

*Control difuso administrativo y
las dificultades interpretativas del
Tribunal Constitucional*

*Administrative Diffuse Control and
the Interpretative Difficulties of the
Constitutional Court*

Jorge Antonio Lay Lozano* <https://orcid.org/0000-0002-6709-2881>
Felipa Elvira Muñoz Ccuro* <https://orcid.org/0000-0001-9572-1641>

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v17i24.1814>

- * Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, magíster en Derecho con mención en Aduanas y doctor en Derecho por la Universidad Alas Peruanas. Docente en la Universidad de San Martín de Porres (pregrado) y Universidad Alas Peruanas. Docente universitario de posgrado de la Universidad Federico Villarreal y Universidad Alas Peruanas. Perú.
Correo electrónico: j_lay@doc.uap.edu.pe
- ** Abogada por la Universidad de San Martín de Porres, maestra en Derecho Empresarial y doctora en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Profesora de pregrado y posgrado de la USMP y UAP. Directora de investigación de la Universidad Alas Peruanas. Perú.
Correo electrónico: f_munoz@uap.edu.pe

Lex





Paisaje inmemorial III, 2004. Acrílico sobre tela, 140 x 120 cm.
Destacado artista plástico nikkei, Oswaldo Higuchi (Perú, 1948)

RESUMEN

La actual investigación, titulada “Control difuso administrativo y las dificultades interpretativas del Tribunal Constitucional”, tiene como objetivo analizar si el control difuso administrativo es o no una atribución constitucional que pueden ejercer los órganos administrativos colegiados con competencia nacional. Es una investigación descriptiva documental, basada en aspectos conceptuales y recogidas en algunas resoluciones administrativas en el ejercicio del control difuso. Durante su desarrollo se esbozarán las precisiones vinculadas a los distintos enfoques que se adopta en mérito a la doctrina jurisprudencial sobre la eficacia del ejercicio del control difuso por parte de los órganos administrativos con competencia nacional. A tal fin se recorrerá por los conceptos básicos de la competencia administrativa, el procedimiento administrativo, el proceso contencioso administrativo y sobre la existencia o inexistencia de una justicia administrativa. Asimismo, se abordará el control de constitucionalidad y legalidad y sus efectos en el tiempo en que estuvo vigente dicha atribución (control difuso) por parte de los órganos administrativos con competencia nacional, y finalmente se desarrollará un análisis crítico sobre el cambio de posición que ha adoptado el Tribunal Constitucional respecto a estos aspectos en su condición de máximo intérprete de la Constitución.

Palabras clave: *procedimiento administrativo, control de constitucionalidad, control difuso administrativo, dificultades interpretativas del Tribunal Constitucional.*

ABSTRACT

The present investigation titled “Administrative Diffuse Control and the Interpretative Difficulties of the Constitutional Court”, is aimed to analyze if the administrative diffuse control is or not a constitutional attribution that can be exercised by the collegiate administrative bodies with national competency. It is a descriptive and documentary investigation based on conceptual aspects and considered in some administrative rulings in the exercise of the diffuse control. Along this paper some precisions related to the different approaches adopted by merit of the judiciary doctrine regarding the efficiency of the exercise of the diffuse control by the administrative bodies with national competency will be outlined. With such purpose, the author addresses the basic concepts of administrative competency, administrative procedure, administrative litigation process and regarding the existence or not of an administrative justice. Also, the author addresses the constitutional and legality controls and its effects while such attribution was in force (diffuse control) by the administrative bodies with national competency, and to finish, will develop a critical analysis about the change of position adopted by the Constitutional Court – the maximum interpreter of the Constitution - with respect to these aspects.

Key words: *administrative procedure, control of constitutionality, administrative diffuse control, interpretative difficulties of the Constitutional Court.*

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que el ordenamiento jurídico peruano ha sido claramente influenciado por la corriente del neoconstitucionalismo y el posmodernismo constitucional, ya que estos erigen a la Constitución como norma suprema y vinculante, nacida para limitar el poder y ordenar la vida en sociedad, mediante principios y normas intrínsecas a la naturaleza humana, las mismas que el estado debe promover y proteger. En esta línea argumentativa se intentara explicar el reconocimiento y la existencia de una jurisdicción administrativa, y la capacidad de los órganos administrativos con competencia nacional (órganos colegiados) para ejercer el control de constitucionalidad, y lo más importante desde el punto de vista teórico práctico, si el ejercicio del control difuso, actualmente facultad denegada a los órganos administrativos con competencia nacional han contribuido durante su corta vigencia a asegurar que las decisiones emitidas por estos colegiados han sido elaborados con arreglo a la Constitución, y lo que es más trascendental, en defensa de los derechos de los administrados; por lo mismo, en el debate resulta imprescindible verificar, a través de algunos datos, si durante su vigor este ejercicio ha aportado en protección y si podrían seguir aportando a un análisis constitucional, a fin de preferir la norma suprema y sus principios, sobre cualquier otra norma con rango de ley según lo establece el numeral 4 del artículo 200 de la Constitución Política del Estado (acción de inconstitucionalidad).

Por otro lado, es importante indicar que durante la etapa del posmodernismo constitucional, las normas sustantivas como las procesales merecen igual protección y deben interpretarse de acuerdo al contenido constitucionalmente protegido, no solo por respeto al nivel de la normas en relación a la norma suprema, sino porque en ella se aseguran los derechos fundamentales que todo órgano jurisdiccional debe respetar a fin de no crear distorsión en los derechos fundamentales de las personas y su pleno respeto, a través de una interpretación a la luz de la Constitución y en los principios constitucionales. De ahí que resulta indispensable fijar las competencias para determinar si solo los órganos jurisdiccionales, tanto de la justicia ordinaria o constitucional, tienen una atribución legítima en el verdadero núcleo constitucional para ejercer el control difuso de la normas. Es decir, una atribución exclusiva y que a la

vez excluye a cualquier otra jurisdicción que tenga dicha atribución, por lo que en atención a estos fundamentos, resulta necesario analizar si durante la vigencia de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Exp N° 03741-2004-AA/TC-LIMA precedente vinculante durante su vigencia, ha contribuido a fortalecer el control de constitucionalidad y el control de legalidad de los actos de la Administración pública, para, a partir de dichos resultados, sustentar su restitución constitucional, y, por otro lado, verificar su eficiencia en relación a escindir los plazos para definir derechos, en tanto medio simplificador en atención a los principios de inmediación, concentración y economía procesal, que a su vez son un pedido adyacente por los justiciables en un marco de descontrol de los plazos para obtener un resultado final de un proceso, obteniendo con ello la reducción de costos hundidos en el marco de cada uno de los procesos administrativos previsto en la norma para caso en concreto, aunado ello a la falta de predictibilidad de las resoluciones administrativas y/o judiciales.

II. LA JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

En realidad, siempre ha sido materia de debate académico determinar si existe una jurisdicción administrativa, ya que un elemento fundamental de la jurisdicción está ligada al poder más adecuadamente como una función derivativa de soberanía del Estado para imponerse a través de su poder coactivo y en relación directa con el modelo de Estado moderno.

