

MAESTRÍA *en*
TUTELA JUDICIAL DE DERECHOS y
JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVA

Programa de Especialización para jueces en los órdenes jurisdiccionales
constitucional y contencioso-administrativo
(60 créditos ECTS)

PRESIDENCIA DEL PODER JUDICIAL DEL PERÚ
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE ESPAÑA
y UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPAÑA)

TRABAJO FINAL

CUESTIONAMIENTO AL CONTROL DIFUSO

EFECTUADO EN SEDE ADMINISTRATIVA

ALUMNO : Carlos Enrique Polanco Gutiérrez

Arequipa, marzo de 2014

CUESTIONAMIENTO AL CONTROL DIFUSO EFECTUADO EN SEDE ADMINISTRATIVA

I. INTRODUCCION

La presente investigación analiza la corrección y los efectos de la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el expediente 03741-2004-PA/TC¹, de fecha 14 de noviembre del año 2005 y sentencia aclaratoria de fecha 13 de octubre del año 2006², que, sobre la base de los Arts. 38 y 51 de la Constitución Política del Estado³ otorgó a los Tribunales Administrativos de la República, la posibilidad de realizar el control difuso al momento de resolver en última instancia un reclamo administrativo y les impuso el deber de preferir a la Constitución Política del Estado sobre cualquier otra norma legal⁴, ejerciendo control constitucional.

Si bien, dentro del tránsito de un Estado de derecho a un Estado constitucional de derecho, es seductor indicar que la Administración Pública debe ejercer el control difuso aun cuando no tenga jurisdicción; debe reflexionarse si ello es parte de tal tránsito o si por el contrario es permitir que la Administración Pública en lugar de cumplir las leyes, genere inseguridad jurídica inaplicando normas legales al estimarlas inconstitucionales.

El control constitucional en el derecho peruano, se efectúa en dos niveles: **a)** control concentrado y control difuso. Dentro de la organización jurídica establecida por la Constitución Política del Estado de 1993 (CPE), se estableció que *el control concentrado es efectuado por el Tribunal Constitucional* al resolver los procesos de inconstitucionalidad (Art. 200.4 CPE⁵), y **b)** *el control difuso es potestad y a la vez un deber de los jueces del Poder*

¹ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.html>. Al respecto debe precisarse que en sentencias anteriores el Tribunal Constitucional ya había indicado que ello era posible, es en la presente sentencia en la que señala que se trata de un precedente vinculante y delimita sus alcances.

² <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA%20Aclaracion.html>

³ “**Artículo 38.- Deberes para con la patria:** Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Artículo 51.- Supremacía de la Constitución: 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”.

⁴ Conocida también como el “caso Salazar Yarlenque”.

⁵ “**Art. 200.- Garantías Constitucionales:** Son garantías constitucionales: ... 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”.

Judicial (art. 138 CPE⁶ y Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional - CPCo⁷) y del Jurado Nacional de Elecciones (en materia electoral), al impartir éste organismo justicia electoral⁸. El control difuso incluye el control de convencionalidad, que si bien no se encuentra en una norma positiva, el Tribunal Constitucional peruano, lo ha reconocido en reiterada jurisprudencia⁹ y que consiste en un control difuso que debe ser realizado por el Juez peruano, ya no solamente sobre la base de lo que señale la CPE, sino lo que establezca la Convención Interamericana de Derechos Humanos o algún Tratado Internacional que sobre Derechos humanos haya suscrito el Estado Peruano.

La sentencia 3741-2004-PA/TC del Tribunal Constitucional, que tiene calidad de precedente vinculante¹⁰, faculta y obliga a los Tribunales Administrativos para que efectúen el control difuso en sede administrativa. Como se verá a lo largo del presente trabajo, esto supuso un cambio de criterio que había sostenido el mismo Tribunal y lo impreciso del mismo obligó que luego de un año, el propio Tribunal efectúe una aclaración y precisó de mejor manera el cómo los Tribunales Administrativo ejercerían dicha facultad.

En el camino del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, doctrina de origen europeo centrada en la dignidad humana y plena vigencia de los derechos fundamentales de la persona, el Tribunal Constitucional establece que todos somos guardianes de la vigencia de la CPE y no solamente el Poder Judicial o el propio Tribunal, y por ello considera que no existe razón para privar a la Administración Pública tal obligación-facultad; es decir que al Poder Ejecutivo le añade la facultad de efectuar control difuso, lo que atenta contra el principio de legalidad administrativa, y a juicio personal evidencia el error de confundir la vigencia de la Constitución con el procedimiento para garantizar dicha vigencia, originando inseguridad

⁶ “**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”.

⁷ “**Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.- Control difuso e interpretación constitucional:** Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución...”

⁸ “**Artículo 178.- Atribuciones del Jurado Nacional de Elecciones:** Compete al Jurado Nacional de Elecciones: ...4. Administrar justicia en materia electoral”.

⁹ Por citar un ejemplo, se tiene la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) recaída en el expediente 0024 – 2010-PI/TC del 21 de marzo del 2011, en la que el Tribunal aplica dicho control al resolver una causa sobre prescriptibilidad de los delitos de *lessa humanidad* que regulaba el Decreto Legislativo 1097. (Nota del Autor: Los Decretos Legislativos en el sistema jurídico peruano, se encuentran dentro de las facultades legislativas delegadas que tiene el poder Ejecutivo y jerárquicamente tienen el valor de una Ley dictada por el congreso de la República).

¹⁰ “**Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.- Precedente:** 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 ...”

jurídica; en principio porque los obligados a cumplir la ley ahora pueden incumplirla al considerarla inconstitucional para unos casos y simplemente no decir nada en otros, lo que atenta contra el tradicional equilibrio de poderes (o funciones), permitiendo la presencia de situaciones absurdas porque a diferencia del Control Difuso Jurisdiccional que es elevado ante la Corte Suprema de la República para su aprobación, la actuación de la administración pública no está sujeta a revisión judicial, salvo que la parte promueva el correspondiente proceso contencioso administrativo.

En el presente trabajo, que considera tal control difuso en sede administrativa como un problema que genera inseguridad jurídica, parte de desarrollar conforme a la doctrina nacional los sistemas de control constitucional reconocidos en nuestro ordenamiento interno¹¹, para luego desarrollar los alcances del principio de legalidad que es una obligación de la administración pública. Seguidamente se verificará los diferentes cambios de criterios que ha tenido el Tribunal Constitucional sobre el tema en investigación en un periodo corto de tiempo, precisando los alcances de tal facultad concedida. Será necesario analizar los casos en que este control difuso aplicado en sede administrativa, en lugar de tutelar los derechos fundamentales, es un vivo atentado contra el Estado de Derecho Constitucional.

