiene que en el proceso de Licitación Pública N° 001-2011-MPR sobre ejecución de la obra "Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena-Loreto" se descalificó su propuesta técnica, interponiendo contra dicha decisión el recurso de apelación. Expresa que la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE incorporó indebidamente un punto controvertido nuevo acerca de los requisitos del "Gerente de Obras" que no había sido materia de impugnación ni tampoco observado por la propia Municipalidad Provincial de Requena al momento de decidir su descalificación. Señala que la Sala administrativa emplazada resolvió dicho punto controvertido aplicando un parecer distinto, a pesar de que era un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al que fue materia de decisión en la Resolución N° 97-2012-TC-S1, del 15 de enero de 2012.

2. Tenemos del escrito de demanda y demás actuados que principalmente el consorcio recurrente denuncia la afectación de su derecho al debido proceso en sede administrativa, específicamente expresa que se le ha afectado el derecho de defensa con la incorporación del análisis de hechos nuevos no planteados en el recurso administrativo de apelación, así como que se le ha afectado el derecho a la igualdad en la aplicación ante la ley, puesto que los emplazados han resuelto en un caso análogo con criterio distinto al suyo.
3. Con respecto a la denuncia de la afectación del derecho de defensa, se advierte que el cuestionamiento se centra en cuestionar que los emplazados hayan analizados



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

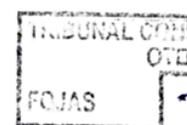
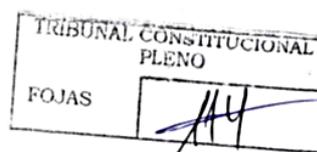


hechos nuevos que no fueron planteados en el recurso administrativo de apelación. Al respecto tenemos que el consorcio recurrente interpuso recurso de apelación contra la decisión de descalificar la propuesta técnica en la Licitación N° 001-2001-MPR, considerando que la respuesta otorgada por los emplazados no estaba acorde con lo pedido en el recurso de apelación, puesto que éstos analizaron hechos nuevos que no fueron materia del recurso administrativo de apelación. Este Colegiado ha expresado en más de una oportunidad que el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3° de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

4. En el caso de autos se advierte que la sala emplazada dio respuestas a los cuestionamientos planteados por el consorcio recurrente en su recurso de apelación en la sede administrativa, observándose que además de responder lo planteado en el recurso también se pronunció sobre la "no acreditación del Gerente de Obras", considerando que además de que sus cuestionamientos eran infundados, tampoco había cumplido con otro requisito necesario. En este sentido si bien lo analizado de manera adicional por la sala administrativa emplazada no fue parte del recurso de apelación, también puede advertirse que dicho pronunciamiento adicional de los emplazados no comporta un agravamiento a los derechos del consorcio demandante, puesto que su recurso se desestimó explicándose las razones que respondían cada uno de los cuestionamientos planteados en el recurso de apelación, considerando por ello que el exceso de la sala emplazada en analizar un punto adicional no planteado en el recurso de apelación no constituye una afectación o agravamiento a los derechos del consorcio recurrente. Por ello al advertirse que la posición de la sala emplazada no agravó al consorcio, puesto que igualmente sus cuestionamientos habían sido respondidos y desestimados.
5. Respecto al segundo punto de cuestionamiento, referido a la afectación al derecho a la igualdad, encuentro que la empresa demandante expresa que sala emplazada en un caso análogo se ha pronunciado de manera contraria a lo resuelto en su caso. Es así que refiere que la Sala emplazada al resolver un recurso administrativo de apelación consideró que la no presentación del Título Profesional de Ingenieros no impedía tener certeza del grado académico que ostenta dicho profesional, puesto que ello puede corroborarse fehacientemente del Diploma de Bachiller en Ingeniería Sanitaria del Profesional y del Diploma de Colegiatura del Colegio de Ingenieros del Perú; sin embargo en el caso del recurrente expresa que *"si bien es cierto el Impugnante presentó el Diploma de incorporación de dicho profesional en el Colegio de Ingenieros y el Certificado de Habilidad emitido por el Colegio de Ingenieros del Perú, no es menos cierto que las Bases integradas ya habían establecido las reglas que debían regir en el proceso de selección del cual se derivaron los hechos denunciados, en el cual se indicaba de manera expresa la*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