Si durante el tránsito del poder se reconoce plenamente el ámbito jurisdiccional del Estado, este tendría formalmente que valorarse solo en el ámbito judicial, donde se concentraría el poder del Estado para administrar justicia, y en un ámbito no superior, pero si funcionalmente especializado en la justicia constitucional, a través de sus entidades materiales: Poder Judicial y el Tribunal Constitucional (control dual). Es por ello que resulta importante fijar un análisis, a fin de verificar si son estas dos únicas jurisdicciones (la atribuida al Poder Judicial y el Tribunal Constitucional), las únicas que pueden ser reconocidas en la esfera de los efectos derivativos de soberanía estatal.

En efecto, en el análisis consignado en el párrafo precedente resulta incuestionable que en nuestro ámbito de poder no solo existen estas “únicas jurisdicciones”, sino otras que quizá no tengan el mismo nivel ni su misma relevancia, pero que gozan de su propio poder y atribuciones para decidir sobre derechos y deberes puestos en conflicto dentro de un debate procesal en el interior de cada proceso. Prueba de ello es la existencia de otros tipo de jurisdicciones, como la justicia militar, la supranacional (véase Tribunal Internacional de Justicia, Tribunal Penal Internacional o la propia Corte Interamericana de derechos Humanos).

Por lo tanto, creemos en la existencia de la justicia administrativa no solo como una idea teórica o dogmática, sino como una realidad empírica que sustenta su real existencia, ya que sus decisiones tienden a modificar las relaciones jurídicas, y los actos administrativos en muchas ocasiones modifican la realidad a través de una su plena eficacia jurídica. Y en el debate se

ha discutido más el nivel de la vía administrativa, que sobre los derechos de los administrados, los mismos que tienen el derecho a exigir que una controversia en el ámbito administrativo al igual que en la vía judicial, sea con arreglo a la Constitución y a los principios constitucionales.

Algunos autores abonan en este sentido:

La justicia administrativa es un concepto sustantivo y procesal, el cual establece que la actividad de la Administración pública debe orientarse a la realización o satisfacción de intereses públicos concretos, con el pleno respeto a los derechos e intereses públicos. Ahora bien, esta busca la solución de las controversias que surjan entre aquella y los administrados (particulares), entre dos entes públicos, o entre el Estado y un ente público menor.¹

De esta manera, la justicia administrativa se compone de un conjunto amplio de instrumentos jurídicos para la defensa de los administrados, dentro de los que se incluyen la existencia de una jurisdicción especializada y ejercida por los tribunales en sede administrativa y por los entes y órganos de la Administración pública. La justicia administrativa tuvo sus orígenes en la Revolución Francesa, ya que pretendía instituir una forma de gobierno que pusiera a la ley por encima del hombre (poder soberano), idea concentrada en los escritos de Rousseau.²

En términos históricos, el control de la actividad de la Administración había sido inexistente, pues este era un instrumento personal del poder del monarca. La revolución de 1789 cambia radicalmente el paradigma absolutista, en donde esta organización —denominada la Administración— daría el paso hacia la regulación o la limitación legal: tanto su organización como su actividad se ajustarían y limitarían a las disposiciones de las leyes.³

Posteriormente, ya en el siglo XIX, se lograría —en palabras de García de Enterría— la transición de una justicia retenida a una justicia delegada. Se recurrió a la solución de elevar el consejo de Estado, un órgano administrativo, al rango de órgano jurisdiccional. Este órgano vendría a tener los poderes y la autoridad necesaria para resolver los asuntos que fueran sometidos a su conocimiento. Se produce, pues, una independencia de la justicia administrativa de la justicia judicial.⁴

Diferentes soluciones y modelos se han estructurado para la resolución de controversias entre particulares y la Administración. De acuerdo al autor,⁵ se expondrán algunos tipos:

¹ Enrique Franco, *Derecho administrativo y derecho procesal administrativo* (Guayaquil: Edilex S.A. Editores, 2007), 232.

² Eduardo García de Enterría, “La justicia administrativa en el cambio de siglo”, *Revista de Estudios de Derecho Público: Justicia Administrativa en México e Iberoamérica* (2002): 73.

³ *Ibidem*, 82.

⁴ *Ibidem*, 85.

⁵ Enrique Rojas Franco, *Derecho administrativo de Costa Rica* (México D.F.: Editorial Porrúa, 2006), 101.

- Sistema de jurisdicción única o judicialista: está inspirado en la concepción anglosajona del control público. Este modelo establece que los jueces que resuelven conflictos entre particulares son competentes para resolver las diferencias suscitadas con la Administración pública. Por ende, no existe una diferenciación entre el derecho aplicable ni entre los órganos que lo aplican. Este esquema es empleado en el sistema de *common law*. Por ejemplo, en Inglaterra, Estados Unidos y Australia.
- Contencioso administrativo o doble jurisdicción: en este modelo, se crean órganos jurisdiccionales especializados que pertenecen a la propia Administración y que decidirán las controversias administrativas.
- Sistema de “justicia repartida”: esta fórmula reparte la competencia jurisdiccional administrativa entre jueces comunes y los administrativos. Rigió en Italia desde 1889 hasta 1965, cuando comenzó a imperar el sistema de la jurisdicción única. En México D.F. se sigue este sistema.
- En Latinoamérica ha predominado —en su mayoría— la aplicación del modelo de los tribunales especializados y la doble jurisdicción, con algunas particularidades. Resulta inédito el caso de Colombia, en donde se aplica el modelo francés del Consejo de Estado.
- El constitucionalista mexicano Fix Zamudio define a la justicia administrativa como aquel conjunto de instrumentos jurídicos para la tutela de los derechos subjetivos de los administrados. Los tribunales administrativos y las leyes de procedimientos administrativos se han convertido en mecanismos efectivos, así como en una fuente fundamental de la justicia administrativa. En este sentido, las últimas décadas han evidenciado un crecimiento importante de las leyes de procedimiento administrativo en el continente.⁶

III. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

3.1 Breve aspecto conceptual del procedimiento administrativo

Se puede definir al procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación de impugnación de la voluntad administrativa. Para el autor Acosta Romero, el procedimiento administrativo significa, una serie de actos en que se desenvuelve la actividad o función administrativa.⁷

⁶ Allan Brewer-Carías, “Principios generales del procedimiento administrativo: hacia un estándar continental”, en *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina* (México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung, 2009), 65.

⁷ Miguel Acosta Romero, *Teoría general del derecho administrativo* (México: Porrúa, 1988), 623.

El procedimiento administrativo es la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación administrativas.⁸

De esta forma⁹ define el procedimiento administrativo:

[...] conjunto de actos preparatorios concatenados según un orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir.