A diferencia del control difuso que se realiza en la vía jurisdiccional, en los que la Corte Suprema de la República ha corregido situaciones erróneas sobre su aplicación por los jueces, la Administración Pública con la decisión de sus tribunales administrativos concluye la instancia administrativa y salvo que la parte afectada lo impugne (que es el administrado y no la entidad gubernamental, por las limitaciones a ésta parte de promover procesos contenciosos ante el Poder Judicial), la decisión es definitiva (firme)¹². De la misma manera se incluye una muestra del Tribunal Fiscal y máxima instancia administrativa en materia tributaria, sobre la forma en que viene ejerciendo tal facultad.

Sobre la base del análisis anterior se procederá a formular la solución al problema y el trabajo culmina con las conclusiones correspondientes.

II. EL PROBLEMA

El problema materia de esta investigación tiene como punto de partida la inseguridad jurídica que se genera a partir de la sentencia 03741-2004-PA/TC, que permite a los tribunales administrativos u órganos colegiados de la administración pública puedan realizar control

¹¹ Reconociendo que ello no es materia de la investigación.

difuso inaplicando leyes dictadas por el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo (en facultad delegada) si es que las consideran contrarias a la Constitución.

Alfredo Bullard¹³, al defender el control difuso en sede administrativa, señala que la regla establecida por el Juez Marshall en el famoso caso *Marbury versus Madison*, fue la primacía de la Constitución sobre toda otra norma¹⁴ y que permitir la vigencia de leyes inconstitucionales es poner la pirámide Kelsiana de cabeza, por ello cuando se está frente a una norma **manifiestamente constitucional**, la Administración debe inaplicar tal norma, pues de lo contrario sería apañar tal inconstitucionalidad; empero la vigencia de la Constitución y vigencia de la pirámide de Kelsen, no puede generar inseguridad jurídica y deben utilizarse los mecanismos correctos que permitan que la norma inconstitucional sea expulsada del ordenamiento jurídico por quienes la propia Constitución señala deben hacerlo; es decir que no se debe utilizar la primacía de la Constitución, para vulnerar sus propios sistemas de control constitucional. Poner a Kelsen en su verdadera dimensión implica reconocer que para él, la justicia constitucional requiere un control concentrado de la Constitución a través de un Tribunal Constitucional creado al efecto (modelo europeo de control concentrado).

En la aclaración de la sentencia 03741-2004-PA/TC (FJ5), para reforzar su argumentación, el TC cita la afirmación de Kelsen: *“Si el orden jurídico no contiene una regla explícita en contrario, hay la presunción de que todo órgano aplicador del derecho tiene la facultad de negarse a aplicar leyes inconstitucionales. Como los órganos tienen a su cargo la tarea de aplicar ‘leyes’, naturalmente están obligados a investigar si la regla cuya aplicación se propone es realmente una ley. Pero la restricción de esta facultad necesita de una prescripción explícita. (...)”*¹⁵; sin embargo, como se indicará más adelante al analizar el problema, debe entenderse que ello no significa la renuncia de Kelsen a que dicho Control lo haga un órgano dedicado, por lo que debe interpretarse que tal afirmación es ante la ausencia de tal órgano y en la necesidad de que prime la Constitución, lo que . Aun más dicha aclaración limita el control difuso a órganos colegiados con competencia a nivel nacional y que el pedido lo haga la parte (excepcionalmente de oficio), lo que contradice su

¹² Tener presente que al no impartir justicia la administración pública, sus fallos no generan cosa juzgada.

¹³ Bullard G., Alfredo, *Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas*, Pág. 79-95, en Themis – Revista de Derecho, Nro. 51, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2005.

¹⁴ En realidad lo que señala Marshall es que el Tribunal (Corte Suprema), debe decidir si aplica una ley dejando de lado la constitución o aplicar la constitución dejando de la ley, es decir determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso; lo que significa que el Órgano Jurisdiccional debe aplicar la ley. Bien sabido es que el primer antecedente sobre tal control es obra del “Tribunal de Causas Comunes” presidido por el Juez Edward Coke al resolver el caso Bonham (1610).

argumentación sobre la obligación de todos de asegurar la preminencia de la Constitución. Si bien, se está de acuerdo en que la Administración Pública está vinculada a la Constitución y la Ley, hacer vigente tal vinculación, debe hacerse conforme lo ordena la propia Constitución.

Ferrere Comella¹⁶ sostiene que “*si se establece un sistema de control de constitucionalidad de la ley, es importante diseñarlo adecuadamente para que resulte menoscabada la seguridad jurídica*” y reconoce que si bien el modelo americano es descentralizado (judicialmente), la seguridad jurídica está protegida, pues pese a que los tribunales inferiores pueden llegar a conclusiones contrapuestas sobre la constitucionalidad o no de una ley “... *conforme los casos van subiendo al Tribunal Supremo, se van estableciendo precedente y se va logrando un cierto nivel de uniformidad*”¹⁷.

El control de constitucionalidad que permite el Tribunal Constitucional peruano a los tribunales administrativos, si bien busca la vigencia plena de la Constitución, lo hace poniendo en riesgo la seguridad jurídica sin aportar mejoras al sistema jurídico interno.

2.1. Sistemas de control constitucional¹⁸

Es conocido que existen dos sistemas de Control constitucional, el concentrado o modelo europeo que lo ejerce un Tribunal Especializado y que concluye con la expulsión de la norma inconstitucional del sistema jurídico y el difuso o modelo americano, que supone la inaplicación al caso concreto de una norma que el Juzgado considera inconstitucional.

En Latinoamérica, Omar Cairo¹⁹, citando a Allan Brewer-Carís, señala que los sistemas de control constitucional, en la modalidad de control concentrado aparece en América Latina en la década de los 50 del siglo XIX, a lo que añade Fernández Segado que en la Constitución de la Confederación Granadina de 1858, incluyó en su Art. 50 la regulación de un mecanismo de control en el que participaba la Corte Suprema, que alcanzaba a los actos de las legislaturas de los Estados, pero no a las leyes aprobadas por el Congreso de la Confederación.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Pág. 317, Trad. de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, 2da. Edición revisada, México D.F.: 1958

¹⁶ Ferreres C., Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Pág. 51, Editorial Marcial Pons, Madrid 2011.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Por no ser objeto del presente trabajo, no se detallan las virtudes y/o desventajas de cada sistema de control constitucional.

¹⁹ Roldán C., Omar, *Los sistemas concentrado y difuso de la constitucionalidad normativa*, Págs. 275 a 278, en Gaceta Constitucional Nro. 49, enero del 2012, Edit. Gaceta Jurídica, Lima 2012.

En el caso del derecho peruano, el primer antecedente normativo del control difuso (control en concreto para el caso que se juzga) se halla en el Código Civil de 1936²⁰, que dispuso textualmente en su Art. XXII del Título Preliminar que *“Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera”*. Como lo indica Chávez Rabanal²¹, citando al constitucionalista de antaño José Pareja Paz Soldán, el principio de no aplicación de leyes inconstitucionales era un complemento indispensable del Poder Judicial, constituyó un avance en la vida de la República, un fenómeno de la tendencia a la racionalización del poder y la oportuna defensa de los principios y normas constitucionales. Esta norma no tuvo vigencia sino hasta el año 1963 en que se promulgó la Ley Nro. 14506, Ley Orgánica del Poder Judicial que en su artículo 8, estipuló *“Cuando los jueces y tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentran que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera. a) ‘Si no fueran apeladas las sentencias de primera instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema’. b) ‘Las sentencias de segunda instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, sino se interpusiera recurso de nulidad’”*.