presentación del título profesional propuesto para Gerente de Obra [...]". En tal sentido se advierte que la Sala emplazada en un caso consideró que la sola presentación del Diploma de la Colegiatura en el Colegio de Ingenieros del Perú acredita el grado académico de dicho profesional pero en el caso del recurrente expresó lo contrario, lo que implicaría un trato diferenciado sin que existan razones objetivas y razonables. Sin embargo pese a advertirse ello también se observa que la obra ya está siendo ejecutada, por lo que en los hechos la situación se ha tornado en irreparable. Siendo así corresponde disponer que el emplazado no vuelva a incurrir en dichos actos, debiéndose dejar sin efecto la carta fianza otorgada por el demandante en garantía de su recurso administrativo de apelación.

6. Asimismo observo que el proyecto analiza la pertinencia y la validez del Precedente Vinculante N° 03741-2004-PA/TC, que determinó como regla jurisprudencial la facultad para que todo órgano colegiado de la administración pública pueda preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnere manifiestamente, en otras palabras, dicho precedente permitió la aplicación, por parte de la administración pública, del control difuso. Al respecto debo expresar que yo ya tuve la oportunidad de pronunciarme respecto a dicha facultad otorgada a la administración pública en la STC N° 00014-2009-PI/TC, de fecha 25 de agosto de 2010, demanda de inconstitucionalidad presentada por la Municipalidad de Lima, en la que se analizó la constitucionalidad del artículo 3° de la Ley N.° 28996, modificatoria del artículo 48° de la Ley N.° 27444, la cual permitía la aplicación del control difuso a los órganos administrativos.

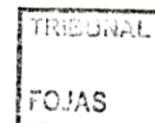
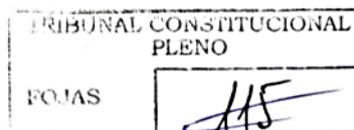
7. En dicho caso analice la viabilidad del precedente citado (STC N° 03741-2004-PA/TC) expresando que:

"Partiendo del principio de Supremacía Constitucional se ha buscado que la Constitución de un Estado mantenga su vigencia efectiva vinculando a todos los entes del Estado con la consigna de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Es así que han nacido dos grandes sistemas de control de la Constitucionalidad, uno denominado Control Difuso y el otro denominado Control Concentrado.

El llamado Sistema Difuso como sistema de la revisión de la Constitución conocido también como Judicial Review remonta sus inicios a lo resuelto por el Juez Marshall en el caso Marbury vs. Madison en el año 1803 en los Estados Unidos de América, y en donde se determinó que todos los jueces y tribunales deben resolver las controversias llegadas a su sede –caso concreto–, de conformidad con la constitución inaplicando la ley inconstitucional, resaltando en lo resuelto que dicha labor corresponde a todos los tribunales y jueces, no limitándose a uno en especial. Asimismo el Sistema Concentrado, abstracto o simplemente europeo, remonta sus



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



orígenes a la obra creadora de Hans Kelsen en 1920, y cuya característica mayor es que deja el control de la constitucionalidad en manos de un solo órgano o tribunal ad hoc.

Estos dos modelos inicialmente se originaron como sistemas puros de control de la constitucionalidad a través del tiempo, pero en su desarrollo se fueron dispersando en los diferentes países, manteniéndose puramente concentrados, o puramente difusos, pero también cierto es que en muchos otros países se fue desarrollando un modelo mixto u fusionado por los dos sistemas puros materia de comentario. Y en América Latina de manera peculiar y a partir de la segunda mitad del siglo XX se fue desarrollando la fusión de ambos sistemas puros, llegando a aplicarse este modelo dual en países tales como Bolivia, México, Brasil, y el Perú entre otros.

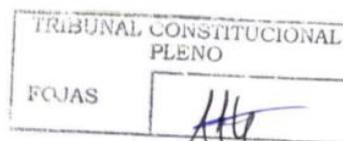
(...)