Por eso, referirse a un concepto de los principios dentro del procedimiento administrativo cuando dice que “los principios jurídicos fundamentales del procedimiento administrativo son pautas directrices que definen su esencia y justifican su existencia, permitiendo explicar, más allá de las regulaciones procesales dogmáticas, el porqué y el para qué del mismo”.¹⁰

Son especies de ideas pétreas inmodificables por la regulación formal, que explicitan el contenido del procedimiento.

El Artículo 29 de la Ley N° 27444 “Ley del Procedimientos Administrativo General” define el procedimiento administrativo como un conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

El Artículo 30° de la Ley N° 27444 sobre la Calificación de los Procedimientos Administrativos establece que los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican conforme a las disposiciones del presente capítulo, en: procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad, y este último a su vez sujeto, en caso de falta de pronunciamiento oportuno, a silencio positivo o silencio negativo. Cada entidad señala estos procedimientos en su Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), siguiendo los criterios establecidos en el presente ordenamiento.

Los procesos administrativos están regulados por una serie de principios y normas que regulan su actividad y a su vez fijan sus límites de la actuación estatal frente a los derechos de los administrados; es por ello que su actuación es relevante para darle legitimidad a cada

⁸ Néstor Sagüés, *El procedimiento administrativo. Perspectivas constitucionales en procedimiento y justicia administrativa en América Latina* (México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung, 2009), 98.

⁹ Eduardo Ortiz Ortiz, “Nulidades del acto administrativo en la ley general de administración pública”, *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo* (1981): 122.

¹⁰ Roberto Dromi, *El procedimiento administrativo* (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995), 96.

actividad estatal, la que puede repeler esta afectación a partir de remedios al procedimiento como las nulidades o a través de acciones constitucionales como el amparo o la acción de cumplimiento.

3.2 Principios vinculados al derecho administrativo

Los principios del procedimiento administrativo general coadyuvan a explorar soluciones y mecanismos de actuación administrativos totalmente compatibles con los fines legales y estatutarios de las entidades públicas, lo cual se configura a favor de la defensa de los derechos constitucionales y legales de los ciudadanos que recurren a los servicios y prestaciones que realiza la Administración pública.

En materia de procedimientos, resulta imposible que el legislador lo prevea todo, por lo que los principios, por ser tales, generarán insumos jurídicos de interpretación, que, a su vez, se reflejarán en las mejores prácticas administrativas, y en la jurisprudencia administrativa, judicial y constitucional.¹¹

Del catálogo de principios administrativos resaltan dos por su peculiaridad: primero por estar relacionados directamente con los actos administrativos, que son los que ponen fin a la discusión en el procedimiento administrativo, y segundo porque mejor desligan a estos procedimientos con otros que se desarrollan en otras esferas, como de la justicia ordinaria o militar, por lo que procedemos a desarrollarlos en forma transitoria.

3.3 Principio de legalidad

Establecido en el punto 1.1 del Artículo IV Principios del procedimiento administrativo del Título Preliminar aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual establece que “Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

En referencia al párrafo anterior, solo queda acotar que dicho principio hace alusión al actuar de las autoridades administrativas y su pleno respeto a la Constitución y la ley, aspectos relacionados directamente con el control difuso, y a la vez un reconocimiento implícito a una facultad inherente en dichos órganos de aplicarlo.

Este principio hace referencia a que en el dictado de un acto o decisión administrativa, la administración pública haya agotado todos los medios para investigar los hechos que determinan tal accionar y que estos hechos se adecúen a lo que realmente aconteció, estableciendo una adecuada relación entre la norma y los hechos.

¹¹ Juan Carlos Morón, “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, *Gaceta Jurídica* (2001): 24.

No se debe confundir este principio “con el apego a la irracionalidad de la norma reglamentaria, como supuesto cumplimiento de la ley. El principio de la legalidad objetiva es la aplicación razonada y jerárquica de los grandes principios jurídicos, tales como el de razonabilidad o justicia natural, ambos de nivel constitucional y supranacional, por encima de los frecuentes desvaríos de la norma reglamentaria o del acto o comportamiento administrativo”.¹²

Pero las dudas persisten en el sentido si bajo el amparo de este principio se protegerán adecuadamente los derechos de los administrados, e incluso la propia actividad de la Administración pública, por lo que es probable que si bien sirve para una debida correlación de hechos con las normas, no prevé colisión de normas reglas frente a la norma suprema o sus principios. Lo que se busca con este principio es la verdad material, el conocimiento de la realidad. No es posible que la Administración se quede con el mero estudio de las actuaciones, sino que debe buscar los medios por los cuales, al momento del dictado de la decisión, se conozcan todas aquellas cuestiones que permitan el conocimiento exacto o lo más próximo a los hechos.¹³

3.4 Principio de verdad material

Principio de verdad material que se encuentra establecido en el punto 11.1 Artículo IV Principios del procedimiento administrativo del Título Preliminar aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual establece que “en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas”.

Este principio está vinculado empíricamente a la producción de hechos, lo que hace que su registro y verificación sean el sustento de la decisión final; por lo tanto, tiene una dimensión distinta frente al principio de legalidad, donde hay elementos ideales como la adaptación de la norma a la legalidad, pero fundamentalmente con la Constitución y los principios constitucionales. En este principio que rige en el procedimiento administrativo, se registrará por la certeza de los hechos a diferencia de la valoración judicial que estará encaminada a la valoración en relación a la probabilidad de lo realmente acontecido.

¹² Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, tomo 2 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998), 82.

¹³ Pedro Aberastury y María Rosa Cilurzo, *Curso de procedimiento administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988), 29.

Elementos constitutivos del principio de verdad material

- a. **Autoridad administrativa** El principio de verdad material hace referencia a la “autoridad administrativa competente” como el responsable de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus decisiones (.....)
- b. **Primacía de la verdad de los hechos** Los hechos son los que priman ante las simples argumentaciones. Los hechos deben ser materia de probanza y, en dicha etapa, ellos deben ser verificados antes que la autoridad administrativa tome una decisión en el caso concreto. Caso contrario, si los hechos no responden a los términos de la solicitud, pues simplemente se concluye que esta no acredita la veracidad necesaria que acredite el pronunciamiento favorable por parte de la entidad pública.

IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y SU NEXO CON EL CONTROL DIFUSO

El procedimiento administrativo, no solo debe centrarse en la emisión del acto administrativo, sino en cada uno de las acciones y actividades que se desarrollan dentro del ámbito administrativo, es decir, al interior del procedimiento mismo a fin de arribar a una decisión como efectivamente ocurre con la emisión del acto administrativo a fin de lograr resolver un tema sometido a la jurisdicción administrativa y con plena eficacia jurídica. Estos actos y actividades, no solo tiene que enmarcarse en las normas administrativas, sino también en otras normas vinculadas al derecho administrativo, tomando en cuenta el concepto holístico o sistémico del derecho en particular y de la ciencia jurídica en general.