García Belaúnde²² menciona que en la década del 50 del pasado siglo XX, la mayoría de los abogados era partidaria del control difuso (americano) a cargo del Poder Judicial, en vez del control concentrado europeo, lo que quedó evidenciado en los diferentes certámenes que organizó el Colegio de Abogados de Lima a partir de 1960. Fue la Constitución Política del Estado de 1979, la que consagra un sistema dual o paralelo de control constitucional²³, estableciendo el control difuso a cargo del Poder Judicial y un control concentrado a cargo del Tribunal de Garantías Constitucionales, órgano autónomo totalmente ajeno al Poder Judicial.

La actual Constitución Política del Estado, como se ha señalado, en el título anterior, en sus Arts. 138 y 200.4, continua con el sistema dual de control constitucional, pero incluyendo vía jurisprudencial el Control de la Convencionalidad, por un lado y por

²⁰ El proyecto de Código Civil data del año 1928.

²¹ Chávez R., Mario, *El control difuso y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Págs. 414-415, en Revista Gaceta Constitucional, Nro. 2, febrero 2008, Gaceta Jurídica, Lima 2008.

²² García B., Domingo, *Notas sobre el Control de Constitucionalidad en el Perú – Antecedentes y desarrollo 1823-1979*, en Revista Virtual: Historia Constitucional, Nro. 4, 2003 <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/202/180>

²³ Algunos autores lo denominan sistema mixto (García Belaúnde).

otro lado, que el control de constitucionalidad difuso pueda ser efectuado por los órganos colegiados u Tribunales de la administración pública.

2.2. El principio de legalidad y las actuaciones administrativas

Conocido es que el principio de legalidad se conoce como tal luego de la Revolución Francesa y delimita la separación de poderes del Estado²⁴. Con el principio de legalidad se pretende limitar las actuaciones arbitrarias del Rey y de la Administración Pública, obligando a ambos a cumplir las leyes dictadas por el parlamento. Ku Yanasupo²⁵ sostiene que este principio surgió como una necesidad de resguardo de los derechos ciudadanos frente a los poderes públicos, y es un freno a la arbitrariedad de la administración que tiene que justificar sus acciones en la ley, eliminando su libre discrecionalidad, empero ello puede convertir en un riesgo dentro de un procedimiento administrativo ya que tales leyes podrían suponer la violación de derechos fundamentales.

Se considera al principio de legalidad como fundamento en virtud del cual todos los actos administrativos relacionados con la contratación, manejo y disposición de los bienes y servicios del sector público, deben estar sometidos a las leyes y las sanciones administrativas solamente podrán ser impuestas cuando éstas hayan sido previstas por norma expresa (Arratia 2012).

Ansuátegui Roig²⁶, señala que actualmente observa en el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, una transición de los sistemas jurídicos: a) de la primacía de la Ley a la primacía de la Constitución; b) de la reserva de la Ley a la reserva de la Constitución y c) del control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad. Con relación al principio de legalidad, requiere que la ley que sea sancionada formalmente y que su contenido esté de acuerdo con la Constitución, lo que es controlado por el órgano jurisdiccional correspondiente, es decir que no significa que la Ley, que se presume constitucional (formalmente y sustancialmente), pueda ser dejada de lado por todos, sino solamente por aquellos a quien la Constitución ha otorgado tal facultad.

²⁴ No debe olvidarse la Carta Magna del año 1215, que obliga al Rey Juan Sin Tierra y, posteriormente la petición de principios (1628), que consagran el principio de legalidad.

²⁵ Ku Yanasupo, Lily, *“El control difuso en sede administrativa ¿los tribunales administrativos protegen los derechos fundamentales?”* Págs. 25 a 33 en Revista Jurídica del Perú Nro. 132, febrero del 2012, Edit. Normas Legales, Lima 2012

²⁶ Ansuátegui R., Francisco, *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales Modelos y Evolución.* Pág. 106, Edit. Grijley, Lima 2007.

2.3. El Control difuso en sede administrativa

Para el Tribunal Constitucional, la posibilidad de ejercer control difuso por los Tribunales Administrativos, no ha tenido una respuesta uniforme, sino que en corto tiempo se ha ido de extremo a extremo:

2.3.1. Etapa de negación de tal facultad

En una primera etapa y conforme al texto constitucional (Art. 138 CPE), el Tribunal Constitucional negó la posibilidad de que la Administración Pública efectuara control difuso. Se citan los siguientes casos:

- a) **Expediente 007-2001-AI/TC**²⁷, de fecha 9 de enero del 2003: Defensor del Pueblo Vs. Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho (S JL).
- i. **Hechos del caso:** La Municipalidad de S JL declaró inaplicable la Ordenanza Municipal 211 expedida por la Municipalidad Provincial de Lima Metropolitana, por considerar que vulneraba el principio de igualdad tributaria.
 - ii. **Respuesta del Tribunal Constitucional:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda al considerar que la Administración Pública no puede realizar control difuso. Los fundamentos fueron:

“Este Colegiado considera que a efectos de resolver el fondo de la presente controversia, resulta necesario examinar dos aspectos esenciales en torno de la norma objeto de impugnación: a) si el Concejo Distrital de San Juan de Lurigancho se encontraba o no facultado para declarar inaplicable dentro de su propio ámbito territorial el texto de la Ordenanza N.º 211, expedida por la Municipalidad Metropolitana de Lima; ... (FJ 2).

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

²⁷ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00007-2001-AI.html>

declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable...” FJ 3

(Subrayado Nuestro)

b) **Expediente 0499-2002-AA/TC**²⁸, de fecha 16 de octubre del 2002: Empresa Triplay Iquitos Vs. Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT).

- i. **Hechos del caso:** La demandante Empresa Triplay Iquitos solicita que la SUNAT le reconozca exoneraciones tributarias creadas por la Ley General de Industrias. La demanda fue declarada improcedente al estimarse que las exoneraciones tributarias no son derechos protegidos constitucionalmente, criterio que fue confirmado en segunda instancia, estimando que ello debía ser discutido en primer lugar en la vía administrativa y residualmente en la vía del amparo
- ii. **Respuesta del Tribunal Constitucional:** El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, al estimar que en sede administrativa no puede discutirse temas constitucionales. Las razones del Tribunal fueron:

“La recurrida ha desestimado la pretensión aduciendo que la demandante no agotó la vía administrativa. El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. En primer lugar, como ha sostenido en anteriores ocasiones, la institución de la vía administrativa, como una condición de la acción del proceso de amparo, no puede entenderse como un privilegio del Estado, sino como una limitación del derecho constitucional de acceso a la justicia, según la cual el ordenamiento jurídico persigue que los problemas o diferencias que un particular mantenga con la administración pública, puedan resolverse en dicha sede, antes de acudir a la vía judicial. (FJ 1).