Este Tribunal en dicho precedente realizó la interpretación referida al artículo 138° de la Constitución Política del Estado que establece y otorga la facultad de aplicar el control difuso. Es así que señaló que la facultad de ejercer el control difuso trascendería a los Tribunales Administrativos, obligando a éstos a realizar un control de compatibilidad no sólo de dispositivos infralegales sino también legales y la Constitución del Estado. Es así que debo realizar una precisión no realizada en el precedente materia de análisis. Respecto a la aplicación del control difuso por los Tribunales Administrativos considero que si bien podrían aplicar este tipo de control sólo podría realizarse contra disposiciones infralegales y no legales, pudiéndose permitirse sólo dicha aplicación cuando se implementen los mecanismos necesarios tendientes a garantizar una correcta aplicación de dicho control, equiparándose las mismas exigencias que se realizan a los jueces del Poder Judicial, puesto que lo contrario significaría que éstos estarían disminuidos en sus facultades quedando en una situación de superioridad –en facultades– los Tribunales Administrativos.

Debe tenerse presente que la Constitución ha otorgado dicha facultad con exclusividad al Juez, quien tiene un rol importante y capital en la estructura orgánica del Estado, habiéndose por ley impuesto a éste un mecanismo de control tendiente a garantizar que dicha facultad no es arbitraria y vulneradora de derechos fundamentales. Dicho mecanismo ha sido desarrollado por la Ley Orgánica del Poder Judicial que en su texto establece en su artículo 14° que "De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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. () (Se refiere al Artículo 138° de la Constitución Política del Perú)*

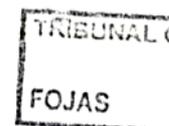
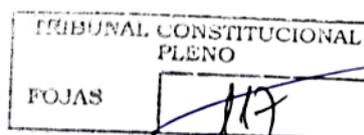
Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. (resaltado nuestro)

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.”

*Por ello es que, llegado ahora el proceso de inconstitucionalidad contra una norma relacionada con la facultad otorgada a los Jueces por la Constitución –control difuso– nos da la oportunidad de analizar el precedente emitido anteriormente en un proceso de amparo. Es así que advierto que las Constituciones desde la formulación realizada por el Barón Charles Louis de Secondat de Montesquieu en su obra denominada “espíritu de las leyes”, estructuran al Estado en tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial. A cada uno de estos poderes le atribuye funciones específicas de manera que puedan asumir un rol determinado en el Estado, debiendo a la vez controlarse entre sí, lo que se denomina *checks and balances* (controles y contrapesos), buscando así controlar y proteger a la sociedad de los excesos que pudieran cometer éstos poderes. En tal sentido el Poder Judicial ha sido concebido como aquel poder encargado de resolver los conflictos suscitados en la realidad, otorgándosele para ello una facultad especial denominada “control difuso”. Por esta facultad se le exige a este poder la evaluación de la aplicación de una ley a la luz de los principios y valores contenidos en la Constitución. Siendo ello así el Constituyente ha considerado necesario hacer este reconocimiento expresamente a dicho poder, por la función espacialísima que realiza. Tal facultad ha sido regulada por el ordenamiento legal, quien ha buscado controlar al Juez para que no haga uso de tal facultad de manera arbitraria –principio de interdicción de la arbitrariedad–. Es en tal sentido que el control difuso ha sido otorgado a un poder del Estado con la finalidad de que cumpla su función a cabalidad, claro está, habiendo implementado mecanismos de control para tal finalidad constitucional.*