Estos aspectos aparecen distorsionarse cuando el órgano administrativo, al momento de interpretar alguna norma con rango de ley, no puede ejercer el control difuso a fin de inaplicarla en un caso en concreto, por un tema de competencia administrativa y en relación a las disposiciones que surgen por parte del Tribunal Constitucional, órgano que ha previsto la Constitución para ejercer de máximo intérprete de la norma suprema. Lo más grave es que dicha limitación obliga a los órganos administrativos a resolver con apego al principio de legalidad, lo cual es adecuado hasta un cierto nivel, pero que resulta limitado cuando se contrastan dichas normas posiblemente vulneratorias con arreglo a las disposiciones constitucionales, sus principios y la doctrina jurisprudencial que aporta el Tribunal Constitucional.

V. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

5.1 Procedimiento administrativo

El Artículo 29 de la Ley N° 27444 establece que la “Ley del Procedimiento Administrativo General” define al procedimiento administrativo como un conjunto de actos y diligencias

tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

A lo largo de las distintas fases del desarrollo, análisis y aplicación en el ámbito del derecho administrativo, normalmente encontramos dos términos que tienen ciertas semejanzas, pero sustanciales diferencias, es el caso del procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso administrativo.

En este sentido, se concibe al procedimiento administrativo como toda acción dentro del marco del marco administrativo considerado como puro o dogmático, en el sentido que su trámite se efectúa en el ámbito de la vía administrativa propiamente dicha; todo ello, a pesar de la sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012/PA/TC, el cual establece que no existe formalmente una jurisdicción administrativa, pero a su vez no explica por qué sus actos, denominados actos administrativos, causan estado y producen una modificación en cuanto a las situaciones o relaciones jurídicas entre la Administración y los administrados.

5.2 El procedimiento contencioso administrativo

El procedimiento contencioso administrativo está vinculado más estrechamente a una labor de revisión sobre las decisiones que en última instancia hayan adoptado los órganos administrativos colegiados con competencia nacional, incluyendo el recurso de revisión administrativa, por lo que estamos bajo los supuestos de última instancia administrativa, lo que a su vez ha conllevado al agotamiento de la misma.

El proceso contencioso administrativo tiene otras características vinculadas al derecho administrativo, pero fundamentalmente enmarcadas en la jurisdicción ordinaria, donde los jueces efectúan un control judicial de las decisiones administrativas, no de todas las decisiones de esa índole sino solo de aquellas que gozan del estatus de cosa decidida administrativa y a su vez se haya producido el agotamiento de la vía; *a contrario sensu*, la demanda contenciosa deviene en improcedente liminarmente por falta de interés para obrar.

Estos casos nos hacen reflexionar acerca de la función de las diferentes vías, cada una regulada de acuerdo a sus principios y reglas particulares; en el proceso contencioso administrativo, el juez asume una posición de juez contralor sobre los aspectos resueltos por los órganos administrativos de las instancias de mérito, verificar si se ha cumplido con el debido procedimiento administrativo y si se han respetado las normas y principios vinculados a dicha jurisdicción (negada por el TC en la Expediente N° 04293-2012/PA/TC), por lo que regularmente se pretensiona en dicho proceso la nulidad e ineficacia de las resoluciones emitidas por los tribunales administrativos, llámese tribunal fiscal, tribunal registral y las salas de competencia de INDECOPI, entre otros órganos colegiados.

La posibilidad de demandar en proceso contencioso administrativo (error de género elaborado en el Código Tributario), en material fiscal por ejemplo, ocurre con la emisión de la resolución que emite el tribunal fiscal, la misma que agota la vía administrativa. En esta sección el Código Tributario vuelve a errar al señalar que dicha resolución puede impugnarse mediante el proceso contencioso administrativo, siendo lo correcto cuestionarse en vía de acción.

Finalmente establece que el proceso contencioso administrativo se regirá por el Código Tributario, basado fundamentalmente por el Principio de Especialidad de las normas y, supletoriamente por la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Tributario; hay que agregar que según lo establecido por el Código Tributario, la demanda podrá ser presentada por el deudor tributario ante el órgano judicial competente, dentro de los tres (3) meses computados a partir del día siguiente de efectuada la notificación de la resolución, debiendo contener peticiones concretas. Se entiende que dicho plazo es de caducidad; asimismo, es menester precisar que además de las normas en referencia, deberá tomarse en cuenta el Código Tributario, la Ley del Proceso Contencioso Administrativo Ley 27584 y la Ley N° 27444 – Ley General del Procedimiento Administrativo.

VI. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

El Tribunal Constitucional está dotado de competencias exclusivas para el control orgánico de la Constitución vía los procesos de inconstitucionalidad y los procesos competenciales, y a la vez de competencias compartidas con el Poder Judicial a través de los procesos de tutela de la libertad como el amparo, el hábeas corpus, el hábeas data y el proceso de cumplimiento.¹⁴

La jurisdicción constitucional conformada en su momento por el antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales y el actual Tribunal Constitucional, bien se puede identificar con un modelo dual o paralelo de jurisdicción constitucional, entendido como la presencia de dos órganos jurisdiccionales en coexistencia pacífica —Poder Judicial y Tribunal Constitucional— que imparten y resuelven controversias de naturaleza constitucional.¹⁵

En el Perú, en palabras del jurista García Belaunde, funciona lo que se conoce como el control dual de la Constitución, es decir, que son el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional los entes competentes a fin de ejercer el control constitucional. Normalmente se atacan actos a través de la acción de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento y sobre otras garantías constitucionales a que se refiere el artículo 200 de la Constitución, los mismos que atacan normas, como son la acción popular de competencia exclusiva del Poder Judicial y la acción de inconstitucionalidad (figura típica del control concentrado de la Constitución).

¹⁴ Tribunal Constitucional, *Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional*, tomo I (Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2005).

¹⁵ *Ibidem*.

Es aceptable en nuestro sistema constitucional en forma excepcional plantear amparo sobre normas, amparo contra amparo y los procesos competenciales, atribución exclusiva del TC.

De acuerdo al numeral 4 del Artículo 200 de la Constitución Política del Perú de 1993:

Artículo 200°.- Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.
2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.
3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2º, incisos 5 y 6 de la Constitución.
4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.
5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.
6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

VII. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

“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 una controversia que resulta manifiestamente incompatible con la Constitución”¹⁶

¹⁶ Elena Highton, *Sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad* (México: UNAM, 2009), 156.

El control de constitucionalidad constituye la principal herramienta del control del poder estatal, un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional. “De ahí la importancia de determinar los límites con que debe ser ejercido, dado que un exceso o defecto alteraría aquellas características”.¹⁷

Un tribunal o corte constitucional es aquel órgano que tiene a su cargo, principalmente, hacer efectiva la primacía de la Constitución. Tiene la atribución de revisar la adecuación de las leyes —y eventualmente de los proyectos de ley y los decretos del Poder Ejecutivo— a la Constitución, realizando un examen de constitucionalidad de tales actos. Pero asimismo y en general, la tarea del Tribunal Constitucional incluye resolver conflictos de carácter constitucional, como la revisión de la actuación del Poder Legislativo, la protección de los derechos fundamentales y la distribución de competencias entre los poderes constituidos. Existen sistemas políticos donde no hay jueces sino organismos especiales que trabajan antes de la sanción de las leyes, ejerciendo un control *a priori*, de alcance general y sin otra relación que el análisis de la legalidad constitucional, y sistemas jurisdiccionales que reconocen opciones diversas.¹⁸

Los modelos institucionales primarios del derecho occidental presentan diferencias sustanciales en cuanto al órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad.