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

(subrayado nuestro).

En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que la exigencia de que debe agotarse nominalmente la vía administrativa-tributaria, como lo ha sostenido la recurrida, constituye un exceso de ritualismo procedimental

²⁸ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00499-2002-AA.html>

manifiesto al que se pretende someter a la demandante que, por ser ineficaz, dificulta irrazonablemente su derecho de acceso a la justicia” (FJ 2).

2.3.2. Etapa intermedia

En una segunda etapa el Tribunal Constitucional señala que la Administración Pública está vinculada a la Constitución por establecerlo así el Art. 38 de la CPE, es decir que solamente aplica las leyes si éstas se ajustan al texto constitucional. Se cita al ejemplo dos casos:

c) **Expediente 050-2004-AI/TC**²⁹, de fecha 9 de enero del 2003: Colegio de Abogados del Cusco y otros Vs. Congreso de la República.

- i. **Hechos del caso:** El Congreso de la República, utilizando el mecanismo de reforma constitucional dictó la Ley de Reforma Constitucional 28389 y 28449, que modificaban el régimen pensionario establecido por el Decreto Ley 20530 y eliminaban de la CPE la teoría de los derechos adquiridos.
- ii. **Respuesta del Tribunal Constitucional:** El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda al considerar que era la propia Constitución la que permitía tal reforma; empero con relación a la Administración Pública y su potestad de inaplicar normas inconstitucionales señaló:

“... FJ 156. La Constitución como norma vinculante para la Administración Pública: Por su parte, el artículo 11 de la Ley N° 28449, establece que los empleados y funcionarios de todas las entidades del sector público están obligados a cumplir, bajo responsabilidad, las directivas y requerimientos que en materia de pensiones emita el Ministerio de Economía y Finanzas.

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

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

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma

²⁹ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.html>

infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.

(Subrayado nuestro)

La gran ausencia en este fundamento jurídico del Tribunal Constitucional es que no explica debidamente la aparente antinomia que existiría entre los Art. 38 y 138 de la CPE.

d) **Expediente 0004-2006-AI/TC**³⁰, de fecha 6 de marzo del 2006: Fiscalía de la Nación y otros Vs. Congreso de la República.

- i. **Hechos del caso:** El Congreso de la República dictó la Ley 28665 “Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial. La Fiscalía interpone demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional al considerar inconstitucionales diversos artículos.
- ii. **Respuesta del Tribunal Constitucional:** El Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda; empero con relación a la Administración Pública y su vinculación a la Constitución:

“...FJ 13. Como es de entender, las atribuciones jurisdiccionales, sea en sede judicial ordinaria, especial o cuasijurisdiccional administrativa, se encuentran vinculadas al principio jurídico de supremacía constitucional señalado en el artículo 51 de la Constitución, en sus dos vertientes: Fuerza normativa positiva, aplicando las normas legales en base a las disposiciones constitucionales; y, fuerza normativa negativa, inaplicando la norma administrativa y/o legal que sea extraña a la Constitución. Pero, precisando que la calificación de lo inconstitucional radica en última instancia en esta sede constitucional concentrada, y que la inaplicación de una norma inconstitucional se producirá cuando exista jurisprudencia y/o precedentes vinculantes constitucionales, de conformidad con los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

(Subrayado nuestro).

2.3.3. Sentencia del caso Salazar Yarlenque y su aclaración

Como se aprecia, antes del caso Salazar Yarlenque (03741-2004-PA/TC de 14 de noviembre del 2005), el Tribunal Constitucional, ha pasado por dos momentos en un corto periodo de tiempo, en principio señaló que el control difuso reconocido por la

CPE solamente la aplicaban los jueces; posteriormente señalaría la vinculación de la Administración a la Ley y la Constitución y la posibilidad de incumplir leyes inconstitucionales. En una tercera etapa, de manera abierta, reconoce que la Administración Pública tiene la facultad de aplicar control difuso.

a) El Control difuso en sede administrativa según el Tribunal Constitucional.

En el fundamento Jurídico de la STC 03741-2004-PA/TC, se señala:

“...§9. El precedente extraíble en el presente caso

FJ 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 términos³¹:

- 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”.

Con fecha 13 de octubre del año 2006, casi un año luego, el Tribunal Constitucional publicó la siguiente aclaración integrándola como precedente vinculante, lo que implica un reconocimiento al riesgo que puso la seguridad jurídica:

³¹ Sólo se hace mención a lo resuelto en el punto A por ser lo relevante para el presente trabajo. Ahora bien, en la referida STC 03741-2004-PA/TC, en su parte resolutive se menciona que los FFJJ 41 y 50 son precedentes vinculantes. el Fundamento Jurídico 41 desarrolla lo que es un precedente vinculante y lo diferencia del precedente judicial. El punto B) del FJ 50 señala que: “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”.

FJ 4. Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N.º 3741-2004-AA/TC, esto es, que “(...) [t]odo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)”. Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados;

FJ 7 Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

FJ 8 Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

(Subrayado nuestro)

b) Alcances de la sentencia del Tribunal Constitucional: Los alcances de la Sentencia STC 3741-2004-PA/TC y su aclaración pueden resumirse en:

- El acto administrativo debe aplicar una norma inconstitucional,
- La norma debe ser relevante para la solución de la controversia, que se debate en un procedimiento administrativo.
- La norma debe ser evidentemente incompatible con la Constitución, es decir es imposible interpretarla conforme a la Constitución,

- Solamente ejercen tal facultad los Tribunales Administrativos u órganos administrativos de carácter nacional,
- A pedido de parte (Excepcionalmente de oficio: cuando la norma ya fue interpretada por el Tribunal Constitucional),
- La Administración no puede *inaplicar* leyes cuya constitucionalidad haya sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional.

c) Críticas a la Sentencia 03741-2004-PA/TC:

Como todo fallo del Tribunal Constitucional, se ha escrito bastante al respecto, a favor y en contra.

- **¿Kelsen contra Kelsen?** En la sentencia y su posterior aclaración se señala que todos tienen el deber de cumplir y ser guardianes de la Constitución; empero lo resuelto infringe tanto el Art. 138 y 146 de la propia CPE que reservaron dicha forma de control al Poder Judicial y que por extensión también puede aplicar el Jurado Nacional de Elecciones como Organismo Constitucional responsable de los procesos electorales. El Tribunal sustenta parte de sus argumentos en el jurista H. Kelsen. Si tenemos la obligación de hacer cumplir la Constitución, otorgar facultades de control difuso a quien, constitucionalmente no las tiene, es atentar contra la norma que se protege. Kelsen sustentó que la defensa de la Constitución estará verdaderamente garantizada si existe un órgano jurisdiccional especializado que se encargue del control de constitucionalidad de la ley. Kelsen quiere la primacía y plena vigencia de la Constitución, pero no por acto o decisión de cualquier persona, sino porque el propio ordenamiento jurídico tiene sus mecanismos que así lo aseguran.
- **¿Se atenta contra la seguridad jurídica?**
Sí, porque a diferencia de lo regulado para el Poder Judicial, el control difuso que aplica la administración pública es por regla general a pedido de parte y excepcionalmente de oficio. Los jueces ante casos similares, de considerar una norma inconstitucional aplican el control difuso aún cuando no haya sido invocado por las partes, lo que no sucede con la Administración, que será subordinado al pedido de partes, resultando que en un caso similar con partes diferentes, la respuesta puede ser diferente.