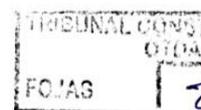
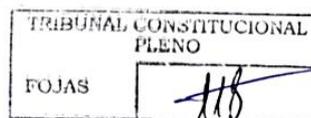
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Por ello estructurado así el Estado no se concibe que otro órgano a quien no se le ha brindado tal facultad –control difuso– goce de tal atribución con mayor amplitud, sin controles. Es en este punto en el que debo manifestar que el precedente vinculante anteriormente emitido y que también suscribí si bien extendió dicha función a órganos administrativos que también tienen como función resolver conflictos suscitados en determinado ámbito, dicha facultad de ninguna manera puede ser con mayor amplitud que la otorgada al Poder Judicial, puesto que ello sí implicaría otorgar mayor poder a los tribunales administrativos, rompiendo el principio de separación de poderes (puesto que no sólo se estaría realizando una extensión de la atribución exclusiva que otorga la Constitución al Poder Judicial –en la persona del Juez– sino que implícitamente se está colocando en una situación de superioridad a los tribunales administrativos ya que tendrían mayor libertad que los jueces para ejercer el control constitucional de las leyes vía aplicación del control difuso). Siendo así considero necesario señalar que para realizar una interpretación constitucional adecuada debe especificarse que la ampliación del control difuso a los Tribunales Administrativos está supeditada a que se implemente un mecanismo de control tendiente a garantizar que dicha facultad (peligrosa y por eso la necesidad de que sea controlada) sirva para la defensa de derechos fundamentales y no para su afectación. Por ello esta oportunidad es propicia para señalar que en dicho precedente existió un vacío que puede generar un peligroso accionar por parte de la administración, pudiendo convertirse dicha facultad otorgada para brindar mayor protección a los derechos fundamentales en actos arbitrarios y autónomos por parte de la administración. Asimismo estoy en desacuerdo con la ponencia presentada cuando afirma que “(...) si bien la inaplicación de un dispositivo a un caso concreto en sede administrativa carece de un mecanismo de consulta a un órgano administrativo jerárquicamente superior, no quiere decir que sus decisiones no puedan cuestionarse. La posibilidad de que el administrado pueda recurrir a la vía judicial correspondiente para impugnar las decisiones de los tribunales administrativos está siempre abierta, de acuerdo con el artículo 138° de la Constitución.”, puesto que de ninguna manera se puede afirmar que la aplicación de control difuso en sede administrativa puede ser revisada vía judicial, lo que supliría al mecanismo de consulta, ya que el cuestionamiento en sede judicial es independiente del mecanismo de consulta, que resulta la única forma de que un órgano jerárquicamente superior pueda controlar si la inaplicación de la norma ha sido a la luz de la Constitución o si constituye un acto arbitrario del ente administrativo. Debe tenerse presente que el Juez, quien es el encargado por la Constitución para impartir



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



justicia, no puede encontrarse más restringido que los Tribunales Administrativos, puesto que afirmar que los tribunales administrativos tienen la facultad de aplicar control difuso sin control, significaría afirmar, primero, que los Jueces no son infalibles y los entes administrativos sí, y, segundo, brindar mayor libertad a los entes administrativos que a los Jueces.

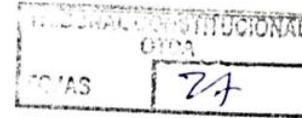
Es por ello que conforme a lo expresado considero que si bien el control difuso señalado en la Constitución Política del Estado para los Jueces puede trascender hacia los Tribunales Administrativos, debe establecerse un procedimiento que permita la consulta o revisión por parte de un órgano jerárquicamente superior de manera que evalúe si la inaplicación ha sido realizada conforme a la Constitución o no, buscando de esa manera compatibilizar dicho articulado constitucional, puesto que con ello si bien se estaría extendiendo tal libertad, ésta estaría garantizado por otros mecanismos de control.

Es así que mientras dicho mecanismo no sea implementado, considero que a los Tribunales Administrativos se les debe imponer también, por ley, el deber de la consulta u otro mecanismo de control adecuado salvo que se trate de normas infralegales para casos en los que la disposición administrativa permite la impugnación a los propios afectados.”