- a) Por un lado está el esquema de revisión judicial o judicial *review*, por el cual se deja en manos de los jueces que integran el Poder Judicial la tarea de interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, respetando en sus sentencias el principio de la supremacía constitucional. Este sistema denominado difuso confiere a todos los jueces la tarea de control. O sea que todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad.
- b) Por otro lado, se presenta el sistema concentrado del modelo europeo que centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano, que no forma parte del Poder Judicial; está fuera de su estructura normativa y se denomina Tribunal Constitucional.
- c) Pero, aparece, además, en América un tercer modelo, que instala dentro del Poder Judicial a jueces especializados que, actuando como sala dentro del Tribunal Supremo, como corte independiente, o aun situando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, decide que sea un único organismo el que tenga la palabra final sobre la interpretación constitucional, aun permitiendo el control difuso de los jueces comunes. La otra diferencia sustancial entre ambos:¹⁹

¹⁷ *Ibidem*, 160.

¹⁸ Osvaldo Alfredo Gozáini, “ Sentencias constitucionales y el efecto erga omnes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Uruguay, 2008), 165.

¹⁹ Osvaldo Alfredo Gozáini, *Introducción al derecho procesal constitucional*, (Buenos Aires, 2006), 123.

“(…) un método de control de la constitucionalidad que permita a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, puede conducir a que una (misma) ley pueda ser inaplicada por algunos jueces por inconstitucional y ser considerada aplicable por otros jueces en sus decisiones”.²⁰

VIII. ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El Tribunal Constitucional ha sido regulado expresamente en nuestra Carta Magna, en sus artículos 201, 202, 203 y 204, así como también en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC); artículos que lo definen como el órgano de control de la Constitución (artículo 201°); también como órgano supremo de control de la constitucionalidad (artículo 1 LOTIC). En ese sentido, vemos que la Constitución le ha atribuido de manera expresa la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, a fin de salvaguardar la vigencia efectiva de la Constitución. Así lo manifiesta Valle Riestra al afirmar que el control concentrado recae en “un Tribunal Constitucional”.²¹

Pero el rol del TC ha resaltado su función de máximo intérprete de la Constitución a través de la dación de precedentes vinculantes, los mismos que han modificado criterios sobre aspectos jurisdiccionales, entre ellos el que concita el presente artículo, al restar la atribución a los órganos administrativos con competencia nacional de ejercer el control difuso, luego de conferirlos; es decir, este magno tribunal ejerce una función ordenadora a través de los precedentes, pero en dichos procedimientos también existen lagunas e imprecisiones, como el que incita el presente artículo, ya que si bien una de sus facultades es dejar sin efecto un precedente vinculante, por otro lado, no llega en todos los casos a justificar plenamente el cambio de su decisión.

8.1 El control difuso

El control difuso es una prerrogativa que generalmente se atribuye al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional, este último como máximo intérprete de la Constitución y a su vez el único encargado de ejercer el control concentrado a través de la acción de inconstitucionalidad o proceso de inconstitucionalidad, como lo menciona el Código Procesal Constitucional.

Muchas interrogantes rodean a dicha atribución desde su generación en el derecho norteamericano, influencia notoria de la capacidad de discernir por parte de los jueces para, desde

²⁰ Aníbal Quiroga León, “Control difuso y control concentrado en el derecho procesal constitucional peruano” (2016), <http://blog.pucp.edu.pe/item/121387/control-difuso-y-control-concentrado-en-elderecho-procesal-constitucional-peruano>

²¹ Eduardo García de Enterría, “La justicia administrativa en el cambio de siglo”, *Revista de Estudios de Derecho Público: Justicia Administrativa en México e Iberoamérica* (2002): 98.

una perspectiva general, preferir la norma constitucional sobre una de menor rango. A esto se refiere básicamente el Artículo 200 inciso 4 de la Constitución cuando enumera las normas con rango de ley; dicho esto, en el control difuso, lo que se evalúa a través de un test no solo de jerarquía normativa, sino de ponderación de derechos, es que debe prevalecer una norma constitucional, no solo por ser la norma de normas, sino la norma suprema, la que asegura la vigencia jurídica y la estabilidad del funcionamiento de los poderes constituidos.

Lo que ocurre al interior del control difuso no puede ser de ningún modo un acto de expulsión normativa, por lo que presupone la vigencia y una coexistencia con la norma infraconstitucional, presuntamente vulneratoria; en esos vaivenes se ha mantenido en la doctrina de los países eurocontinentales, esta aplicación que tiene una vertiente de protección de la norma suprema, ejercida desde un ámbito de otro poder o poderes del Estado.

8.2 El control difuso en el Perú

En el Perú, el control difuso fue acogido —aunque solo de manera formal— desde la Constitución de 1856, dada por el mariscal Ramón Castilla, señalando en su art. 10 que “es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”.

Se estableció por primera vez el control difuso en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936, que disponía que en caso de incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera la primera. Sin embargo, el alcance de esta disposición solo abarcó el ámbito civil y no a todos los ámbitos jurídicos, esto debido a que no estaba constitucionalizada

El artículo 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 recoge el principio antes enunciado para los jueces, y dispone que las sentencias que se dicten en primera o segunda instancia, si no son impugnadas, se eleven en consulta a la Corte Suprema de la República, agregando esta norma el control de la legalidad de las normas jurídicas de inferior jerarquía respecto a la ley en el mismo sentido anteriormente indicado, donde la Constitución de 1979 es la que va a establecer el control difuso en su artículo 236°. ²²

Asimismo, en el modelo peruano se prevé en el art. 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial - LOPJ 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; así como las de segundo grado donde se haya ejercido esta potestad judicial; no siendo necesario para el caso de la inaplicación de normas infralegales. Esta disposición alcanza a todos los procesos, como por ejemplo a los casos de amparo contra normas autoaplicativas.

²² Constitución Peruana, “Incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria”, Artículo 236, 1979.

La Constitución de 1993 establece el control difuso en sus artículos 51° y 138°. “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado” (Art. 51°, Constitución Política del Perú de 1993). “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 norma de rango inferior” (Art. 138°, Constitución Política del Perú de 1993).²³

Aníbal Quiroga señala que el control difuso es

una justicia constitucional: (i) subsidiaria, porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria de los tribunales de justicia y donde esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer, además de juez constitucional; (ii) residual, porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está ‘añadida’ a su tarea principal, donde el control constitucional es indirecto y limitado al ‘caso concreto’, ‘interpartes’ y (iii) fundamentalmente 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.²⁴

Vía jurisprudencial, nuestro Tribunal Constitucional ha reafirmado la concepción que se tiene de este mecanismo de control constitucional, al establecer 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 una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución” (cita: Expediente N° 1680-2005-PA/TC de fecha 11 de mayo de 2005. Fojas 02).