Esto último es perjudicial a la seguridad jurídica, pues se tiene a la Administración Pública, consciente de una norma inconstitucional, aplicándola hasta que le soliciten formalmente haga uso del control difuso y nuevamente apliquen una norma inconstitucional.

Dentro de las ventajas que tiene el control concentrado constitucional, es la expulsión de la norma del sistema jurídico, o en todo caso, en el control difuso aplicado al caso concreto, su inaplicación por el Juez aun cuando las partes lo hayan solicitado. La decisión judicial será elevada en consulta ante la Corte Suprema, la que decidirá si aprueba o no aprueba tal control constitucional y dichas decisiones son fuente jurisprudencial que debe ser observada por los aplicadores del derecho (*infra* 2.4).

Igualmente, la decisión que dicte la Administración Pública a través de sus tribunales autónomos, cuando es favorable al administrado quedará firme, por las dificultades que tiene la Administración Pública ordinaria de activar la jurisdicción contenciosa administrativa (ejemplo una Municipalidad que desee cuestionar la decisión del Tribunal Fiscal).

Como bien lo señala Tirado Barrera³², no existe ningún tipo de control o mecanismo destinado a uniformizar la jurisprudencia administrativa referida a la inaplicación de una ley por inconstitucional: “... *En todo caso, no deja de ser paradójico que al trasladar al ámbito administrativo la inaplicación de leyes, ésta resulta siendo mucho más libre y sin controles que en el ámbito judicial*”.

- **¿La aclaración aclara o integra la sentencia?**

Conforme lo señala Castillo Córdova³³, en estricto la denominada aclaración del Tribunal Constitucional, no lo es porque modifica los alcances de la sentencia original redefiniendo los entes de la Administración que podrán ejercer el control difuso: órganos y tribunales administrativos (ya no órganos colegiados), adscritos al Poder Ejecutivo (dependientes de alguno de sus ministerio, lo que en la práctica espantaría al mismo Montesquieu al ver que un

³² Tirado B., José, *¿Debe la Administración inaplicar una ley por inconstitucional?: tres argumentos en contra del control difuso*, Pág.163 a 178, en Libro *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano* (Ponencias presentadas ante el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo – 2009), Editorial Grijley, Lima 2009.

Tribunal del Poder Ejecutivo le dice al parlamento que su ley es inconstitucional y por eso decide inaplicarla), deben impartir justicia administrativa, carácter nacional y tener por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados. La aclaración evidencia las contradicciones del Tribunal, que reconoce que su sentencia original trae problemas de seguridad jurídica, pero que en lugar de corregir, persiste en su decisión.

En la Aclaración a la Sentencia del expediente Nro. 03741-2004-PA/TC, se restringe los alcances de la propia sentencia y es contradictoria con su fundamentación original, pues de la expresión “los órganos colegiados” lo limita a los órganos y tribunales de competencia nacional adscritos al ejecutivo, es decir que el Tribunal considera que existen Tribunales administrativos que deben aplicar leyes inconstitucionales, sin manifestar nada al respecto.

Ahora bien, consecuente con su política de control constitucional, en la sentencia dictada en el expediente 142-2011-TC34, de fecha 21 de setiembre del 2011 el Tribunal Constitucional regula la manera en que se realiza éste control difuso en la vía arbitral³⁵ (En otro trabajo se desarrollará lo conveniente o no de este control difuso en la vía arbitral). Si el Tribunal Constitucional considera que todos estamos en la obligación de hacer vigente la Constitución, sin tener en cuenta los mecanismos procesales existentes para el efecto, porqué

³³ Castillo C., Luis, *Administración pública y control de constitucionalidad de las leyes ¿otro exceso del TC?*, Págs. 31-45, en Revista Gaceta Jurídica Nro. 98, noviembre 2006. Edit. Gaceta Jurídica, Lima 2006.

³⁴ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.pdf>

³⁵ Fj 25: “Esto resulta más evidente aún si se tiene en cuenta que, conforme ya ha destacado este Tribunal, “*el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51° de la Carta Magna; ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia*” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 11). En tal sentido, de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera”.

Fj 26: “Fj 26 (precedente). “No obstante, el ejercicio del control difuso de constitucionalidad en la jurisdicción arbitral debe ser objeto, como se acaba de expresar, de modulación por este Supremo Intérprete de la Constitución, con el propósito de que cumpla debidamente su finalidad de garantizar la primacía de la Constitución y evitar así cualquier desviación en el uso de este control constitucional. Por ello, se instituye la siguiente regla:

El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes”.

limitarla a determinados tribunales administrativos o al pedido de las partes del proceso.

- **¿Cómo saber que el control difuso fue bien aplicado?** En la Justicia contenciosa administrativa peruana, las decisiones en última instancia pueden ser impugnadas a través del Proceso Contencioso Administrativo – PCA (Ley 27584, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo 003-2008-JUS). Conforme lo señala el Art. 148 de la CPE³⁶, las decisiones finales expedidas en instancia administrativa, pueden ser impugnadas judicialmente.

Este control judicial es similar al Art. 106.1 de la Constitución Española de 1978.³⁷

La decisión del Tribunal Administrativo que no ejerza el control difuso o estime que la norma cuestionada en el caso es constitucional, puede ser cuestionada en sede judicial, por el administrado y será en el proceso judicial en el que el Juez determine si estuvo bien aplicado o no el control difuso. Pero puede resultar que dicha resolución aplique control difuso y dicha decisión no es “*fácilmente impugnable*”, con lo que la decisión del Tribunal Administrativo es firme.

Por citar un ejemplo, en materia tributaria, la máxima instancia administrativa es el Tribunal Fiscal, que resuelve en última instancia las controversias sobre tributos. Allí terminan los conflictos entre los contribuyentes y la Administración Tributaria. El Tribunal Fiscal es una dependencia del Ministerio de Economía y Finanzas. Conforme lo señala el Art. 157 del Código Tributario peruano, las resoluciones del Tribunal Fiscal pueden ser materia de proceso contencioso administrativo (PCA), que se inician por demanda presentada por el deudor tributario ante la autoridad judicial competente, la última parte de dicha norma en comento sanciona que: *"La Administración Tributaria no tiene legitimidad para obrar activa. De modo excepcional, la Administración Tributaria podrá impugnar la resolución del Tribunal Fiscal"*

³⁶ “**Artículo 148.- Acción contencioso-administrativa:** Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”.