8. Por lo expuesto en dicha causa –acción de inconstitucionalidad– resolví estimar la demanda de inconstitucionalidad propuesta, respecto a la aplicación del control difuso por parte de los Tribunales Administrativos contra las ordenanzas municipales que tienen rango de ley, pues el control difuso es exclusivo para estos casos para los jueces del Poder Judicial, debiéndose confirmar la sentencia en lo demás que contiene. Asimismo debo señalar que el extremo del Precedente Vinculante referido a la aplicación del control difuso contra leyes emitido por este Colegiado no podrá ser aplicado mientras los Tribunales Administrativos no implementen una instancia de control. Siendo así considero que dicho extremo del precedente que suscribí sólo podrá ser aplicado bajo condición de la implementación exigida en el presente voto. Por ende y en congruencia con lo manifestado por mi en el voto singular citado, me reafirmo en ello, considerando que dicho precedente no debe ser aplicado, no tanto por las razones de su emisión sino por las razones de la falta de regulación de su pertinencia, puesto que ello puede conllevar a realizar actos inconstitucionales.
9. En tal sentido como se encuentra actualmente estructurado la aplicación del control difuso para los Tribunales Administrativos considero que la ley emitida es inconstitucional puesto que le brinda a éste Tribunal mayores atribuciones a las establecidas en la Carta Constitucional, por ende considero que el Colegiado en esta



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



oportunidad deje sin efecto dicho precedente pero por las razones ya expresadas en la acción de inconstitucionalidad citada.

En consecuencia mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad referida al derecho de defensa y **FUNDADA** la demanda de amparo en aplicación del artículo 1° del Código Procesal Constitucional a efectos de que la sala emplazada no vuelva a incurrir en los mismos actos. Asimismo **DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante N° 03741-2004-PA/TC, que facultaba a los tribunales administrativos a ejercer el control difuso en sede administrativa.

S.

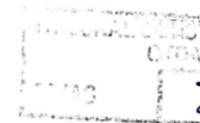
VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MAJANOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA HANI**

Estimo que **NO CABE DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante contenido en la sentencia del Exp. N.º 03741-2004-PA/TC. En cuanto a los otros extremos de la demanda, coincido con lo expuesto en la posición mayoritaria.

Las razones que me respaldan para no dejar sin efecto dicho precedente son las siguientes:

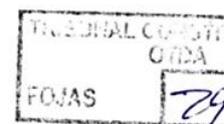
1. La posición en mayoría sostiene que en la sentencia del Exp. N.º 03741-2004-PA/TC no se respetaron las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante, pues: *i)* ni en la praxis judicial o administrativa existían interpretaciones contradictorias de los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución, “pues el contenido de los mismos es meridianamente claro respecto de a quién le corresponde ejercer la potestad de aplicar el control difuso”; *ii)* tampoco sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad; *iii)* no existía ningún vacío normativo ni en la Constitución, ni el Código Procesal Constitucional o la Ley Orgánica del Poder Judicial u otras disposiciones; y *iv)* no se advierte en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas de los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución, que socaven la primacía de ésta en nuestro ordenamiento jurídico.
2. Asimismo, la posición en mayoría sostiene que el precedente vinculante del Exp. N.º 03741-2004-PA/TC contiene tres objeciones importantes: *i)* de la Constitución y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, “queda claro que los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que nos les corresponde ejercer tan importante función”; *ii)* no existe un procedimiento de “consulta” para cuestionar el ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos; y *iii)* “permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional”, pues el poder Ejecutivo no puede cuestionar la ley sino “únicamente acatarla”.

Argumentos principales que contiene el precedente vinculante sobre control difuso administrativo

3. Sobre el particular, cabe mencionar, en primer término, que algunos de los fundamentos principales para el dictado del precedente del Exp. N.º 03741-2004-AI/TC (fundamentos 15 y 16), fueron los siguientes:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

(...) 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 sólo 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).

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.º, 51.º y 201.º de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático.

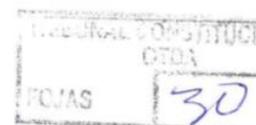
Argumentos a favor de no dejar sin efecto el precedente vinculante sobre control difuso administrativo

- *Argumento 1: el TC ha sostenido que el artículo 138º de la Constitución no puede ser interpretado de modo literal en el sentido que sólo puede ejercerlo el Poder Judicial*
4. Tal como se aprecia en el fundamento 24 de la sentencia sobre control difuso arbitral, como en el fundamento 9 de la sentencia sobre control difuso administrativo, el Tribunal Constitucional ha destacado que el artículo 138º de la Constitución, que reconoce el control difuso a cargo de los jueces, no puede ser objeto de una interpretación literal. Así, refiere también que