Por último, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional hace las siguientes precisiones con respecto al ejercicio del control difuso: (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.

²³ Heral Amaro Caldas, “La aplicación del control difuso en la administración Pública, previa aplicación de la cuestión de Inconstitucionalidad” (tesis para optar el título de abogado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011. http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/1138/Amaro_ch.pdf?sequence=1&isAllowed=y

²⁴ Aníbal Quiroga León, “Control difuso y control concentrado en el derecho procesal constitucional peruano” (2016), <http://blog.pucp.edu.pe/item/121387/control-difuso-y-control-concentrado-en-elderecho-procesal-constitucional-peruano>

8.3 El control concentrado

El control concentrado es una facultad atribuida al Tribunal Constitucional que, a diferencia del control difuso, una vez declarada fundada la demanda de inconstitucionalidad expulsa a la norma presuntamente infractora de la Constitución. Ello deja entrever que dicho control procede solo contra las normas con rango de ley, entendiéndose que lo que persigue es sanear el ordenamiento jurídico y contrarrestar el efecto jurídico que normas vulneratorias de la Constitución tengan y que puedan distorsionar la aplicación de las normas supremas, particularmente cuando están dirigidas directamente a afectar o disminuir derechos fundamentales.

La Constitución en el numeral 4 del Artículo 200 ha establecido el catálogo de las normas con rango de ley, entendiéndose que sobre estas cabe dicha acción y no sobre cualquier otra norma, como pueden ser las norma reglamentarias, las mismas que tienen un propio camino de expulsión a través de la acción popular establecidas en el numeral 6 del Artículo 200.

Sobre el control concentrado podemos advertir su fuente europea a través de la construcción teórica del pospositivismo, cuyo máximo exponente fue el distinguido jurista Hans Kelsen con la elaboración de la Constitución austriaca de 1920; en esta línea, lo propuesto por el jurista era crear un organismo autónomo e independiente de la justicia ordinaria, que tenga como función asuntos especializados de protección de la Constitución, siendo el control concentrado la atribución directa y la más importante, que tiende a neutralizar las normas infractoras de la Constitución, a través de su expulsión o abrogación de las normas con rango superior como las leyes o de las de su mismo nivel.

El Artículo 140 de la Constitución Austriaca establecía que “El Tribunal Constitucional conoce de la inconstitucionalidad de las leyes del Land a instancia del Gobierno Federal, de la inconstitucionalidad de las leyes federales a instancia de un gobierno de Land, así como de oficio en la medida en que una de estas leyes sea presupuesto de una sentencia del Tribunal Constitucional”.

El control concentrado tuvo influencia en muchas constituciones del mundo. Por ejemplo, en la Constitución de la República Española aprobada en abril de 1931 se dispuso que el Poder Judicial estaría a cargo del Tribunal Supremo y de una serie de cortes subordinadas a este; adicionalmente se creó un Tribunal de Garantías Constitucionales con la competencia de resolver principalmente la inconstitucionalidad de las leyes, los recursos de amparo y los conflictos de competencia legislativa. El Artículo 100 de dicha Carta establecía que: “Cuando un Tribunal de justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales”.²⁵

²⁵ Omar Sar Suárez, *La jurisdicción constitucional en el Perú y el control difuso por parte de los árbitros* (Lima, Perú: Universidad de San Martín de Porres, 2012), 13.

Asimismo, este control fue establecido en el Artículo 161 de la Constitución Española de 1978, el mismo que establece que el Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

- a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.
- b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.
- c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre sí.
- c) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

Debe señalarse que el control concentrado no siempre será llevado a cabo por un Tribunal Constitucional, sino que existen ordenamientos en los que tal función es llevada a cabo por la Corte Suprema, ya sea que conviva o no con funciones del Poder Judicial de control difuso.

IX. CRONOLOGÍA DEL VAIVÉN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA FACULTAD DE EJERCER EL CONTROL DIFUSO POR PARTE DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS CON COMPETENCIA NACIONAL

9.1 Potestad en el ejercicio del control difuso de los órganos administrativos con competencia nacional

Entre las decisiones del máximo intérprete de la Constitución que marcaron trascendencia constitucional, se encuentra la que emitió el Tribunal Constitucional a través de la sentencia de 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente N° 03741-2004-AAW/TC, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 24 de octubre de 2006. El TC señala a esta sentencia como vinculante, específicamente la que comprende el fundamento 50, unánime en el sentido de que todo tribunal u órgano colegiado de la Administración pública tiene la potestad y la obligación de anteponer la Constitución e inaplicar una disposición legal que la trasgrede expresamente, por la forma o por el fondo, todo ello dentro de los alcances de los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución.

Pero lo expuesto en el párrafo precedente, estaba condicionada a que dicho examen de constitucionalidad, es decir, el ejercicio del control difuso, sea notable para resolver la controversia suscitada dentro de un proceso administrativo, así como que la norma cuestionada no sea viable de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

Asimismo, definió a dicha acción como una denominada “control difuso administrativo” y declaró que procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el TC, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, o cuando la aplicación de una disposición contraríe un precedente vinculante del TC señalado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

9.2 Proscripción de ejercer el control difuso por parten de los tribunales administrativos

Contrariamente a las facultades otorgadas a los órganos administrativos a través del denominado “control difuso administrativo” que surge a través de la doctrina jurisprudencial en medio de las facultades interpretativas del TC, a través del numeral 4 de la sentencia de 18 de marzo de 2014, emitida en el Expediente N° 04293-2012/PA/TC, el TC, en virtud del fundamento 34, señaló que dicho precedente alteraba una competencia otorgada por la Constitución al ampliar su ejercicio a quienes están incursos en la situación jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad, por lo que ningún tribunal administrativo, aun sea colegiado, tenía facultad o potestad de ejercer tal atribución.

Para sustentar esta tesis, el Tribunal Constitucional sustentó su decisión en el Exp 01680-2005-PA/TC, el mismo que establece lo siguiente:

- a) Que el TC ha establecido 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 una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso) (...).
- b) El control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, es decir, luego de que un planteamiento de un problema jurídicamente relevante se haya sometido al juez para su dirimencia. Por ende, esta competencia no puede efectuarse fuera del ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya que estos no son órganos de consulta ni de opinión, aunque fuese académica.
- c) El control de constitucionalidad, solo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En estos casos el juez estará en condiciones de declarar su invalidez cuando esta se encuentra relacionada directamente con el caso
- d) Quien plantee al juez el ejercicio del control judicial de constitucionalidad acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo.