³⁷ **Art. 106.1 Constitución Española:** Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

que agota la vía administrativa mediante el Proceso Contencioso Administrativo en los casos en que la resolución del Tribunal Fiscal incurra en alguna de las causales previstas en el artículo 10 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”.

El especialista Morón Urbina³⁸, señala que el gran riesgo de esta “falta de control” en la aplicación del control difuso es que se pone a la Administración en condiciones de mucho más capacidad para desacatar a la Ley que el control difuso en sede judicial.

d) Una primera y nefasta consecuencia

En vigencia de la Sentencia 03741-2004-PA/TC, un caso que evidencia la confusión originada por el precedente en mención, es la Ordenanza que promulgó el Gobierno Regional de Ayacucho, que por el sólo hecho de no compartir una norma dictada por el Poder Ejecutivo – Decreto Supremo 002-2010-ED, emitió una Ordenanza Regional en la que aplicando “control difuso”, declaró inaplicable por inconstitucional el mencionado Decreto Supremo, situación que el propio Tribunal Constitucional tuvo que corregir declarando la inconstitucionalidad de tal norma.

Efectivamente, el expediente Nro. 00025-2010-PI/TC se resolvió, con fecha 21 de julio del 2011, la acción de inconstitucionalidad promovida por la Presidencia de la República en contra la Ordenanza Regional Nro. 004-2010/GRA/CR emitida por el Gobierno Regional de Ayacucho, que declaró “inaplicable” (por control difuso) el Art. 1 del Decreto Supremo 002-2010-ED. El argumento central esgrimido por el Gobierno Regional de Ayacucho fue: *“del control difuso activo administrativo, en defensa de la supremacía normativa de la Constitución (...), en el entendido, de que los fines esenciales de los procesos constitucionales, es garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. El Consejo Regional del Gobierno Regional de Ayacucho, ente fiscalizador y legislativo, en aplicación al control difuso activo administrativo, tomando en cuenta uno de los fines primordiales de la Constitución, que es PROMOVER EL BIENESTAR GENERAL QUE SE FUNDAMENTA EN LA*

³⁸ Morón U., Juan C., *¿Es ahora el Poder Ejecutivo el guardián in límite de la constitucionalidad de las Leyes? Luces y sombras sobre las consecuencias del precedente Salazar Yarlenque*, Págs. 55-67, en *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional* –

JUSTICIA Y EN EL DESARROLLO INTEGRAL Y EQUILIBRADO DE LA NACIÓN, RESPETANDO LOS FINES Y OBJETIVOS DE LOS PROCESOS DE DESCENTRALIZACIÓN Y REGIONALIZACIÓN, Y DE CONFORMIDAD A LA LEY ORGÁNICA DE LOS GOBIERNOS REGIONALES, RESPETANDO LA POLÍTICA EDUCACIONAL, PROMOVRIENDO UNA CULTURA DE DERECHOS, PROTEGIENDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS DOCENTES, EN EL ÁMBITO REGIONAL DE AYACUCHO, ha emitido la Ordenanza Regional N 004-201 (sic), generándose con ello, un CONFLICTO COMPETENCIAL (énfasis del original)”. En el fundamento 18 de la referida sentencia, el Tribunal Constitucional cuestiona, solamente el hecho de la inexistencia de un procedimiento administrativo previo, es decir consideró que se realizó un control constitucional en abstracto (concentrado), lo que sólo puede ser efectuado por el Tribunal Constitucional, además de no tratarse de una autoridad que tenga competencia a nivel nacional³⁹.

El ejemplo evidencia que la tutela de los derechos fundamentales no se consigue otorgando facultades del control constitucional a más entidades del Sector Público, sino, como en el caso del control difuso de sede judicial, creando mecanismos que garanticen la seguridad jurídica, tal cual se aprecia en el numeral siguiente.

e) **Los casos bandera pro control difuso de la administración**

Quienes sostienen la conveniencia de la aplicación del control difuso en sede administrativa afirman que este control permite la protección y defensa de los derechos fundamentales en el ámbito administrativo, sin necesidad que se acuda al Poder Judicial. Afirman que los siguientes casos demuestran su conveniencia⁴⁰.

- Protección al Derecho de Defensa y la garantía implícita del debido proceso que impide la reforma peyorativa o *reformatio in peius*:

Mediante Resolución del Tribunal Fiscal (RTF) Nro. 0026-1-2007 del 5 de enero del 2007, el Tribunal Fiscal, ejerciendo control difuso declaró inaplicable el Art. 8.2 de la Resolución de Superintendencia 141-2004/SUNAT (norma infralegal), que establecía la pérdida de los beneficios de la gradualidad ante la desestimación de un recurso administrativo. Si bien el Tribunal Fiscal señala

que ejerce control difuso, no lo hace, pues en principio se trata de una norma infralegal/reglamentaria, cuya inaplicación la puede efectuar conforme al texto legal, máxime que el propio Tribunal Constitucional había declarado en otros procesos que tales normas son inconstitucionales al afectar el derecho de defensa de los contribuyentes. Cuando el Tribunal inaplica la norma no hace control constitucional, sino control legal, sobre la base de lo decidido por el Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia es vinculante para la administración.

- No confiscatoriedad de tributos:

Las RTF Nros. 03264-2-2007, 13640-5-2008 y otras, señalan que el cobro de arbitrios municipales por algunas municipalidades distritales, presentaban vicios de invalidez por lo que no existía legitimación para cobrar, el fundamento de ello fueron los diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto. En realidad pese a la motivación, se interpreta las normas siguiendo los precedentes del Tribunal Constitucional, lo que no representa un control difuso, sino la interpretación de normas legales conforme a los precedentes constitucionales.

- Derecho al debido proceso de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional:

La RTF 4066-5-2009, establece que en aplicación del control difuso se inaplican normas de carácter municipal que contravienen el derecho de contradicción del administrado, pues éste era exigido por normas de la Municipalidad de Lince a cancelar primero su deuda antes de reclamar. El Código Tributario peruano permite la reclamación de deudas tributarias sin pago alguno (Art. 136), por lo que era suficiente resolver la antinomia que se presentaba entre la norma municipal y el Código Tributario, teniendo presente los principios establecidos por la Constitución (Art. 74).

Como se puede apreciar, los casos emblemáticos no evidencian de manera clara el aporte del control difuso en la vía administrativa.

2.4. El Poder Judicial, el control difuso y la Corte Suprema en el Perú

En el ordenamiento jurídico peruano, los jueces ejercen control constitucional a través del control difuso, pero independientemente del nivel de la magistratura en el que se

⁴⁰ Tomados del trabajo de Ku Yanasupo, ya referido.

efectúe tal control, debe elevarse en consulta ante la Corte Suprema de la República para que apruebe o desapruebe el control realizado.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) señala en su artículo 14 que: *“En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma que la Constitución establece”*. El Art. 408.3 del Código Procesal Civil señala que la consulta procede contra las resoluciones que no son apeladas en las que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria.

En la jurisprudencia nacional se han presentado las siguientes consultas desaprobadas por la Corte Suprema:

- **Expediente 282-2011-Lima.** El artículo 22, 2do. Párrafo del Código Penal prohíbe la reducción de pena por responsabilidad restringida a casos de violación sexual. El juez de causa consideró discriminatoria esta prohibición de reducción y aplicó el derecho de igualdad consagrado en el Art. 2 de la CPE. La Corte Suprema señaló que *“... el hecho de que la disminución de la pena en supuestos de responsabilidad restringida no se aplique a casos de violación sexual no es discriminatorio ‘debido a la extrema gravedad del ilícito penal, o la naturaleza del bien jurídico que protegen’ ... La igualdad debe ser aplicada entre iguales lo que no es el caso ...”* (FJ 7 y 8).
- **Expediente 3888-2010-Lima.** El Art. 413 del Código Procesal Civil establece la exoneración del pago de costos a entidades públicas, mediante auto el Juez de la causa estimó que dicha norma vulneraba el principio de igualdad entre las partes. La corte Suprema señaló que no hay infracción del derecho a la igualdad.
- **Expediente 2126-2009-Lima.** El Art. 415 del Código Civil señala que el hijo alimentista tiene derecho a pensión sólo hasta los 18 años, en tanto que el Art. 424 del Código Civil reconoce que los hijos reconocidos (judicial o extrajudicialmente) tienen derecho a pensión de alimentos hasta los 28 años y de manera indefinida aquellos que no tienen la posibilidad de atender su propia subsistencia por incapacidad física o mental. El Juez consideró que dicha norma era discriminatoria. La Corte Suprema, en mayoría, declaró que la norma no lo era, pues los hijos reconocidos son diferentes a los hijos alimentistas (hijos no

reconocidos, cuya paternidad se presume por haber mantenido relaciones sexuales durante el periodo de concepción⁴¹).

- **Expediente 2217-2011:** El Art. 1 de la Ley 26641 establece la suspensión de prescripción por contumacia del imputado. El Juez de la causa consideró inconstitucional este artículo, lo que fue desaprobado por la Corte Suprema que indicó que “... tiene sustento válido ... porque la interrupción del plazo prescriptorio se da en supuesto donde el procesado rehúye el juzgamiento.
- **Expediente 2491-2010:** El Art. 425, inciso 3, literal b), sobre la posibilidad de la *reformatio in peius*. La Sala Superior en un caso de violación de un menor de edad inaplicó la norma en mención al estimarla inconstitucional; empero la Corte Suprema declaró que la norma sí es constitucional.

Más allá de estar de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Suprema, se evidencia la utilidad de la consulta del control difuso aplicado.

Ahora bien, al tratarse de pronunciamientos de la Corte Suprema, se aplica el Art. 22 de la LOPJ que señala “*Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial El Peruano de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales*”; es decir que la aplicación del control difuso para el caso concreto sirve de guía para los demás casos similares, por lo que no se afecta la seguridad jurídica. Este mecanismo de consulta no existe en la sede administrativa.

2.5. El Tribunal Fiscal y el Control difuso que en sede administrativa aplica.

Como se ha señalado el Tribunal Fiscal es el máximo Tribunal en materia administrativa. El Art. 102 del Código Tributario establece de manera expresa que “*Al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía...*”.

En reiteradas decisiones el Tribunal Fiscal interpretó que la norma de mayor jerarquía que tenía por aplicar era la Ley y así lo ha señalado en diversas Resoluciones (RTF), citando al ejemplo:

⁴¹ El concepto de hijo alimentista está desapareciendo del derecho peruano al determinarse, actualmente, la paternidad en un proceso monitorio utilizando como prueba de la no paternidad, el examen de ADN que debe presentar el demandado a reconocer.

- RFT Nro. 06919-3-2008 “*El mandato legal contenido en el artículo 102 del Código Tributario presupone la existencia de una norma de inferior jerarquía que estableciera disposiciones que resultasen violatoria a lo que hubiera previsto una norma con rango de ley*” (30 de mayo del 2008).
- RTF Nro. 05121-5-2006 “*Este Tribunal ejerce el control constitucional de legalidad establecido en el artículo 102 del Código Tributario, aplicando al resolver la norma de mayor jerarquía, atendida dentro de su fuero administrativo, y si bien la aplicación e interpretación debe realizarse dentro del marco constitucional, ello no implica que se pueda aplicar el control difuso de constitucionalidad de las normas*” (21 de septiembre de 2006).

Sin embargo, a tenor de lo establecido por el Tribunal Constitucional, dicho criterio ha variado mediante Acuerdo de Sala Plena 06-2008, de enero del dicho año. Allí el Tribunal Fiscal indica que: “... *el Tribunal Constitucional en la Sentencia Nro. 3741-2004-AA/TC publicada el 6 de noviembre de 2006, estableció con carácter de precedente vinculante que ‘Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo ...’ En consecuencia el Tribunal Fiscal tiene la obligación de realizar un examen de la constitucionalidad de las normas sobre las que se basa la Administración Tributaria para establecer la comisión de infracción e imponer sanciones, encontrándose impedido de aplicar a las situaciones y relaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley que ha sido declarar inconstitucional, y por conexión, las normas que ellas derivan. Cabe señalar que el Tribunal Constitucional en las sentencias citadas precedentemente ha establecido que el ‘control difuso’ administrativo se puede realizar a pedido de parte y excepcionalmente procede de oficio, cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado éste o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante de dicho Tribunal, establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional ...’*. En atención a lo anterior el Tribunal Fiscal estableció como **criterio de observancia obligatoria administrativa**: “*La declaración de inconstitucionalidad del artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001, establecida en la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC, conlleva a la inaplicación de los*

numerales 2.16 y 3.15 del artículo 19° del Reglamento de Comprobantes de Pago, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 007-99-SUNAT, modificado por las Resoluciones de Superintendencia N° 004-2003-SUNAT y N° 028-2003-SUNAT, tratándose de las infracciones previstas en los numerales 3) y 6) del artículo 174° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, cometidas y sancionadas antes de que surtiera efecto la citada sentencia, cuyas impugnaciones en sede administrativa aún se encuentran en trámite” (subarayado nuestro).

El acuerdo plenario anterior se utilizó al expedir la RTF Nro. 01202-2-2008⁴² (30 de enero del 2008), no es una aplicación de control difuso, sino que es una aplicación de control de legalidad permitida por el ya mencionado Art. 102 del Código Tributario, pues se inaplica normas reglamentarias (infralegales) al haber declarado el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad del Decreto de Urgencia 140-2001 (conforme al derecho peruano, los Decretos de Urgencia tienen fuerza de ley, pero que no puede contener materia tributaria como lo señala el Art. 74 de la CPE⁴³ –por ello fue declarado inconstitucional. Si la norma es inconstitucional, lo que hace el Tribunal Fiscal es inaplicar los reglamentos de la norma inconstitucional, pero de ninguna manera efectúa control difuso). Si la norma principal fue expulsada del ordenamiento jurídico lo que hace el Tribunal Fiscal es declarar que sus normas reglamentarias pierden vigencias, es decir es una labor interpretativa conforme a la CPE y no una aplicación de control difuso.

III. SOLUCIONES AL PROBLEMA

Es innegable que siempre que todo sistema jurídico siempre corre el riesgo de producir normas inconstitucionales que afectan los derechos fundamentales de la persona; el sistema de control concentrado tiene como solución la expulsión del ordenamiento jurídico, el sistema de control difuso tiene como solución la inaplicación de la norma al caso que se decide, resultando en el caso peruano que es la Corte Suprema la encargada de aprobar o desaprobado tal control constitucional.

⁴² http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/jurisprude/acuer_sala/2008/resolucion/2008_2_01202.pdf

⁴³ “Artículo 74.- Principio de Legalidad ... (3er. Párrafo) “... Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria...”

Un sistema jurídico avanza cuando tanto los mecanismos procesales como se distribuir entre todos

¿Cuál debe ser la conducta de la administración pública frente a una ley inconstitucional? Debe legislarse la posibilidad de que la Administración Pública, plantee de manera formal, tal situación ante el Tribunal Constitucional, reconociendo que la Administración Pública no puede ejercer control difuso.

La defensa de la Constitución por todos, es una regla de vida en sociedad, así como lo es el respeto del sistema jurídico reconocido en la Constitución.

Otra alternativa más simple es que el propio Tribunal, haciendo uso del *overruling*, deje sin efecto tal norma que vulnera la seguridad jurídica.

IV. CONCLUSIONES

Del trabajo realizado fluyen las siguientes conclusiones:

- 4.1 Atenta contra la seguridad jurídica y la propia Constitución Política del Estado, el otorgar la facultad de aplicar el control difuso al caso concreto a la Administración Pública.
- 4.2 Es contradictoria la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 03741-2014-PA/TC, tanto en su parte considerativa como en su parte resolutive. Es contradictorio citar a Kelsen para sostener la posibilidad de un control difuso efectuado por tribunales de la administración pública, así como sindicarse la obligatoriedad que tienen todos de hacer vigente la Constitución para luego disponer algo no permitido por la Constitución y, limitar dicha actuación al pedido de parte y recaer tal facultad solamente en Tribunales Administrativos Nacionales.
- 4.3 La denominada aclaración a la sentencia del expediente 03741-2012-PA/TC, y que regula la aplicación del control difuso por la vía administrativa, evidencia que el propio Tribunal Constitucional sabe de la inseguridad jurídica que ocasionó su fallo original, pero no repara en que tal aclaración también es contradictoria.
- 4.4 La aplicación del control difuso en sede administrativa, no está sujeta a control alguno; salvo que se lleve la litis al Poder Judicial, por parte del administrado,

por lo que toda aplicación de control difuso a favor del administrado difícilmente podrá ser recurrida por la Administración Pública.

- 4.5 Se debe legislar sobre la posibilidad de que los Tribunales de la Administración Pública, ante la presencia de una norma que estiman inconstitucional, puedan remitir los actuados al Tribunal Constitucional o en su defecto deberá dejarse sin efecto el precedente materia del presente trabajo.
- 4.6 Debe reiterarse que la Administración Pública en sus actuaciones está sujeta a la Ley y la Constitución, por lo que al interpretar toda norma jurídica lo hará bajo los cánones de la Constitución, sin que ello signifique que pueda inaplicar leyes o normas de rango similar.

Marie-Jeanne Roland de la Platiere, esposa de Jean Roland, un importante revolucionario francés de la Gironda, camino a la guillotina nos legó su famosa frase *¡Oh Libertad, cuántos crímenes se cometen en tu nombre!*, que parafraseada al presente trabajo diríamos “Constitución, cuánta inseguridad jurídica se crea justificando tu vigencia”.

Arequipa, marzo 2014.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 5.1. Ansuátegui R., Francisco, *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales Modelos y Evolución*. Pág. 106, Edit. Grijley, Lima 2007.
- 5.2. Bullard G., Alfredo, *Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas*, Pág. 79-95, en Themis – Revista de Derecho, Nro. 51, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2005.
- 5.3. Castillo C., Luis, *Administración pública y control de constitucionalidad de las leyes ¿otro exceso del TC?*, Págs. 31-45, en Revista Gaceta Jurídica Nro. 98, noviembre 2006. Edit. Gaceta Jurídica, Lima 2006.
- 5.4. Chávez R., Mario, *El control difuso y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Págs. 414-415, en Revista Gaceta Constitucional, Nro. 2, febrero 2008, Gaceta Jurídica, Lima 2008.
- 5.5. Ferreres C., Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Pág. 51, Editorial Marcial Pons, Madrid 2011.
- 5.6. García B., Domingo, *Notas sobre el Control de Constitucionalidad en el Perú – Antecedentes y desarrollo 1823-1979*, en Revista Virtual: Historia Constitucional, Nro. 4, 2003 <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/202/180>
- 5.7. Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Pág. 317, Trad. de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, 2da. Edición revisada, México D.F.: 1958
- 5.8. Ku Yanasupo, Lily, “*El control difuso en sede administrativa ¿los tribunales administrativos protegen los derechos fundamentales?*” Págs. 25 a 33 en Revista Jurídica del Perú Nro. 132, febrero del 2012, Edit. Normas Legales, Lima 2012.
- 5.9. Morón U., Juan C., *¿Es ahora el Poder Ejecutivo el guardián in límite de la constitucionalidad de las Leyes? Luces y sombras sobre las consecuencias del precedente Salazar Yarlenque*, Págs. 55-67, en La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional – Palestra del Tribunal Constitucional – Cuaderno de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional Nro. 1, Editorial Palestra, Lima 2007.
- 5.10. Roldán C., Omar, *Los sistemas concentrado y difuso de la constitucionalidad normativa*, Págs. 275 a 278, en Gaceta Constitucional Nro. 49, enero del 2012, Edit. Gaceta Jurídica, Lima 2012.
- 5.11. Tirado B., José, *¿Debe la Administración inaplicar una ley por inconstitucional?: tres argumentos en contra del control difuso*, Pág. 163 a 178, en Libro El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano (Ponencias presentadas ante el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo – 2009), Editorial Grijley, Lima 2009.

Webs consultadas

- 5.12. http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/jurisprude/acuer_sala/2008/resolucion/2008_2_01202.pdf
- 5.13. http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b7dbf2004c40a8f7b9ccff7b99635ed1/I_PSO_JURE_18.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b7dbf2004c40a8f7b9ccff7b99635ed1

- 5.14. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3220/3043>
- 5.15. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3302/3144>
- 5.16. http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_13-El-control-difuso-en-sede-administrativa.pdf