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.º 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.º, el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)». [Exp. N.º 03741-2004-AA/TC fundamento 8]



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04293-2012-PA/TC

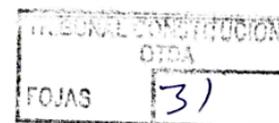
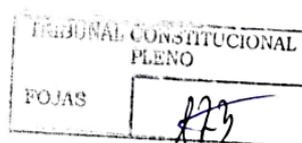
LORETO

CONSORCIO REQUENA

5. Al respecto, debo precisar que conforme a doctrina autorizada, la interpretación literal o declarativa, que atribuye a las disposiciones normativas su significado *propio*, “no puede aceptarse, porque se basa en la idea ingenua y falaz de que las palabras están dotadas, precisamente, de un significado ‘propio’, intrínseco, independiente de los usos” [Guastini, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. UNAM, 1999, pp.25-26]. Es por ello que la interpretación de las disposiciones constitucionales utiliza específicos criterios para identificar el respectivo contenido normativo, tales como los de *unidad de la Constitución* (la Norma Fundamental es un todo por lo que no se permiten interpretaciones aisladas de sus disposiciones), y de *concordancia práctica* (al realizar la actividad interpretativa debe buscarse el equilibrio o armonización entre las disposiciones que se puedan encontrar en controversia), entre otros.
 6. Si el Tribunal Constitucional, en su cotidiana labor, se limitara a interpretar literalmente las normas jurídicas, no se habría podido establecer doctrina jurisprudencial vinculante tan valiosa para la defensa efectiva de los derechos fundamentales, como por ejemplo, la contenida en la sentencia del “recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional” (Exp. N.º 00004-2009-PA/TC), pues hasta antes de dicha sentencia, una interpretación literal de las respectivas normas procesales vigentes no hubiera permitido que el Tribunal Constitucional conozca las resoluciones expedidas en ejecución de una sentencia del propio Tribunal Constitucional. Sin embargo, a efectos de “garantizar y concretizar los fines de los procesos constitucionales, el principio de dignidad de la persona humana, el principio constitucional de la cosa juzgada, el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable y el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales” (fundamento 14), el Tribunal creó jurisprudencialmente un nuevo recurso, nuevas reglas procesales e incluso sus excepciones.
 7. En suma, no es incorrecta, ni arbitraria la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, en la que, a efectos de materializar la fuerza vinculante de la Norma Fundamental, ha establecido precedentes vinculantes para que los tribunales arbitrales o los tribunales administrativos nacionales puedan también ejercer el control difuso.
- *Argumento 2: el control difuso norteamericano fue establecido jurisprudencialmente y no mediante una disposición constitucional expresa*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04293-2012-PA/TC