En relación a los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional²⁶ que sirven como un sustento a los considerandos de la sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012/PA/TC, el mismo que modifica una postura del propio TC sobre la atribución de ejercer el control difuso administrativo a los colegiados administrativos, llama la atención la premisa que asume en el sentido de excluir como jurisdicción a la vía administrativa, consciente de que al interior de esta vía y como consecuencia del dimensionamiento del Estado, se produce una intensa emisión de decisiones que generan eficacia jurídica entre la Administración y los administrados a través del acto administrativo.

En atención a ello, consideramos que la postura que adopta el TC en este caso de excluir a la vía administrativa, menoscabando su rol frente a los distintas controversias contenciosas o no contenciosas y de ejecución, contraviene el sentido de la doctrina respecto a una conceptualización adecuada del término jurisdicción, habiendo tratado en este punto en concreto y desde un punto de vista formal, cuando lo que se requería era exigir una análisis de contenido, claro y convincente a fin de sustentar adecuadamente esta postura.

Cabe mencionar que en cada proceso administrativo, se interioriza un caso en concreto tal y conforme sustenta el TC, por lo que no se puede admitir el control de constitucionalidad fuera de un proceso judicial y/o administrativo (control difuso administrativo)

Sobre su relevancia para decidir un asunto en la vía administrativa, este hecho ya había sido considerado en las distintas decisiones administrativas que habían adoptado los órganos colegiados administrativos con competencia nacional.

Finalmente, el control judicial a que hace alusión la sentencia apreciada en el Expediente N° 04293-2012/PA/TC, en el que considera que existe un órgano jerárquicamente superior que, vía consulta, pueda verificar si se ha cumplido con los requisitos materiales para que dicho control difuso se ajuste sustancialmente al derecho constitucionalmente protegido a nivel normativo, como era el rol que cumplía la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Este hecho no es óbice para que se discuta el control difuso administrativo en sede judicial y que incluso pueda elevarse a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema a fin de que convalide dicho control.

9.3 Análisis de la posición del Tribunal Constitucional respecto al control difuso administrativo

Las sentencias aludidas nos exteriorizan la falta unánime de criterios que ha asumido el TC respecto a la facultad de ejercer el denominado control difuso administrativo, que detenta tales facultades según lo establecido en el artículo 201 de la Constitución, que cataloga

²⁶ Expediente N° 1680-2005-PA/TC de fecha 11 de mayo de 2005. Fojas 02.

al TC como al órgano de control de la Constitución, por lo que no podemos cuestionar su legitimidad al momento de fijar posiciones o resolver asuntos que son sometidos a su competencia. En esa misma línea, con la Ley N° 28301 se aprobó la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que precisa en su artículo 1: “El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido solo a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

Sin embargo, consideramos acertado presentar a consideración de los lectores, un análisis sobre el impacto de sus decisiones respecto al control difuso administrativo, por lo que se encuentra plenamente justificado indagar las razones del cambio de posición del TC respecto a las potestades otorgadas a estos colegiados administrativos con competencia nacional.

Con respecto a la forma, consideramos el análisis que surge sobre la competencia de un órgano colegiado administrativo, el mismo que debe valorarse desde diferentes posiciones y a partir del impacto de sus decisiones en un caso en concreto que ponga fin a una controversia entre la Administración y los administrados.

Se entiende implícitamente que en la sentencia del 18 de marzo de 2014, recaída en el Expediente N° 04293-2012/PA/TC, el TC no establece un reconocimiento jurisdiccional a los tribunales administrativos colegiados para ejercer el control difuso de constitucionalidad, por lo que ningún tribunal administrativo, aun sea colegiado, tiene facultad o potestad de ejercer tal atribución. Pero dicho análisis a su vez solo ilustra de manera superficial y textual una motivación a nuestro parecer no idónea por parte del TC, ya que es incuestionable la función jurisdiccional de la vía administrativa; esto se hace más apreciable, dada la trascendencia en el aparato público, no solo por la cantidad de decisiones que se adoptan a la luz de los actos administrativos, sino por los cambios jurídicos que estos contribuyen respecto a la Administración y los administrados en el marco del procedimiento administrativo.

En el marco del debate procedimental, se precisa que nuestro sistema de conflictos en la vía administrativa se resuelve en instancias administrativas y en instancias jurisdiccionales (sistema mixto), por lo que la trasgresión de derechos fundamentales, de contenido constitucional en la vía administrativa, solo tendría oportunidad de discutirse en la vía jurisdiccional a través del control difuso. Todo ello resulta visiblemente ineficaz, no solo por el tiempo en que duraría un proceso contencioso administrativo, sino que el contenido constitucional, cuando se trata de normas que contravengan la Constitución, se trasladaría injustificadamente a otro escenario, lo cual atenta contra la propia esencia del derecho y de algunos de los principios procesales que darían lugar a discusión como los de inmediatez, preclusión u oportunidad de los actos procesales y el de concentración.

9.4 Algunas decisiones que se adoptaron durante la vigencia del precedente vinculante recaído en el Expediente N° 03741-2004-AAW/TC

9.4.1 En materia registral

1. Control de legalidad. “El Tribunal Registral es el órgano competente para efectuar control difuso de legalidad de normas contrarias a las leyes, por lo que resulta procedente que el pleno registral acuerde inaplicarlos en cada caso concreto”. (XXV Pleno del Tribunal Registral)
2. Poder irrevocable, “La interpretación de las normas del Código Civil sobre el plazo del poder irrevocable efectuada por la directiva N° 012-2002-SUNARP-SN contraviene las disposiciones del Código Civil por lo que la citada directiva resulta inaplicable”.
3. Control de constitucionalidad. “Se declara inaplicable por contravenir la Constitución Política del Perú el inciso d) del artículo 2° del Reglamento General de los Registros Públicos, incorporado mediante Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN, en el que se señala que la tacha especial regulada en el artículo 43A será irrecurrible y determina la finalización del procedimiento en sede registral”. (LXXVIII Pleno del Tribunal Registral)
4. Control de legalidad. “Se declara inaplicable por contravenir el artículo 2011° del Código Civil, el artículo tercero de la Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN, que incorpora el artículo 43A del Reglamento General de los Registros Públicos, en el extremo que establece que, en caso proceder la tacha especial, el Registrador no efectuará la calificación integral del título”. (LXXVIII Pleno del Tribunal Registral)
5. Control de legalidad y constitucionalidad en el procedimiento registral. “El Tribunal Registral no está facultado para efectuar control de legalidad. Por lo tanto, está obligado a acatar las normas reglamentarias y directivas conforme lo establece el Estatuto de la SUNARP. Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional en la que se indica que los órganos de la Administración tienen el deber-debercho de inaplicar las normas inconstitucionales, resulta necesario formular la consulta respectiva a la SUNARP, a fin de que, en coordinación con el MINJUS determine la forma o el procedimiento a seguir en la ejecución del referido control de constitucionalidad a cargo de los órganos de Administración”. (XVIII Pleno del Tribunal Registral)
6. Inaplicación de normas. “Para inaplicar normas con rango inferior a la ley se requiere la aprobación del Pleno del Tribunal Registral”. (XXII Pleno del Tribunal Registral)

Los acuerdos consignados entre los puntos (1) al (6) de los referidos plenarios han quedado sin efecto conforme a la *sentencia del Tribunal Constitucional N° 04293-2012-PA/TC* del

18 de marzo de 2014, que establece: “Dejar sin efecto el precedente vinculante contenido en la STS N° 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”.