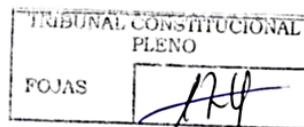
LORETO

CONSORCIO REQUENA

8. Tanto en doctrina como en jurisprudencia comparada se afirma que, en general, la interpretación de los derechos fundamentales debe ser extensiva y que la interpretación de las competencias, atribuciones o poderes del Estado debe ser estricta, expresa o literal. Sin embargo, más allá del cuestionamiento a la denominada “interpretación literal” expuesto en el apartado anterior, existen determinados poderes otorgados al Estado, específicamente a los jueces, que no han sido establecidos de forma expresa en la Constitución, sino más bien, *interpretativamente*, por los propios jueces. Así por ejemplo, el paradigmático control difuso norteamericano.
9. Al respecto, se sostiene que “la revisión judicial ha tenido fundamental importancia en el esquema constitucional estadounidense. Es en ejercicio de este poder, por ejemplo, que la Corte Suprema ha proscrito la segregación en las escuelas, las leyes sobre el aborto, y la oración en horas de clase. Sin embargo, sorprendentemente, el lector no encontrará referencia explícita alguna a la revisión judicial en la Constitución. Fueron los jueces, guiados por el espíritu de aquella, quienes hallaron la revisión judicial en sus disposiciones menos claras. Ese descubrimiento fue explicado en la famosa sentencia de *Marbury v. Madison* de 1803 (...) ¿De dónde obtuvieron los jueces esa autoridad? Marshall sostuvo en primer término que era inherente a la naturaleza de una Constitución escrita. (...) las limitaciones constitucionales explícitas sobre la autoridad del Congreso no tendrían valor alguno si los jueces se vieran obligados a obedecer leyes inconstitucionales: ‘Significaría dar a la legislatura una omnipotencia práctica y real, con el mismo ánimo que aparenta restringir sus poderes dentro de los límites estrechos. Significa establecer límites y declarar que esos límites pueden ser transgredidos sin restricciones’ ”. [Currie, David. *Introducción a la Constitución de Estados Unidos*. Argentina, Zavalia, 1993, pp.27 y 29]
10. Ciertamente la Constitución peruana, a diferencia de la norteamericana, establece, expresamente, el poder de los jueces de aplicar el control difuso. ¿Ello impide que el Tribunal Constitucional, mediante precedentes vinculantes y a efectos de defender la Constitución frente a leyes inconstitucionales, reconozca el control difuso administrativo a cargo de Tribunales cuasi-jurisdiccionales como son los Tribunales Administrativos Nacionales? Estimo que no, que conforme a los ya mencionados criterios de unidad de la Constitución y concordancia práctica, y principalmente a la fuerza vinculante de las disposiciones que reconocen derechos fundamentales, resulta constitucionalmente posible conferir tal poder a dichos Tribunales Administrativos Nacionales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



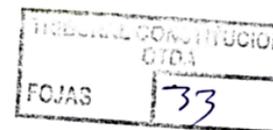
EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

➤ *Argumento 3: una razón institucional. El TC no puede dejar sin efecto un precedente vinculante sin analizar, previamente, cuál ha sido la utilidad o efecto que ha generado en el sistema jurídico, o si existen fórmulas para mejorarlo*

11. El precedente vinculante del Exp. N.º 03741-2004-AA/TC fue publicado el 11 de octubre de 2006. Desde dicha fecha hasta la actualidad han transcurrido más de 7 años en los que la doctrina nacional se ha encontrado dividida en posiciones a favor y en contra de dicho precedente. A modo de ejemplo de una posición a favor, cabe mencionar la siguiente: “no existe pues razón para pensar por qué la pirámide de Kelsen, que establece la primacía de la Constitución sobre otras normas de inferior jerarquía, debe invertirse cuando quien debe decir Derecho es un tribunal administrativo (...). Ello, además desvirtuaría por completo el control que la Administración debe hacer sobre sus propios actos precisamente para preservar la legalidad de los mismos”, y además que “el sentido del control difuso fue justamente preservar los derechos fundamentales de los excesos del principio democrático, más allá de a quien se le encargaba esa labor. El que haya sido realizado originalmente por el Poder Judicial es, antes que una razón de lógica, un dato histórico, pertinente para una circunstancia dada y para un tipo de Estado muy simple” [BULLARD, Alfredo. “Verdades y Falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. En: *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos*, Palestra del Tribunal Constitucional, Lima, 2007, pp. 43 y 51]
12. Asimismo, ya en el ámbito aplicativo administrativo, conviene mencionar, a modo de referencia, que Tribunales Administrativos como el Tribunal Fiscal, el Tribunal del Servicio Civil, los Tribunales de Indecopi, entre otros, fundamentan determinadas decisiones –aunque no necesariamente estimatorias y algunas veces con mejor argumentación que los órganos judiciales– utilizando como premisa normativa el precedente vinculante del control difuso administrativo del Exp. N.º 03741-2004. En estas decisiones, además, se aprecia un reiterado y cada vez mayor pedido de ciudadanos para que se aplique el control difuso alegando afectaciones a sus derechos fundamentales. Sin embargo, nada de esto ha sido analizado en la decisión en mayoría que considera que debe dejarse sin efecto al aludido precedente vinculante.
13. En suma, las mencionadas referencias a la doctrina y jurisprudencia administrativa que se ha generado como consecuencia del precedente vinculante del control difuso administrativo, nos dan cuenta, aunque en un corto examen, que en los Tribunales Administrativos Nacionales y en los ciudadanos se va interiorizando