9.4.2 En materia fiscal

1. Expediente del Tribunal Fiscal N° 01202-2-2008 de fecha 30 de enero de 2008 Tacna

Según lo establecido por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y de la sentencia N° 3471-2004-AA/TC aclarada por la Resolución del TC publicada el 06 de noviembre de 2006, el Tribunal Fiscal está obligado a inaplicar los efectos jurídicos de las normas inconstitucionales (artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001 y los Decretos Supremos N° 049-2002-MTC y N° 021-2003-MTC), así como los numerales 2.16 y 3.15 del artículo 19° del Reglamento de Comprobantes de Pago), debido a que transgreden disposiciones constitucionales. Es por ello, que el Tribunal Fiscal debe inaplicar dichas normas a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

9.4.3 Sala especializada en Defensa de la Competencia

Mediante un voto en minoría contenido en la Resolución N° 0259-2001/TDC-INDECOPI del 16 de abril de 2001, por la cual el exvocal Alfredo Bullard González señaló lo siguiente:

(...) la Administración, a fin de preservar la legalidad de su pronunciamiento, cuenta con la facultad de ajustar el mismo a la Ley y a la Constitución (...) Consideramos que la autoridad debe acudir a los principios rectores previsto [sic] en la Constitución por encima de cualquier principio de legalidad. Debemos preferir emitir un acto constitucional antes que legal (...) La aplicación del control difuso por parte de los Tribunales Administrativos no vulneraría la seguridad jurídica sino, más bien, contribuiría a una actuación estatal legítima. Lo contrario sería condenar a los tribunales administrativos a actuar ilegítimamente de manera continua, al no poder sustraerse de la aplicación de una norma inconstitucional (...) Será el Poder Judicial, en última instancia, el que podrá definir si el control difuso estuvo o no correctamente aplicado por la administración (...). De esta forma el Tribunal del INDECOPI inició sus funciones por Decreto Ley N° 25868 Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la competencia y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, publicado el 24 de noviembre de 1992. En el Capítulo I, Título V de dicho dispositivo normativo, se encontraban regulados los aspectos relacionados a la conformación del Tribunal de INDECOPI.²⁷

²⁷ Mosi Marcela Meza Figueroa, “Control difuso administrativo peruano” (tesis para optar el título de magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014), 85.

X. CONCLUSIONES

Primera.- Existen posiciones divergentes entre distinguidos juristas, sobre la atribución del control difuso por parte de los órganos administrativos colegiados con competencia nacional; por lo tanto, es objetivo indicar que no existe una posición uniforme frente a su aceptación o rechazo.

Segunda.- Es materia de discusión si existe una justicia administrativa, cuestionando su formación orgánica en el seno del Poder Ejecutivo, siendo esta una de las razones respecto a su verticalidad, las mismas que cuestionan la atribución de los órganos administrativos colegiados de ejercer el control difuso.

Tercera.- Es un hecho incontrovertible que las decisiones que se adoptan en el seno de los tribunales administrativos tienen plena eficacia jurídica sobre los derechos de los administrados.

Cuarta.- Durante la vigencia del precedente vinculante recaído en el Expediente N° 03741-2004-AAW/TC, se ha registrado control difuso de constitucionalidad de trascendencia respecto a la protección constitucional

Quinta.- Que contraer la atribución de los órganos administrativos colegiados, para que estos ejerzan el control difuso, ocasiona la merma y el desaprovechamiento de una gran oportunidad de que dichos órganos puedan proteger las normas constitucionales, por sobre cualquier otra norma con rango de ley o reglamentaria.

Sexta.- El ejercicio del control difuso por parte de los órganos administrativos colegiado con competencia nacional no solo es una discusión de potestades o atribuciones respecto a las jerarquías o niveles de los órganos de poder, sino una necesidad de los administrados de que sus procedimientos y actos administrativos se resuelvan de acuerdo a la Constitución y los principios constitucionales.

Séptima.- Que la potestad de ejercer el control difuso no afecta la posibilidad de inaplicar normas infraconstitucionales a los organismos visiblemente competentes, sino que amplía la cobertura para la protección de los derechos fundamentales de los administrados, dada la asimetría de posición respecto a posibles prácticas arbitrarias e ilegales de la Administración.

REFERENCIAS

- Aberastury, Pedro y María Rosa Cilurzo. *Curso de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.
- Acosta Romero, Miguel. *Teoría general del derecho administrativo*. México: Porrúa, 1988.
- Amaro Caldas, Heral. “La aplicación del control difuso en la administración Pública, previa aplicación de la cuestión de Inconstitucionalidad”. Tesis para optar el título de abogado. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011.
http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/1138/Amaro_ch.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Brewer-Carías, Allan. “Principios generales del procedimiento administrativo: hacia un estándar continental”. En *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Constitución Peruana. “Incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria”. Artículo 236, 1979.
- Dromi, Roberto. *El procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- Enrique Franco. *Derecho administrativo y derecho procesal administrativo*. Guayaquil: Edillex S.A. Editores, 2007.
- García de Enterría, Eduardo. “La justicia administrativa en el cambio de siglo”. *Revista de Estudios de Derecho Público: Justicia Administrativa en México e Iberoamérica* (2002).
- Highton, Elena. *Sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad*. México: UNAM, 2009.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. “Sentencias constitucionales y el efecto erga omnes”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Uruguay, 2008.
- Gozaíni, Osvaldo Alfredo. *Introducción al derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Editores Rubinal Culzoni, 2006.
- Meza Figueroa, Mosi Marcela. “Control difuso administrativo peruano”. Tesis para optar el título de magíster en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

- Morón, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. *Gaceta Jurídica* (2001).
- Ortiz Ortiz, Eduardo. “Nulidades del acto administrativo en la ley general de administración pública”. *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo* (1981).
- Quiroga León, Aníbal. “Control difuso y control concentrado en el derecho procesal constitucional peruano” (2016),
<http://blog.pucp.edu.pe/item/121387/control-difuso-y-control-concentrado-en-el-derecho-procesal-constitucional-peruano>
- Rojas Franco, Enrique. *Derecho administrativo de Costa Rica*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2006.
- Sagüés, Néstor. *El procedimiento administrativo. Perspectivas constitucionales en procedimiento y justicia administrativa en América Latina*. México D.F.: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- Sar Suárez, Omar. *La jurisdicción constitucional en el Perú y el control difuso por parte de los árbitros*. Lima, Perú: Universidad de San Martín de Porres, 2012.
- Tribunal Constitucional. *Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional*. Tomo I. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2005.

RECIBIDO: 15/08/19
APROBADO: 14/11/19