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

progresivamente una mayor optimización de la fuerza vinculante de los derechos fundamentales ante una actuación estatal inconstitucional. Por ello, desde un punto de vista institucional, estimo que el Tribunal Constitucional no podría alegar que después de 7 años de dictado el precedente vinculante que establece el control difuso administrativo, “no se respetaron las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante”. Después de 7 años corresponde analizar cómo se ha venido aplicando dicho precedente, si viene cumpliendo los objetivos para los que fue establecido o si requiere alguna reforma para optimizarlo.

- *Argumento 4: los fundamentos utilizados para establecer el «control difuso administrativo» son los mismos que se utilizaron para establecer el «control difuso arbitral». Es más, éste se basó en aquél*

14. Tanto en el precedente sobre control difuso *administrativo*, como en aquel otro que dictó el propio Pleno del Tribunal Constitucional en el Exp. N.º 00142-2011-PA/TC, sobre control difuso *arbitral* (Caso María Julia), los fundamentos que les sirvieron de base son los mismos:

Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138º de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138º no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional: “*por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º (...), más aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla*” (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 9).

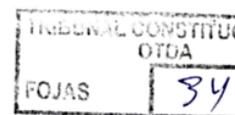
15. En suma, si el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes razones para establecer *extensivamente* el control difuso *arbitral*, entonces no existe justificación para que se deje sin efecto el control difuso *administrativo*, que precisamente, contiene las mismas razones e incluso fue el fundamento de aquel.

- *Argumento 5: no todos son desacuerdos. El problema de la inexistencia de un procedimiento de consulta que revise el control difuso administrativo*

16. Tanto en la decisión en mayoría, como en el respectivo fundamento de voto, mis colegas ha identificado satisfactoriamente un problema en el diseño del control difuso administrativo, el mismo que alude a la inexistencia de un procedimiento de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

“consulta” para cuestionar el ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos. Tienen toda la razón. Si incluso los jueces del Poder Judicial, cuando aplican el control difuso, deben elevar en consulta el caso a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, por qué no sucede lo mismo en el control difuso administrativo, cuando por ejemplo las partes no han impugnado judicialmente la respectiva decisión administrativa. Es indispensable que la decisión administrativa de aplicar dicho precedente debe ser controlada judicialmente.

17. En lo que difiero respetuosamente de mis colegas, es en la solución a dicho problema. Estimo que la mejor solución no sería eliminar el precedente vinculante sobre control difuso administrativo, sino por el contrario, mejorarlo, adicionando por ejemplo una nueva regla que incorpore el procedimiento de consulta u otro similar ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cada vez que un Tribunal Administrativo Nacional aplique el control difuso sobre una ley, siempre y cuando dicha decisión no sea impugnada judicialmente por las partes.

Por los argumentos expuestos, estimo que **NO CABE DEJAR SIN EFECTO** el precedente vinculante contenido en la sentencia del Exp. N.º 03741-2004-PA/TC, y en cuanto a los otros extremos de la demanda, coincido con lo expuesto en la posición mayoritaria que declara **INFUNDADA** la demanda en cuanto a la afectación del derecho de defensa, **FUNDADA** en cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley; y establece que el Tribunal de Contrataciones del OSCE no vuelva a incurrir en la acción que motivó la aludida afectación.

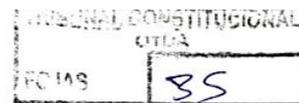
S.
URVIOLA HANI

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUNOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 04293-2012-PA/TC
LORETO
CONSORCIO REQUENA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVAREZ MIRANDA

Conforme a lo señalado por este Colegiado en la STC N.º 00014-2009-PI/TC, cuando la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi “inaplica” una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad (Cfr. Fundamento N.º 25). En tal sentido, el cambio de precedente no enerva en modo alguno las competencias de dicha entidad sobre eliminación de este tipo de barreras.

S.

ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

.....
OSCAR DIAZ MUÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL