



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO PERUANO

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER
EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Autora: MOSI MARCELA MEZA FIGUEROA

Asesor: DR. ENRIQUE MARTÍN BERNALES BALLESTEROS

Miembros del Jurado:

Dr. César Rodrigo Landa Arroyo
Dr. Enrique Martín Bernales Ballesteros
Dr. José Omar Cairo Roldán

Lima, 2014

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.
 - 1.1 El Estado Constitucional como Estado de Derecho: reconocimiento del Principio de Supremacía de la Constitución.
 - 1.1.1 El Estado de Derecho como mecanismo de control del poder político.
 - 1.1.2 El Estado Constitucional de Derecho: Supremacía Constitucional y Defensa de los Derechos Fundamentales del individuo.
 - 1.2 La Administración Pública y el Principio de Legalidad: evolución histórica y su (re)interpretación en un Estado Constitucional de Derecho.
 - 1.2.1 Fundamentos históricos, normativos y doctrinarios de la Administración Pública y el Principio de Legalidad.
 - 1.2.2 Replanteamiento del Principio de Legalidad en un Estado Constitucional de Derecho.
 - 1.3 Principios y derechos de la función jurisdiccional: unidad y exclusividad.
 - 1.3.1 Noción de jurisdicción en el marco de lo establecido por nuestra Constitución Política.
 - 1.3.2 ¿La administración pública ejerce jurisdicción?
2. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO.

- 2.1 Posiciones divergentes del Tribunal Constitucional en relación al control difuso administrativo.
 - 2.1.1 Etapa de negación.
 - 2.1.2 Primeros atisbos de permisión.
 - 2.1.3 Punto de definición: caso Salazar Yarlenque.
 - 2.2 Análisis del precedente vinculante fijado en el caso Salazar Yarlenque: sentencia y resolución aclaratoria.
 - 2.2.1 Fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente n.º 03741-2004-AA Caso Salazar Yarlenque: aciertos y desaciertos.
 - 2.2.2 Resolución aclaratoria: ¿nuevas reglas?
 - 2.3 Sentencia que deja sin efecto el precedente vinculante Salazar Yarlenque.
3. ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO.
- 3.1 Acceso a la información pública: solicitudes efectuadas a los tribunales administrativos de alcance nacional.
 - 3.1.1 No existe clasificación alguna respecto de las resoluciones de control difuso.
 - 3.1.1.1 Tribunal Fiscal.
 - 3.1.1.2 Tribunal Registral.
 - 3.1.1.3 Tribunal de INDECOPI.
 - 3.1.1.4 Tribunal de Contrataciones del Estado.
 - 3.1.1.5 Tribunal del Servicio Civil.
 - 3.1.2 Mecanismo de aplicación disímil.

3.1.3 Formación constitucional de los funcionarios pertenecientes a los tribunales administrativos.

3.2 Aplicación del precedente: análisis de resoluciones emitidas por tribunales administrativos en las que se haya efectuado el control difuso.

3.2.1 Resoluciones emitidas por el Tribunal Fiscal.

3.2.1.1 RTF n.º 03271-4-2001 del 11 de abril de 2007.

3.2.1.2 RTF n.º 02364-A-2007 del 15 de marzo de 2007.

3.2.2 Resoluciones emitidas por el Tribunal Registral.

3.2.2.1 Resolución n.º 210-A-2007-SUNARP-TR-L del 13 de abril de 2007.

3.2.2.2 Resoluciones n.ºs 369-2007-SUNARP-TR-L del 14 de junio de 2007, 440-2007-SUNARP-TR-L del 06 de julio de 2007 y 510-2008-SUNARP-TR-L del 09 de mayo de 2008.

3.2.3 Resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

3.2.3.1 Resolución n.º 146-2011-TC-S1 del 31 de enero de 2011.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXO

Respuestas brindadas por los tribunales administrativos a las solicitudes de acceso a la información pública.

INTRODUCCIÓN

La presente Tesis tiene como finalidad analizar una institución creada por el supremo intérprete de nuestra Constitución, denominada “Control Difuso Administrativo”, teniendo como base el principio de Supremacía Constitucional, pilar de un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro, cuyos orígenes y contenido serán desarrollados en el primer capítulo de la presente investigación.

El ordenamiento jurídico peruano tiene un sistema de control constitucional dual; así, mediante el Tribunal Constitucional se consagra el modelo de control concentrado que consiste en la expulsión de una ley del marco jurídico general por contravenir la norma suprema del Estado; en tanto que a través del control difuso, recogido por el artículo 138° de nuestra Constitución Política de 1993, se faculta a los jueces a inaplicar -no invalidar- una ley para el caso concreto cuando esta resulta contraria a los parámetros establecidos por la norma fundamental.

Respecto a este último sistema de control -cuyos orígenes pueden remontarse a los casos Bonham (1610) y Marbury vs Madison (1803)-, conforme se ha señalado, la facultad primaria establecida por la Constitución peruana se encuentra direccionada al Poder Judicial, en tanto son los jueces quienes, en un caso particular de resolución de conflictos, vislumbran la existencia de una ley determinante para la causa, advirtiendo su inconstitucionalidad y procediendo a su inaplicación únicamente para dicho caso.

No obstante, existen también otras instituciones que ejercen jurisdicción y, por ende, se encuentran facultadas para aplicar el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, así empezamos por el propio Tribunal Constitucional quien, además de conocer en instancia única el proceso de inconstitucionalidad (ejerciendo el control concentrado), también conoce en última y definitiva instancia los procesos constitucionales de la libertad y el proceso de cumplimiento, en los cuales también se encuentra facultado para ejercer

el control difuso. Del mismo modo, tenemos al fuero militar y arbitral, así como al Jurado Nacional de Elecciones y el Consejo Nacional de la Magistratura, quienes facultados también por la Constitución, ejercen jurisdicción en el ámbito de su competencia.

Ahora bien, en el ámbito administrativo igualmente se presentan conflictos intersubjetivos que requieren una solución ajustada a derecho emanada de las instancias correspondientes de la Administración Pública, sistema denominado por una parte de la doctrina como “cuasi-jurisdicción” o “justicia administrativa”.

Considerando que en la búsqueda de remedios para tales conflictos, los operadores administrativos se topan con la imperiosa necesidad de aplicar una ley que les resulta manifiestamente inconstitucional, no resulta absurdo pensar que los mismos puedan ejercer una suerte de control difuso -al igual que los jueces-, e inaplicarla para dicho caso particular, siempre que dicha decisión propenda a garantizar los derechos fundamentales de los administrados.

Tal argumentación ha sido desarrollada por el máximo intérprete de la Constitución a través de la sentencia recaída en el expediente Salazar Yarlenque, mediante la cual faculta a los tribunales administrativos a ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, bajo ciertas condiciones.

En el segundo capítulo de la presente investigación, se identifica aquellas sentencias en las cuales el supremo colegiado ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular, apreciándose el giro que ha ido teniendo su postura inicialmente radical para finalmente sentar un precedente que generó y sigue generando muchas controversias en la doctrina nacional y que resulta ser un punto de partida para argumentaciones constitucionales -en un sentido y otro- respecto de temas tan trascendentales como la supremacía constitucional, la separación de poderes, los límites del Tribunal Constitucional, los principios de interpretación constitucional, los precedentes vinculantes, eficacia vertical de los derechos fundamentales, entre otros.

Con la finalidad de aterrizar el debate constitucional al campo de acción, en el tercer capítulo se analiza una variedad de resoluciones en las cuales se aplica el control difuso por parte de tribunales administrativos a los cuales, ejerciendo el derecho fundamental de acceso a la información pública, se les solicitó información relacionada no sólo al grado de aplicabilidad de dicha facultad en sus respectivos sectores, sino también al mecanismo que se ha establecido para su utilización, así como la formación de sus vocales en materia constitucional.

No obstante lo antes planteado, debe mencionarse que si bien la Tesis se originó en un contexto de profundización del mecanismo denominado control difuso administrativo, con miras a verificar su grado de aplicabilidad y, en consecuencia, su utilidad; encontrándonos *ad-portas* de su presentación, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia que dejó sin efecto el precedente Salazar Yarlénque, retirándoles a los tribunales administrativos - luego de ocho años de vigencia- una facultad que, con oportunidades de mejora, ha venido contribuyendo con la defensa de los derechos fundamentales de los administrados. Ello ha conllevado a la revisión y adecuación del íntegro de la investigación, así como a la incorporación de un acápite adicional dentro del capítulo segundo dedicado a su análisis.

CAPÍTULO I

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

1.1 El Estado Constitucional como Estado de Derecho: reconocimiento del Principio de Supremacía de la Constitución.

1.1.1 El Estado de Derecho como mecanismo de control del poder político.

Conforme refiere el profesor Elías Días, “el Estado de Derecho se institucionaliza de modo coherente por vez primera y con un cierto carácter general tras la Revolución francesa en los Estados liberales del pasado siglo (Días 1981: 23)”.

Sin perjuicio de ello y recordando a Lucas Verdú, señala que anteriormente a dicho proceso social y político que generó el advenimiento de la edad contemporánea, se presentó en ciertas épocas y sociedades una idea del “imperio de la ley”. Así, en la antigüedad griega se pretendía como ideal -que no llegó a materializarse-, la actuación de los gobernantes guiada por leyes antes que por el imperio de su voluntad.

Si bien en la Edad Media tampoco se puede hablar de la existencia de un Estado de Derecho conforme lo conocemos ahora, podemos encontrar ciertas condiciones que restringían el poder del gobernante; de esta manera, “la autoridad del monarca aparece así limitada moral y religiosamente por el estamento eclesiástico, social y fácticamente por el estamento nobiliario, (...). Las limitaciones recíprocas de poder se amparan más en criterios ético-religiosos y sociales que en criterios estrictamente jurídicos (Díaz 1981: 25-26)”.

En esta época debe considerarse los primeros cuerpos normativos emitidos por voluntad del gobernante que empiezan a otorgar cierta protección a algunos derechos; así tenemos la *Magna Charta Libertatum* de 1215, emitida por el rey Juan I de Inglaterra, que reconoce ciertas prerrogativas e inmunidades a la nobleza inglesa.

Algunos siglos después y en el mismo pueblo, se emitirá uno de los precedentes inmediatos de las modernas declaraciones de derechos: el 13 de febrero de 1689 se promulgó *The Bill of Rights*, documento que no provino -como en los casos anteriores- de la voluntad del monarca, sino que fue elaborado e impuesto por el parlamento inglés al rey Guillermo de Orange para limitar su poder, reconocer facultades parlamentarias y declarar derechos y libertades de los súbditos.

Posteriormente, en el continente americano se adoptó unánimemente por la Quinta Convención de Virginia, *The Virginia Declaration of Rights*; un documento elaborado en 1776 por el pueblo soberano, que reconoce derechos inherentes del hombre y se erige como fuente de *The United States Bill of Rights* (1789) así como de *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789).

Con esta última declaración de derechos proveniente de la Revolución Francesa, se pone fin al *ancien régime* para dar paso a los regímenes liberales. Entre sus artículos, podemos encontrar las bases de lo que se denominará “Estado de Derecho¹”: el artículo XVI dispone que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”; en tanto que el artículo III establece el principio de soberanía nacional². Por su parte, los artículos del IV al VI regulan lo relativo al imperio de la ley³.

Estando a lo anteriormente señalado, Díaz considera que las características generales de “todo auténtico Estado de Derecho”, son las siguientes:

- a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general.
- b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial.

¹ En relación a la expresión Estado de Derecho, “(...) aunque el término se comienza a utilizar más adelante -se señala al respecto que la primera vez que aparece es en la obra de Carl Th. Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* (1813), siendo utilizada posteriormente por autores como von Mohl, von Aretin, Stahl, von Gneist, Gerber, Ihering, Jellinek, Laband- el modelo, con sus características e implicaciones, funciona desde antes (Ansuátegui 2007: 63-64)”.

² III. El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación; ningún individuo ni ninguna corporación pueden ser revestidos de autoridad alguna que no emane directamente de ella.

³ IV. La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley.

V. La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena.

VI. La ley es expresión de la voluntad de la comunidad. Todos los ciudadanos tienen derecho a colaborar en su formación, sea personalmente, sea por medio de sus representantes. Debe ser igual para todos, sea para proteger o para castigar. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, todos son igualmente elegibles para todos los honores, colocaciones y empleos, conforme a sus distintas capacidades, sin ninguna otra distinción que la creada por sus virtudes y conocimientos.

- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material. (Díaz 1981: 31)

No obstante el gran aporte brindado por Díaz a este respecto, debe precisarse que la expresión Estado de Derecho constituye una de las más complejas en la doctrina filosófico-jurídica, de la cual podemos encontrar una variedad de definiciones que inclusive han generado diversas polémicas a lo largo del tiempo. Como bien señala Ansuátegui, “el concepto de Estado de Derecho es un caso de CEC [conceptos esencialmente controvertidos], de la misma manera que también los son el de democracia o el de justicia (Ansuátegui 2007: 42)”⁴.

En el mismo sentido, Pérez Luño refiere: “de ahí que, a partir de un análisis lingüístico lexical que intente recoger las diversas connotaciones ideológicas contenidas en las meras referencias a la fórmula verbal de “Estado de Derecho”, no se pueda llegar a precisar unos rasgos comunes unitarios, dadas las divergencias y contradicciones, con las que el nuevo término viene asumido y empleado (Pérez 1999: 240)”. En tal sentido, propone una definición explicativa del término:

(...) la clave de una definición explicativa del Estado de Derecho reside en demostrar la estrecha correlación existente entre su componente ideológica, que genéricamente se identifica con la lucha por la justicia -entendida ésta como el resultado de las exigencias que la razón práctica descubre en cada momento histórico como imprescindibles, para posibilitar una convivencia social basada en los derechos fundamentales de libertad e igualdad-, y su estructura técnico-formal, cuyo principal objetivo es la creación de un clima de seguridad jurídica en el desarrollo de la actividad estatal. (Pérez 1999: 242-243)

⁴ Terminología que Ansuátegui toma de GALLIE, W.B. *Essentially contested concepts*. En: Proceedings of the Aristotelian Society. Vol. 56, 1955-1956, pp.167-198.

De esta manera, podemos iniciar con alguna aproximación a la misma, considerando las reflexiones efectuadas por el reconocido jurista italiano Gustavo Zagrebelsky sobre el particular:

La expresión "Estado de derecho" es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*. (Zagrebelsky 2008: 21)

En efecto, el tránsito de un estado absolutista, cuyo origen y límites se encontraban definidos por la voluntad del monarca, a un Estado de Derecho implicó la subordinación de la actuación estatal a la ley, acabando con los privilegios de la nobleza y del clero.

Si bien es innegable el inmenso aporte que brinda la expresión Estado de Derecho a nuestras sociedades, también resulta evidente que -bajo ese contexto de imperio de la ley, se "terminó privilegiando al legislador, con el argumento de que era el único legitimado socialmente para producir el Derecho (Morales 2007: 120)".

Considerando la fórmula Estado de Derecho como aplicación irrestricta de la ley, sin un mayor análisis respecto del origen ni del contenido de la misma, podría afirmarse que el respeto a la ley no se agota en la mera obediencia a una norma que bien pudo ser emitida por un parlamento libre -considerando el mejor de los casos- sino también a aquella emitida por un régimen totalitario en el cual el concepto de libertad es escaso o inexistente. En ese sentido, señala Zagrebelsky:

El calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. Al final, todos los “Estados”, por cuanto situaciones dotadas de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente “de derecho”. Llegaba a ser irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se la hiciera coincidir con la voluntad de un Führer, de un Soviet de trabajadores o de Cámaras sin libertades políticas, en lugar de con la de un Parlamento libre; que la función desempeñada por el Estado mediante la ley fuese dominio totalitario sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos. (Zagrebelky 2008: 22 - 23)

Ante tal planteamiento, no debe olvidarse el origen liberal del Estado de Derecho, aquel que propugnaba la separación de poderes y la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad del gobernante. De esta manera, “el Estado *liberal* de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado (Zagrebelky 2008: 23)”.

De los diversos autores citados hasta acá, “(...) se pueden reconocer dos grandes posiciones: por una parte, la que consiste en el mantenimiento de un concepto formal y, por otra, la que consiste en el mantenimiento de un concepto sustancial o material (Ansuátegui 2007: 56)”.

De otro lado, existe una diferenciación que realiza el profesor García-Pelayo basada en la identificación con el sistema jurídico imperante:

(...) aun dentro de su inordinación en un sistema constitucional liberal, el significado concreto del Estado de Derecho depende de la idea que se tenga del Derecho. Hemos visto cómo para el pensamiento continental, y en general para el concepto racional normativo de constitución, el Derecho se identifica con la ley. Pero no sucede así en los pueblos anglosajones, por más que, como también hemos indicado, se haya producido en ellos una especie de

legalificación del *common law* e incluso de la *equity*. (García-Pelayo 1991: 359)

En tal sentido, lo clasifica en: a) Estado de Derecho legal, en tanto se subordina a la ley e implica un predominio del poder legislativo, y b) Estado de Derecho judicial, teniendo al juez como creador normativo, existente en pureza sólo en Norteamérica.

Ahora bien, luego de desarrollar una importante compilación acerca del origen y cambio del concepto Estado de Derecho, el profesor alemán Ernst W. Böckenförde concluye lo siguiente:

De acuerdo con su propio significado fundamental, y siempre que no se le deforme ideológicamente o se lo instrumentalice, el Estado de Derecho busca siempre limitar o restringir el poder y el dominio del Estado en favor de la libertad del individuo y realizar el derecho material. El primado del derecho (legal) frente a la política se presenta como un postulado que reaparece una y otra vez en la reflexión sobre el Estado de Derecho. (Böckenförde 2000: 44)

En una concepción más contemporánea y sustancial del término bajo análisis, los profesores Besson y Jasper refieren:

No es una simple institución dedicada a limitar y controlar al Estado. Así como la división de poderes contribuye a que el Estado sea más accesible y transparente para el ciudadano políticamente activo, el Estado de derecho le confiere al Estado la medida y la forma a través de la cual el ciudadano puede anticipar la actitud que adoptará el Estado y prepararse adecuadamente para la misma. Sólo en un orden político basado en la constitución y el derecho, el individuo puede participar en función de su libre decisión en la organización de la vida política.

Ambos objetivos, -posibilitar la actividad democrática y asegurar los derechos fundamentales-, se ubican en un mismo nivel de intencionalidad del Estado de derecho. (Besson y Jasper 1999: 122-123)

Finalmente, considerando que no existe un Estado cuyos alcances y organización no se encuentren circunscritos a un determinado ordenamiento jurídico, así como que la adopción de este último y su respeto irrestricto no implica de modo alguno una condición para considerar a aquél como Estado de Derecho; podemos culminar el primer apartado de esta Tesis con las palabras iniciales vertidas por el profesor Elías Díaz en su obra *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*: “No todo Estado es Estado de Derecho (Díaz 1981: 17)”.

1.1.2 El Estado Constitucional de Derecho: Supremacía Constitucional y defensa de los Derechos Fundamentales del individuo.

La concepción de la Constitución como norma jurídica y no sólo como norma política significó una reingeniería del concepto formal de Estado de Derecho:

El sentido de la Constitución normativa -y en esto consiste lo perdurable de la idea de Constitución- se basa en los siguientes elementos conexos entre sí:

- I. La Constitución normativa pretende una ordenación de las relaciones estatales. En ello se manifiesta, por lo pronto, el sentido más general de la Constitución: un ordenamiento unificador en oposición a la anarquía. El “ordenamiento” puede crearse también mediante los mandatos arbitrarios de un tirano y mantenerse a través de un terror paralizante. En cambio, el ordenamiento de la Constitución normativa procura ser legal y objetivo en el sentido de que, en principio, pretende regir para todos los casos y de que aún los órganos supremos del Estado deben quedar a él ligados. (...). En este sentido normativo, la Constitución en su formulación más general, es el sistema de normas jurídicas supremas e inquebrantables para el Estado. (...). Como ordenamiento normativo legal, la Constitución también es el fundamento de todo el orden jurídico estatal. (...).

- II. Además, lo peculiar del ordenamiento postulado por la Constitución normativa radica en que significa una limitación del Estado y del poder estatal. No es solamente un ordenamiento legal objetivo sino, también, limitativo. (...).

Sin embargo, esta limitación adquiere su significado, por supuesto, sólo a través de un principio material, es decir, el reconocimiento de valores pre y supra estatales. Cuando el Estado se convierte en el bien supremo, en cierto modo divino, no puede haber por principio ninguna norma que lo limite. Únicamente cuando se reconocen valores y reglas al lado y por encima del Estado, también para el Estado existe una norma. Sólo sobre esta base es finalmente posible la Constitución como ordenamiento normativo. (...).

- III. Pero el sentido de la Constitución normativa no radica sólo en la garantía de la libertad frente al Estado, (...), sino en forma muy decisiva (y, finalmente, inseparable de ello) en la libertad en el Estado. (...).

La idea de la Constitución contiene, de manera insoslayable e ineludible, el establecimiento del ordenamiento estatal “desde abajo”. Esa legitimación es, por así decirlo, la “prueba de la legitimidad de la Constitución estatal” (Kant); todo poder legítimo es “poder prestado” (Nicolai Hartmann). Expresión de esa idea es el principio del poder constituyente del pueblo. (...).

Así, el Derecho constitucional es el derecho de la libertad en un doble sentido: por un lado, como ordenamiento limitativo y, por el otro, como expresión de la autonormación.

- IV. Por último, la Constitución, como ordenamiento normativo, está necesariamente conectada con la idea de lo perdurable. (...).

Únicamente de esta manera puede cumplir con las tareas de seguridad jurídica y previsibilidad. (...).

Se trata de asegurar jurídicamente a estas normas fundamentales dificultándose o, incluso, prohibiéndose su modificación. De todos modos, una Constitución normativa sólo tiene plena significación en tanto sea expresión de valores fundamentales permanentes. (...). (Kägi 2005: 79-97)

En tal sentido, la fuerza normativa que se le otorgó a los textos constitucionales y los mecanismos de control que se establecieron, principalmente a mediados del siglo pasado, posicionaron a la ley de leyes como una norma igualmente exigible como las demás, pero con el carácter supremo que le confería la pirámide kelseniana, derrocando a la ley de la posición que clásicamente mantuvo.

“La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta (Zagrebelsky 2008: 40)”.

Así pues, la Supremacía Constitucional se convierte en un principio que rige nuestros ordenamientos jurídicos, al establecerse que la norma fundamental se encuentra por encima de cualquier otra y que su contravención está sujeta a mecanismos de control como los de expulsión del propio ordenamiento -mediante el proceso de inconstitucionalidad- y de inaplicación al caso concreto -control difuso-.

De la mano con dicho principio, se erigen los derechos fundamentales como otro de los bastiones de un Estado Constitucional de Derecho, en el cual el individuo constituye el centro del ordenamiento jurídico y no más su objeto, tomando como base su dignidad; correspondiéndole al Estado la protección, promoción y defensa de los mismos ante cualquier vulneración.

El Estado Constitucional es un espacio en el que confluyen las libertades ciudadanas, la pluralidad cultural, el poder del Estado, entre otros. La riqueza y el reto de la dogmática constitucional en este estadio cultural ha sido -y sigue siéndolo- lograr encontrar los mecanismos y métodos de interpretación que nos permitan la coexistencia de dichos elementos, en la medida de lo posible. (Del Pozo 2005: 69-70)

En el mismo sentido, Jorge Rodríguez-Zapata señala que “un gobierno constitucional sólo es legítimo si actúa sometido a las leyes y si éstas, y la actuación de los poderes públicos, aseguran la participación y respetan la dignidad, la libertad y los derechos de los ciudadanos (Rodríguez-Zapata 1996: 108)”.

De otro lado, en relación al término “Estado Constitucional de Derecho”, como bien recuerda Pérez Luño, se han desarrollado teorías que lo consideran como una fórmula distinta, inclusive contraria a la de “Estado de Derecho”. Así, se refiere a aquellas elaboradas por Martin Kriele, Peter Häberle y Gustavo Zagrebelsky.

En relación al primero, refiere que ambas categorías no pueden confundirse en mérito a su origen -“El Estado de derecho supuso la culminación del iusnaturalismo racionalista alemán que parte de una concepción universal y atemporal de las normas integradoras del derecho natural. (...) el Estado constitucional se concibe como un proceso inacabado que se manifiesta en la historia (Pérez Luño 2002: 80)”-; fundamento -“El Estado de derecho reposa en un decisión del soberano, sea el monarca o el pueblo. (...) el Estado constitucional aparece como la fórmula jurídico-política que garantiza la soberanía del derecho (Pérez Luño 2002: 81)”- y método -“El método propio del Estado de derecho fue, a partir de la segunda mitad del s. XIX, el “positivista”, (...). Frente a la concepción del Estado de derecho como Estado de mera legalidad formal, el Estado constitucional reclama una actitud metódica capaz de “coordinar aspectos que sin ella quedarían inconexos: la comprensión profundizada de las instituciones jurídicas estatales y sus fundamentos de legitimidad” (Pérez Luño 2002: 81-82)”.

Respecto del segundo destacado jurista alemán, Pérez Luño refiere que “para Häberle, el Estado constitucional es un arquetipo jurídico-político en

el que los poderes públicos se hallan conformados y limitados por el derecho a través de principios constitucionales formales y materiales: los derechos fundamentales, la función social de las instituciones, la división de poderes y la independencia de los tribunales (Pérez Luño 2002: 82)". Asimismo, agrega que "frente al formalismo caracterizador del Estado de derecho, Häberle sostiene que en [el] Estado constitucional la Constitución no aparece entendida sólo como un conjunto de formas normativas, sino también como la expresión de cierto estado de desarrollo cultural, como la representación cultural de un determinado pueblo y como el espejo de su propio legado cultural y el fundamento de sus aspiraciones y proyectos de futuro (Pérez Luño 2002: 83)".

Por su parte, refiriéndose al gran jurista italiano, afirma que "no parece aventurado atribuir a Gustavo Zagrebelsky la versión más fuerte de los empeños teóricos dirigidos a reputar al Estado constitucional [como] una alternativa al Estado de derecho (Pérez Luño 2002: 84)". En ese sentido, señala que "el Estado de derecho entendido como mero Estado de legalidad positiva, pierde así su función legitimadora. El Estado constitucional, que parte de una teoría abierta y pluralista de las fuentes del derecho, se dirige a recuperar las funciones críticas y legitimadoras que el positivismo jurídico había expulsado de la teoría y la práctica del Estado de derecho (Pérez Luño 2002: 85)".

Ahora bien, luego de abordar las teorías de los grandes autores citados y efectuar posteriormente algunas observaciones críticas a las mismas, en términos del propio jurista español, "la relación entre el Estado de derecho y el Estado constitucional no es la de una oposición externa entre dos tipos diferentes o incompatibles de Estado, sino la decantación interna de la propia trayectoria evolutiva del Estado de derecho (Pérez Luño 2002: 93)". En tal sentido, coincide con García Pelayo, a quien cita seguidamente, "el

Estado constitucional de derecho no anula sino que perfecciona el Estado legal de derecho (Pérez Luño 2002: 94)".

Dicha decantación advertida por el profesor español es considerada como el reflejo de un triple desplazamiento de los ordenamientos jurídicos democráticos:

- a) El desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución, al que ya hemos hecho referencia de manera precedente.
- b) El desplazamiento desde la reserva de ley a la reserva de Constitución, por el que el parlamento asume algunas funciones constituyentes, como es el desarrollo del sistema de los derechos fundamentales.
- c) El desplazamiento desde el control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad, mediante los procesos constitucionales.

En un afán didáctico y no por ello menos sustantivo, Pérez Luño nos habla sobre la evolución del Estado de derecho, dividiéndolo en tres generaciones: Estado liberal, Estado social y Estado constitucional, relacionándolos a su vez con las tres generaciones de derechos fundamentales: los de primera generación (derechos de libertad), de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales) y los de tercera generación (que se presentan como respuesta a la "contaminación de libertades", entre ellos, el derecho a la paz, calidad de vida, entre otros, también denominados derechos de solidaridad).

Particularmente, y a ello se debe la denominación del presente subcapítulo, coincido con los últimos autores citados, al considerar al Estado constitucional como Estado de Derecho en un sentido complementario del término, motivado por las características y particularidades antes

detalladas, evitando justificaciones disociadoras que conlleven a eliminar la cualificación de nuestro sistema como un legítimo Estado de Derecho, en su concepción material.

1.2 La Administración Pública y el Principio de Legalidad: evolución histórica y su (re)interpretación en un Estado Constitucional de Derecho.

1.2.1 Fundamentos históricos, normativos y doctrinarios de la Administración Pública y el Principio de Legalidad.

Con la Revolución Francesa surge la concepción de los tres poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, siendo el primero de ellos el de mayor significancia, al ser el “representante del pueblo” y productor de leyes: “en la Francia de la Revolución, la soberanía de la ley se apoyaba en la doctrina de la soberanía de la nación, que estaba “representada” por la Asamblea legislativa (Zagrebelsky 2008: 24)”.

Conforme se mencionó anteriormente, la voluntad del rey fue reemplazada por un instrumento que reconocería, o al menos pretendería reconocer, la igualdad de los gobernantes y gobernados, al encontrarse sometidos por igual todos a la ley.

Zagrebelsky señala así que “el Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión o, por lo menos, la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho (Zagrebelsky 2008: 24)”.

Conforme recuerda Morales Godo, “en aquellos tiempos hablar de justicia equivalía a hablar de legalidad (Morales 2007: 117)”. Así, el juez, que era mero aplicador de la ley, no efectuaba mayores juicios de valor respecto de la misma, y si así lo hiciera porque resultaba evidente algún tipo de falencia legislativa, no podía pronunciarse sobre el particular, pues se encontraba prohibido de hacerlo. “Ello ha colocado al juez en una situación marginal, convirtiéndose en un funcionario público más y su labor pasó a ser una simple actividad administrativa (Monroy, 1996: 311)”.

Ahora bien, en el ámbito del accionar del Poder Ejecutivo, también denominado Administración Pública o simplemente Administración, el Principio de Legalidad se manifiesta de manera mucho más restrictiva que para la ciudadanía en general; así, “la Administración sólo puede actuar previa habilitación legislativa, lo que significa que para ella rige el principio “todo lo que no está permitido está prohibido” (Morales 2007: 117)”.

Como veremos, este principio proviene del monismo parlamentario francés que, a diferencia del dualismo monárquico alemán, propugnaba la preexistencia de la ley a cualquier facultad accionaria de la Administración:

La sumisión de la Administración a la ley se afirmaba con carácter general, pero eran varias las formulaciones de esta sumisión y de significado no coincidente. No era lo mismo decir que la Administración debía estar sujeta y, por tanto, *predeterminada* por la ley o, simplemente, *delimitada* por ella. En el primer caso, prevalente en el “monismo” parlamentario francés donde sólo la Asamblea representaba originariamente a la Nación y todos los demás órganos eran simples “autoridades” derivadas, la ausencia de leyes -leyes que atribuyesen potestades a la Administración- significaba para ésta la imposibilidad de actuar; en el segundo, extendido en Alemania y en las constituciones “dualistas” de la Restauración, la ausencia de leyes -leyes que delimitasen las potestades de la Administración- comportaba, en línea de principio, la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines. La “ley previa”, como garantía contra la arbitrariedad, era aquí tan sólo una

recomendación válida “en la medida en que fuese posible”, no un principio inderogable.

Según la primera y más rigurosa concepción del principio de legalidad, el poder ejecutivo, carente de potestades originarias, dependía íntegramente de la ley, que -como “por medio de un cuentagotas”- le atribuía cada potestad singular. La capacidad de actuar del ejecutivo dependía de *leyes de autorización* y sólo era válida dentro de los límites de dicha autorización. La segunda concepción, por el contrario, atribuía al ejecutivo la titularidad originaria de potestades para la protección de los intereses del Estado, circunscribiéndola solamente desde fuera por medio de *leyes limitadoras* (Zagrebelky 2008: 27)

En tal sentido, la función administrativa se encontraba subordinada -como se ha señalado- a la ley, que la regulaba y establecía su marco de acción; en tanto que para los particulares regía el principio de autonomía, por el cual la ley no se concebía como punto de partida para su accionar, sino como límite del mismo: “todo lo que no estaba prohibido, estaba permitido”.

Este principio de autonomía, también denominado “señorío de la voluntad”, es entonces el correlato del Principio de Libertad, otro de los pilares del Estado de Derecho. “La protección de la libertad exigía que las intervenciones de la autoridad se admitiesen sólo como excepción, es decir, sólo cuando viniesen previstas en la ley (Zagrebelky 2008: 28)”.

De esta manera, acertadamente concluye el connotado filósofo jurídico alemán Carl Schmitt que “la libertad del individuo es ilimitada en principio, y toda facultad del Estado, por el contrario, limitada en principio (Schmitt 1966: 152)”.

En la misma línea, “la libertad de los ciudadanos (en ausencia de leyes) como regla, la autoridad del Estado (en presencia de leyes) como excepción (Zagrebelky 2008: 28-29)”.

Así pues, para Schmitt, el respeto de esta libertad individual por la Administración, quien actúa bajo el principio de legalidad, constituye el elemento característico del Estado de Derecho. “Sólo un Estado en el que toda la actividad administrativa, sobretodo la policía, se encuentre colocada a reserva y bajo la preeminencia de la ley, y sólo a base de ésta sean admisibles las injerencias en la esfera de libertad del individuo, se llama, pues, Estado de Derecho (Schmitt 1966: 152)”.

Por su parte, Elías Díaz considera que una manifestación del principio de legalidad de la Administración es el control jurisdiccional que puede ejercerse sobre su accionar; así se garantiza la seguridad jurídica de los particulares, mediante un sistema al que denomina de “justicia administrativa (Díaz 1981: 36)”.

Dicho término, como veremos más adelante, será objeto de polémicas en el ámbito doctrinario al tratar de definir las decisiones tomadas por los tribunales administrativos en el ámbito de su competencia y, en tal sentido será utilizado por algunos juristas para sustentar la aplicación del control difuso en sede administrativa; por lo que entendemos que a lo que se está refiriendo el autor es al ámbito contencioso-administrativo.

Ahora bien, teniendo como presupuesto del Estado de Derecho en un sentido formal, el Principio de Legalidad al que la Administración está supeditada, cabe referirnos a la ley como fuente de este principio; y a efectos de aproximarnos a una definición de la misma, citaremos a Carl Schmitt, quien diferencia entre el concepto *formal* de ley y el concepto *político* de ley.

Para el primer caso, señala pues que “ley es lo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito

(Schmitt 1966: 166)". En tanto que para el segundo caso, "ley es *voluntad* y *mandato* concretos, y un *acto* de soberanía (Schmitt 1966: 170)".

En nuestro país, la actuación de la Administración Pública se encuentra regulada por la Ley n.º 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, siendo uno de los principios que la rigen, el de Legalidad:

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

En la citada ley, el Principio de Supremacía Constitucional se encuentra integrado al de Legalidad, encontrándose la Administración Pública sometida al respeto no sólo hacia la ley, sino también y sobretodo a la Constitución.

En el mismo sentido podemos señalar -como bien advierte Pérez Luño- que cuando la Constitución española de 1978 hace referencia al Principio de Legalidad en su artículo 9.1, en realidad está describiendo al Principio de Supremacía Constitucional, al disponerse que "los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico".

1.2.2 Replanteamiento del Principio de Legalidad en un Estado Constitucional de Derecho.

En el apartado 2.8 de su *Derecho Dúctil*, Gustavo Zagrebelsky desarrolla el quebrantamiento del paradigma decimonónico del Principio de Legalidad en nuestros tiempos; así, señala que aquel principio restrictivo para la Administración y de autonomía para el ciudadano, detallado en el acápite precedente, se encuentra “erosionado”. De esta manera, tenemos para el caso del poder ejecutivo, una nueva facultad legisladora interna o “legislatividad de la organización” -en términos del autor- que le concede autonomía para el pleno desempeño de sus funciones -en el sector que corresponda- otorgadas por las leyes orgánicas, que se constituyen ya como un punto de partida para el propio accionar de la Administración:

La crisis de la vinculación de la Administración a la ley previa deriva de la superación, por parte del aparato del Estado, de su función prevalentemente “garantizadora” -es decir, de su función de garantía concreta de las reglas jurídicas generales y abstractas mediante actos aplicativos individuales y concretos (prohibiciones, autorizaciones, habilitaciones, decisiones, etc.)- y de la asunción de tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. La realización de estas tareas de gestión requiere la existencia de grandes aparatos organizativos que actúan necesariamente según su propia lógica, determinadas por reglas empresariales de eficiencia, exigencias objetivas de funcionamiento, intereses sindicales de los empleados (por no hablar de las reglas informales, pero no por ello inexistentes, impuestas por el patronazgo de los partidos políticos). Este conjunto de reglas es expresión de una lógica intrínseca a la organización y refractaria a una normativa externa. He aquí un importante factor de crisis del principio tradicional de legalidad. (Zagrebelsky 2008: 34)

Dicho punto de partida -la ley- “se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público (Zagrebelsky

2008: 35)". Bajo tal presupuesto, la administración empieza a desarrollar una serie de normas internas orientadas a alcanzar sus objetivos institucionales, los cuales están directamente ligados con su razón de ser, su naturaleza jurídica.

Así, y con una visión más corporativa, la maquinaria ejecutiva del Estado procede con la planificación de sus actos; de esta manera, recurre a la elaboración de documentos de gestión que van a trazar su línea de acción en el largo, mediano y corto plazo: planes estratégicos de largo alcance con una visión quinquenal, planes operativos anuales, los cuales van de la mano con los presupuestos institucionales; todo ello con un enfoque por resultados que prioriza los objetivos de la entidad, dejando a la ley originaria como una norma "habilitadora", mas no limitadora en el sentido que fuera entendido el Principio de Legalidad originario.

El cumplimiento de las metas plasmadas en dichos planes se constituye así como uno de los fines principales de la Administración; inclusive el control gubernamental que, de acuerdo al artículo 82° de nuestra Constitución Política, "supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control" va superando esta facultad primaria de "supervisión de legalidad" para dar paso a las auditorías basadas en riesgos que permiten identificar los riesgos institucionales a los que están expuestas las entidades públicas que amenacen el logro de sus objetivos.

Del mismo modo y nuevamente con la finalidad de cumplir las metas institucionales -en el marco de su competencia-, "encuentran explicación las numerosas peticiones a favor de declaraciones sectoriales de derechos, no necesariamente legislativas (del enfermo, del estudiante, de los usuarios en general), garantizados por "Tribunales" *ad hoc*, ajenos a la organización

judicial del Estado e insertado en la lógica de la organización a la que van referidos (Zagrebelsky 2008: 44)".

De esta forma, vamos viendo como el Principio de Legalidad tradicional va diluyéndose en el accionar contemporáneo del aparato estatal, con miras a fines superiores, objetivos -si bien institucionales- orientados hacia el interés público.

De otro lado, el Principio de Legalidad en su sentido formal también es cuestionado en un Estado Constitucional de Derecho en la medida que la ley puede ser objeto de un control de constitucionalidad y luego de ello, terminar siendo expulsada de nuestro ordenamiento jurídico.

Esta subordinación de la ley a la Constitución, conocida como el Principio de Supremacía Constitucional, desarrollado de manera precedente, se erige como uno de los valores supremos en un Estado Constitucional de Derecho.

Conforme pudo verse en el acápite anterior, el Principio de Legalidad vincula a todo el aparato estatal, pero su aplicación no culmina con el mero respeto a la ley. La norma que regula el procedimiento administrativo general nos señala que en mérito a dicho principio, debe respetarse la ley de leyes, es decir, la Constitución y, continuando con el orden jerárquico normativo, refiere en segunda instancia a la ley.

En tal sentido, el Principio de Legalidad surgido con el liberalismo no puede entenderse más bajo esa concepción tradicional y fuera de contexto. Una ley por el hecho de haberse emitido formalmente en cumplimiento de los requisitos exigidos para tal fin debe respetarse y debe aplicarse; no obstante, en un Estado Constitucional de Derecho, está sujeta a controles que permiten garantizar una verdadera supremacía constitucional.

1.3 Principios y derechos de la función jurisdiccional: unidad y exclusividad.

1.3.1 Noción de jurisdicción en el marco de lo establecido por nuestra Constitución Política.

Nuestra norma fundamental desarrolla las disposiciones relativas al Poder Judicial en su Capítulo VIII, iniciando con el artículo 138° relativo a la Administración de Justicia; así dispone que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la constitución y a las leyes”.

De lo antes mencionado tenemos que el constituyente le ha otorgado facultades jurisdiccionales -administración de justicia- únicamente a los órganos que componen el Poder Judicial.

No obstante, si continuamos con la lectura del siguiente artículo, relativo a los principios de la Administración de Justicia, tenemos que el primero de ellos dispone lo siguiente:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

De esta manera se amplía el marco de consideración para otros fueros distintos al judicial que desarrollan labores jurisdiccionales: la militar y la

arbitral, consideradas como jurisdicciones especiales. Del mismo modo, debemos considerar al Jurado Nacional de Elecciones y al Consejo Nacional de la Magistratura, cuyas resoluciones no son revisables en sede judicial -de conformidad con el artículo 142° de la Constitución Política- en materia electoral, respecto del primero; y en materia de evaluación y ratificación de jueces, en relación al último.

Ahora bien, a efectos de referirnos al término de jurisdicción -derivada del latín *jurisdictio*, que significa “decir el derecho”- podemos citar al profesor Monroy Gálvez, quien desarrolla una interesante definición del mismo:

(...) consideramos que la llamada función jurisdiccional o más específicamente, jurisdicción, es el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia. (Monroy 1996: 213)

Como puede apreciarse, función jurisdiccional y jurisdicción son términos relacionados pero no equitativos, así tenemos que “la jurisdicción es el aspecto estático del concepto, mientras que la función jurisdiccional es el aspecto dinámico del mismo (Eguiguren 2002: 107)”.

Asimismo, para el profesor Marcial Rubio “la potestad jurisdiccional puede ser definida como aquella atribución del poder del Estado que le permite resolver válida y definitivamente los conflictos que se presentan en la sociedad (Rubio 1999: 173)”.

Considerando esta última definición, podemos concluir que “para que exista jurisdicción deben confluir los siguientes supuestos: la existencia de un

conflicto, una decisión definitiva, la cosa juzgada y el poder de imperio estatal (Del Pozo 2005: 135)".

En relación a la "cosa juzgada", cabe señalar que "se sustenta en los siguientes tres pilares: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad de la sentencia. Por la primera se entiende la imposibilidad de revisar internamente un fallo judicial que ha quedado firme. Por la segunda, la imposibilidad de su ulterior modificación por algún agente externo al Poder Judicial. Y la tercera alude a la posibilidad del cumplimiento de la sentencia a partir de su exigibilidad y ejecución (Herrera 2000:47)".

A diferencia de la cosa juzgada, la "cosa decidida" -también denominada "acto definitivo" o "cosa juzgada administrativa"- está referida a aquella decisión inmodificable en sede administrativa que puede ser pasible de una alteración en vía judicial.

Con la finalidad de comprender de forma más integral las definiciones anteriormente brindadas y partiendo de lo establecido por nuestra Constitución Política, abordaremos los principios y derechos de la función jurisdiccional: unidad jurisdiccional y exclusividad jurisdiccional.

El origen del principio de unidad jurisdiccional se encuentra ligado a la "exigencia del constitucionalismo de supresión de las jurisdicciones especiales propias del antiguo régimen (Eguiguren 2002: 110)".

Sólo bajo el principio de igualdad ante la ley puede entenderse el sometimiento de todas las personas a una sola clase de tribunales, evitando tratos privilegiados por la condición de los individuos; así surge el derecho al juez ordinario, que consiste en aquel juez reconocido constitucionalmente con las facultades establecidas en la norma fundamental.

La expresión “juez ordinario” nos remite pues al juez igual en su *status* a los demás jueces, y al que corresponde el conocimiento de todos los asuntos; el carácter ordinario del juez significa que no habrá otros jueces a los que se pudiese atribuir arbitrariamente el conocimiento de tan sólo algunos asuntos.

(...)

Ello no impide, empero, la posibilidad que el legislador establezca la especialización *ratione materiae* (civil, penal, laboral, etc.), bajo la premisa que todos los litigios de una misma especie, cualesquiera sean las partes, son resueltos por un mismo tipo de Tribunales. (Eguiguren 2002: 111)

De lo antes señalado, tenemos entonces que el juez ordinario puede y debe especializarse por razones técnicas de la materia que tendrá a su cargo, lo cual redundará en una prestación del servicio de justicia más eficiente y con mayores garantías para los litigantes, situación que no altera el principio de unidad jurisdiccional.

Sin embargo, como hemos visto, existen otros órganos que también se encuentran habilitados por nuestra carta magna para ejercer jurisdicción, pues “unidad y exclusividad no suponen “monopolio” de la jurisdicción; más aun si tenemos en cuenta que el diseño constitucional contemporáneo de la administración de justicia debe responder a las exigencias de un Estado cada vez más complejo y especializado y una sociedad crecientemente exigente en derechos e intereses (Eguiguren 2002: 113)”.

Estos “jueces no judiciales”, en términos del profesor Eguiguren, son en esencia jueces ordinarios, pues no son ajenos a las exigencias de iguales garantías para todos los individuos.

En conclusión, la unidad jurisdiccional significa “por un lado, que no hay más que un tipo de Juzgados y Tribunales “ordinarios” predeterminados por ley, de modo que no hay más diferencia entre estos que la que se deriva de la especialización por materias, de la organización de las competencias y

de las instancias; y, por otro lado, que esos juzgados y tribunales están integrados en un cuerpo orgánico con un gobierno y administración común, llamado Poder Judicial (Eguiguren 2002: 115)".

Ahora bien, respecto a la exclusividad jurisdiccional, debe señalarse que en el artículo 242° de la Constitución de Cádiz de 1812 se utilizó por primera vez dicho término: "la potestad de aplicar las leyes en causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales".

Conforme señala el jurista español Santiago Muñoz, "la garantía primera de la independencia radica en la exclusividad, en la reserva de la función al cuerpo de los jueces, en la eliminación de cualquier residuo de poder jurisdiccional en manos de los otros dos poderes (Muñoz 1989: 13)".

En tal sentido, en mérito a este principio, la jurisdicción debe ser ejercida de manera exclusiva y excluyente por el Poder Judicial, no existiendo "fueros especiales", salvo aquellas excepciones establecidas expresamente por la norma fundamental.

Siguiendo al profesor Eguiguren, este principio posee una connotación positiva: sólo los juzgados y tribunales del Poder Judicial pueden ejercer jurisdicción; y otra negativa, que se orienta a la prohibición de estos órganos para ejercer cualquier otra función además de la jurisdiccional.

1.3.2 ¿La administración pública ejerce jurisdicción?

Conforme señala el doctor Castillo Córdova: "no existe la jurisdicción administrativa, de ahí que lo acertado es admitir que en todo caso, la

Administración pública tiene atribuidas potestades cuasi-judiciales⁵ (Castillo 2007: 79)".

En efecto, si bien los tribunales administrativos resuelven conflictos intersubjetivos respecto a un tema determinado, no podemos concluir que ejerza jurisdicción, pues considerando las características señaladas en el acápite anterior respecto del término *jurisdicción*, las resoluciones administrativas no poseen calidad de cosa juzgada, pues son pasibles de ser revisadas en la vía judicial mediante un proceso contencioso - administrativo.

En tal sentido, la "justicia" -por denominarlo de alguna manera- que imparten no es plenamente eficaz pues se agota en la misma administración, toda vez que puede terminar resolviéndose en el fuero ordinario.

Asimismo, como ya se ha señalado, el constituyente no la ha habilitado expresamente para desarrollar facultades jurisdiccionales, como sí lo ha efectuado para los fueros arbitral y militar.

Sin embargo, para el destacado administrativista argentino, Rafael Bielsa, sí podemos hablar de una *jurisdicción administrativa*; así lo ha desarrollado ampliamente en su importante tratado de Derecho Administrativo, cercano al medio siglo de existencia:

En efecto, los tribunales judiciales han perdido totalmente, por virtud del principio de separación de los poderes, la función pretoriana que hizo flexible y amplio al derecho romano en su periodo constructivo. Y si el principio de separación de los poderes es alabable y lo defendemos, por su certeza principal, decimos con respecto al derecho administrativo, que es aún un

⁵ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General. Decimoquinta edición*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 19.

derecho en formación, que esa función jurisdiccional pretoriana debe realizarse, pero dentro del Poder administrador; en suma: mediante la *justicia en la Administración pública*.

No sólo aducimos esto porque el derecho administrativo es todo un derecho en constante formación, sino porque el tribunal de lo contencioso administrativo como órgano del propio Poder administrador (por eso hablamos de administración “jurisdiccional” a diferencia de administración “activa”) realiza una función de contralor administrativo constante, en defensa del derecho y de la moralidad administrativa.

En esa función el tribunal de esa índole puede hacer prevalecer, fundado en principio de justicia y de equidad (y aun de moralidad), una solución que se conforme a la conveniencia de la Administración pública, o sea, del interés público, sólo que sus decisiones vienen a tener el valor de *fuentes de derecho*. Se trata, como se dijo, de una forma de creación del derecho. (...)

Pues bien, en la jurisdicción administrativa el campo de creación de la norma jurídica (de fuente jurisprudencial) es aún mayor que en la jurisdicción judicial (civil, comercial, etc.).

En suma: los tribunales administrativos, por definición, no forman parte del Poder Judicial, sino del Poder administrador, de ahí que se hable propiamente de una “jurisdicción administrativa”.

El ejemplo de Francia es bien elocuente y demostrativo. Esa jurisdicción fue creada por la Revolución, recelosa de los tribunales judiciales, especialmente los antiguos parlamentos⁶. (Bielsa 1966: 116-118)

⁶ Una de las primeras leyes revolucionarias dispuso: “Las asambleas de departamento y de distrito no podrán ser perturbadas en el ejercicio de sus funciones por ningún acto del poder judicial” (ley del 22 de diciembre de 1789, sec. 3, art. 7).

Otras disposiciones contribuyeron a definir claramente el sistema. Por ejemplo, las que declararon inconstitucional todo acto de los tribunales o de cortes judiciales tendientes a contrariar o suspender la acción de la Administración pública, y que en su virtud dejaran sin efecto esa clase de actos (instrucción del 8 de abril de 1790). Del mismo año fue la que dispuso que toda reclamación sobre incompetencia de los cuerpos administrativos no era de juzgamiento de los tribunales judiciales, sino que debía ser sometida al rey, como jefe de la Administración general; y que cuando se impugnara alguna decisión ministerial contraria a las leyes, la reclamación debía dirigirse al cuerpo legislativo (decreto de 7 de octubre de 1790).

Como vemos, para Bielsa, la jurisdicción administrativa es ejercida dentro del propio Poder administrador, es decir, el Poder Ejecutivo o la Administración, quien a través de su tribunal administrativo, al que denomina tribunal de lo contencioso administrativo, otorga soluciones a los conflictos que se presenten en su interior, conforme al interés público.

Esta actividad decisoria es denominada “acto jurisdiccional” para Bielsa, quien la define como “una decisión por la cual se resuelve una cuestión promovida por quien reclama contra la violación de un derecho (Bielsa 1966: 116-118)”. En dicha perspectiva, sostiene el autor que el acto jurisdiccional debe entenderse en un doble sentido: material (por el objeto sobre el cual se decide) y formal (por el sujeto quien decide).

- a) En sentido material es acto jurisdiccional la decisión (cualquiera sea el poder del cual el acto emana) por la que se resuelve una cuestión de derecho promovida al invocarse ante un poder del Estado una violación de ley. Es pues, acto jurisdiccional en sentido material, toda decisión judicial, o administrativa o legislativa, por la que se declara y aplica una disposición de derecho, en virtud de haberse cuestionado la violación de una ley (en sentido lato: Constitución, ley, reglamento).

De ahí, que los actos de índole disciplinaria, v. gr., por los que se revé una sanción de esa clase, sean también jurisdiccionales. Y lo son por la

La Constitución de 3 de setiembre de 1791 afirmó el principio de independencia del poder administrador respecto del poder judicial (art. 3 del capítulo 5, título 3°).

La experiencia de los pocos años de aplicación de este sistema impuso una modificación que, por lo demás, no alteró el principio dominante. Esa modificación consistió en separar en el poder ejecutivo las funciones de la administración activa, de la contencioso administrativa, y así se estableció en la Constitución del año VIII.

Ya antes se había atribuido a los directores de departamentos y distritos, que eran órganos puramente administrativos, competencia en lo contencioso administrativo. El órgano superior fue el Consejo de Estado. Después de algunas alternativas que modificaron el sistema se sancionó la ley de 1872, que en cierto modo es ley orgánica sobre la materia.

materia del acto (es decir, la resolución que se dicta en el caso de violación de la ley).

El recurso o la acción que provoca la decisión jurisdiccional puede tener por objeto, ya sea la defensa de un derecho subjetivo (nacido de ley o de contrato), ya la de un derecho objetivo. No importa la distinta naturaleza del derecho cuya violación se invoca para que haya acto jurisdiccional. Lo que importa (y es esencial) es que impugnándose una disposición o decisión violatoria de un derecho o de un interés legítimo se decida en consecuencia sobre ese derecho. Esa decisión es acto jurisdiccional.

La sentencia judicial, o el decreto administrativo que revoca o confirma un acto impugnado, lo mismo que el fallo del Senado son actos jurisdiccionales en sentido material.

- b) En sentido formal son actos jurisdiccionales los que emanan de un poder u órgano jurisdiccional, v. gr., un tribunal judicial, un tribunal administrativo, un tribunal o comisión disciplinaria, un consejo de guerra, etc. Pero las decisiones de esos órganos o tribunales son también actos jurisdiccionales en sentido material. (Bielsa 1966: 118-119)

Ahora bien, Bielsa también se interroga acerca de la atribución de ejecutar y juzgar desde una perspectiva del principio de separación de poderes; de esta manera, señala pues que esta última actividad, la de decidir, forma parte de la función de administrar y que debe ejercerse de forma integral.

En tal sentido, y citando un fallo de la Corte Suprema de su país, señala que “la autoridad administrativa debe tener cierto poder de rever sus propias decisiones, precisamente en virtud del principio señalado; atribuir la competencia de rever estas decisiones exclusivamente al Poder Judicial sería lo mismo que establecer un sistema de revisión de un poder respecto de otro que debe ser considerado separado (Bielsa 1966: 122-123)”.

CAPÍTULO II

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO

2.1 Posiciones divergentes del Tribunal Constitucional en relación al control difuso administrativo.

Conforme podrá apreciarse en el presente apartado, el guardián de la Constitución -siguiendo a Hans Kelsen- ha ido mutando de parecer en relación a la aplicación del control difuso en sede administrativa:

(...) el Tribunal Constitucional no había tenido una postura única, clara y definida sobre el tema, sino que más bien había experimentado una línea jurisprudencial contradictoria, poco clara en sus alcances y ciertamente había establecido límites severos a la aplicación del control difuso por parte de la Administración para luego, sin solución de continuidad, dar un salto cualitativo en la sentencia Salazar Yarlenque y consagrar, aunque limitado a ciertos órganos del Poder Ejecutivo, el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en sede administrativa. (Tirado 2008: 26)

De esta manera, podemos esbozar tres etapas diferenciadas en la jurisprudencia constitucional que pueden graficar las distintas posiciones que ha mantenido el Tribunal sobre el particular durante los primeros años del presente siglo.

2.1.1 Etapa de negación.

La posibilidad de otorgarle a la Administración Pública aquella facultad de ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, mediante la inaplicación de una ley considerada inconstitucional, resultaba inicialmente irrazonable y, por tanto, contraria a todo tipo de planteamiento jurisprudencial.

Es así que, en la sentencia recaída en el Expediente n.º 007-2001-AI/TC⁷, el Tribunal Constitucional declara fundada una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra la Ordenanza n.º 003, aprobada por el Concejo Distrital de San Juan de Lurigancho, la cual declara inaplicable en su jurisdicción la Ordenanza n.º 211 de la Municipalidad Metropolitana de Lima, que regula el procedimiento de ratificación de las ordenanzas emitidas por las municipalidades distritales.

Al respecto, y a efectos de delimitar si el primero de ellos se encontraba o no facultado para inaplicar la citada norma, expone en su Fundamento 03, lo siguiente:

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 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por

⁷ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 01 de febrero de 2003.

consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable. (Tribunal Constitucional 2003: F.J. 03)

Así pues, se advierte el total rechazo por parte del citado colegiado a cualquier posibilidad de inaplicación de normas infraconstitucionales por parte de aquellas entidades públicas que, como en el presente caso lo es la municipalidad de San Juan de Lurigancho, no tienen una facultad constitucional expresa orientada en tal sentido.

Ahora bien, en otro pronunciamiento del mismo año, el Tribunal emite opinión respecto a las garantías que debe observar un ente resolutorio de conflictos, manifestando aquellos argumentos que precisamente ahora esgrimen aquellas posturas contrarias a la sentencia Salazar Yarlenque, excluyendo a los tribunales administrativos de cualidades innatas de las entidades que ejercen jurisdicción, tales como imparcialidad e independencia.

De esta manera, la sentencia recaída en el Expediente n.º 010-2001-AI/TC⁸ declara fundada una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra la Ordenanza n.º 290, emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, la cual dispone la procedencia del recurso de revisión contra las resoluciones emitidas en segunda instancia por las municipalidades distritales; señalando en su Fundamento 03 que:

Naturalmente, los órganos y tribunales administrativos no satisfacen esas condiciones de imparcialidad e independencia, pues se trata de entes que, o

⁸ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 02 de noviembre de 2003.

forman parte de la estructura organizativa del órgano cuyo acto administrativo se reclama, o pertenecen, en general, al Poder Ejecutivo. Precisamente porque los órganos administrativos no cumplen esas garantías mínimas que debe observar el ente que resuelva el conflicto, es que, al tiempo de considerarse el agotamiento de la vía administrativa como un derecho del particular [derecho que se traduce en evitarle el acceso a la justicia ordinaria si puede resolver su conflicto con la administración estatal en dicha sede], dicha vía, cuando se fija su agotamiento de manera obligatoria, debe contemplarse de manera tal que no pueda considerarse un privilegio del Estado o, acaso, como una medida que, irrazonable y desproporcionadamente, disuada, imposibilite o impida el acceso del particular a un tribunal de justicia. (Tribunal Constitucional 2003: F.J. 03)

Como puede apreciarse, el colegiado constitucional pone en tela de juicio el respeto por parte de los tribunales administrativos de aquellos valores que rigen el accionar de toda institución a la cual se recurre en busca de tutela, por el hecho de pertenecer al Poder Ejecutivo; denotando un conflicto de intereses en la medida que forman parte de la misma organización.

Finalmente, podemos mencionar la sentencia recaída en el Expediente n.º 1266-2001-AA/TC⁹ que circunscribe el accionar de los tribunales administrativos al mero amparo de la ley, especificando que el control de validez a efectuar por dichos colegiados se desarrollará respecto a normas infralegales, tal como se señala en el Fundamento 05:

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional considera que, en el presente caso, no es aplicable su doctrina jurisprudencial según la cual, en materia tributaria, tratándose de la inconstitucionalidad de una norma legal -a cuyo amparo se realizó el acto reclamado-, no es preciso transitar ante los tribunales administrativos, dado que se trata de órganos sometidos al principio de legalidad. Y es que, en el caso de autos, no se trata de una norma con rango, valor o fuerza de ley, sino de una norma infralegal, es decir, de un nivel

⁹ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 04 de abril de 2003.

jerárquico inferior al de la ley, cuyo control de validez sí están obligados a efectuar los tribunales administrativos. (Tribunal Constitucional 2003: F.J. 05)

El proceso de amparo bajo análisis interpuesto por la empresa P.J. Bingos S.A. contra la Intendencia Regional de Administración Tributaria de La Libertad, el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Internacionales y el Ministerio de Economía y Finanzas, tenía por objeto que se declare la no aplicación del inciso a), artículo 9° del Decreto Supremo n.° 095-96-EF “Reglamento del Impuesto Selectivo al Consumo a los juegos de azar y apuestas” y, en consecuencia, que no se cobre el impuesto selectivo al consumo por la explotación de juegos de azar y apuestas, tratándose de bingos.

2.1.2 Primeros atisbos de permisión.

Luego de haber revisado sentencias que manifiestan claramente la postura inicial del Tribunal Constitucional respecto a la inaplicación de una ley considerada inconstitucional por parte de los tribunales administrativos o la Administración Pública en general; procederemos a analizar aquellas que traslucen una posibilidad de control difuso en sede administrativa.

En tal sentido, citaremos un extracto de la sentencia recaída en el Expediente n.° 2291-2003-AA/TC¹⁰, proceso de amparo iniciado por el Instituto Amelio Placencia contra el alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, con el objeto que se declaren inaplicables la Resolución de Jefatura Zonal n.° 01-10-000615 expedida por el Servicio de Administración Tributaria - SAT de la Municipalidad, y la Resolución n.° 864-3-2000, expedida por el Tribunal Fiscal; y, en consecuencia, se deje

¹⁰ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 19 de julio de 2004.

sin efecto la Resolución de Determinación n.º 01-02-244597 por concepto de arbitrios municipales correspondientes al cuarto trimestre del año 1999; y se ordene la devolución de los montos indebidamente abonados durante los periodos 1997, 1998 y el primer, segundo y tercer trimestre del año 1999. Así, tenemos que el Fundamento 08 señala lo siguiente:

En cuanto al extremo en que se solicita que se dejen sin efecto las resoluciones de determinación expedidas durante los años 1997, 1998, y el primer, segundo y tercer trimestre del año 1999, debe puntualizarse que de la revisión de autos no se advierte que estas hayan sido cuestionadas en la vía administrativo-tributaria, a tenor del artículo 27º de la Ley N.º 23506. Sobre el particular, es menester recordar que si en diversa jurisprudencia este Tribunal ha sostenido que no es preciso agotar la vía administrativa-tributaria cuando se impugna un acto practicado al amparo de una ley tributaria incompatible con la Constitución, tal aseveración se ha efectuado a propósito de una fuente legislativa de origen parlamentario, pero no de una de origen distinto, como lo es la ordenanza municipal.

Esta última, si bien tiene rango de ley, cuando versa sobre materia tributaria-municipal no tiene la condición de una fuente primaria, ya que no se encuentra sometida directamente a la Constitución; antes bien, tiene en el Decreto Legislativo N.º 776 a una norma que regula el proceso de su producción jurídica, de manera que los tribunales administrativos, como el Tribunal Fiscal, tienen la competencia para evaluar su validez, esto es, que se hayan elaborado de acuerdo con los límites formales, materiales y competenciales que el citado Decreto Legislativo prevé. De otro lado, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Fiscal debe resolver de acuerdo al artículo 51º de la Constitución. (Tribunal Constitucional 2004: F.J. 08)

Conforme se señala en la sentencia, al encontrarse las ordenanzas municipales sometidas a otra norma con rango legal (Decreto Legislativo N.º 776 Ley de Tributación Municipal) y no directamente a la Constitución, el Tribunal Fiscal tiene la competencia para evaluar su validez.

Si bien no se trata de un caso de control difuso propiamente dicho, resulta destacable lo señalado por el colegiado constitucional en el citado fundamento *in fine*, al precisar que el Tribunal Fiscal debe resolver conforme a lo señalado por el artículo 51° de la norma fundamental: “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.”

Dicho artículo que consagra el principio de “Supremacía de la Constitución” resulta ser la pieza angular en la argumentación del control difuso administrativo.

Conforme se señala en el Capítulo I, nuestro ordenamiento jurídico se encuentra diseñado de acuerdo a la estructura que establece la pirámide kelseniana, donde la Constitución se encuentra por encima de cualquier otra norma con rango de ley y esta a su vez sobre las demás de menor rango.

En el presente caso, el Tribunal Constitucional hace hincapié en la obligación que tiene un tribunal administrativo como el Tribunal Fiscal de actuar conforme a dicho principio de supremacía constitucional, mas no llega a definir los alcances de su actuación.

Conforme se verá más adelante, dicho principio es concluyente en la determinación del precedente constitucional Salazar Yarlénque.

Este recordatorio que efectúa el supremo intérprete de la constitución en la sentencia antes comentada se vuelve una llamada de atención en aquella recaída en el Expediente n.º 041-2004-AI/TC¹¹, conforme se advierte en el Fundamento 63, *ut supra*:

¹¹ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 14 de marzo de 2005.

Esperamos que, en lo subsiguiente, el Tribunal Fiscal no evite efectuar este análisis bajo la excusa de estar supeditado “únicamente a la ley”; incluso, de admitirse ello, no debe eludirse el análisis de una ordenanza municipal de conformidad con la Ley de Tributación Municipal y la Ley Orgánica de Municipalidades. De esta manera, tomando en cuenta que estas normas establecen los requisitos de fondo y forma para las Ordenanzas en materia tributaria, lo adecuado para el contribuyente frente a presuntos cobros arbitrarios es que dicha situación sea resuelta lo antes posible, y es evidente que un Tribunal especializado en materia tributaria se encuentra plenamente facultado para realizar esta labor de manera efectiva. (Tribunal Constitucional 2005: F.J.63)

De esta manera, puede apreciarse que el Tribunal Constitucional venía tomando conocimiento de resoluciones emitidas por colegiados administrativos que por una interpretación literal y restrictiva del principio de legalidad se encontraban limitados a aplicar ciegamente las leyes pertinentes sin efectuar un análisis de validez de las mismas.

Si bien se trató de un proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensoría del Pueblo contra diversas Ordenanzas expedidas por la Municipalidad de Santiago de Surco, el máximo Tribunal no escatimó en sentenciar un razonamiento de tal magnitud para que los tribunales administrativos resuelvan más allá de las leyes.

La siguiente sentencia a considerar en esta etapa que podemos denominar de transición está referida a aquella recaída en el Expediente n.º 004-2006-PI/TC¹², que si bien fue emitida después del caso Salazar Yarlénque, su publicación se efectuó de manera anterior.

¹² Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 21 de abril de 2006.

En este caso, la demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de la Ley n.º 28665, de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, por considerar que vulneran los principios constitucionales de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, de autonomía del Ministerio Público, de independencia e imparcialidad, así como el derecho a la igualdad ante la ley.

Es con referencia al primero de ellos, principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, que el Tribunal desarrolla una serie de criterios orientados a esclarecer los alcances de la *jurisdictio* y cómo armoniza el precitado principio con la jurisdicción especializada en lo militar, concluyendo en su Fundamento 13, lo siguiente:

Como es de entender, las atribuciones jurisdiccionales, sea en sede judicial ordinaria, especial o cuasijurisdiccional administrativa, se encuentran vinculadas al principio jurídico de supremacía constitucional señalado en el artículo 51 de la Constitución, en sus dos vertientes: Fuerza normativa positiva, aplicando las normas legales en base a las disposiciones constitucionales; y, fuerza normativa negativa, inaplicando la norma administrativa y/o legal que sea extraña a la Constitución. Pero, precisando que la calificación de lo inconstitucional radica en última instancia en esta sede constitucional concentrada, y que la inaplicación de una norma inconstitucional se producirá cuando exista jurisprudencia y/o precedentes vinculantes constitucionales, de conformidad con los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (Tribunal Constitucional 2006: F.J. 13)

Conforme puede advertirse, el colegiado constitucional denomina a aquella “justicia” que imparten los tribunales administrativos como “cuasijurisdicción administrativa”, señalando que también se encuentra vinculada al principio jurídico de Supremacía Constitucional, detallado con anterioridad.

Respecto al mismo, establece parámetros acerca de su doble dimensión: la fuerza normativa constitucional positiva hace referencia a la aplicación de las leyes y demás normas en la solución de conflictos intersubjetivos, teniendo como marco la carta magna; de otro lado, la fuerza normativa constitucional negativa está referida a la aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en tanto exista jurisprudencia y/o precedentes vinculantes constitucionales, ampliando de esta manera -aunque no de manera expresa- las facultades de inaplicación establecidas en el Código Procesal Constitucional para los jueces¹³ a los tribunales administrativos.

De esta manera, se va cimentando una tendencia cada vez venida a más por parte del Tribunal Constitucional en aras de facultar a la Administración Pública a ejercer el control difuso en el ámbito de su competencia, teniendo como bastión, el respeto al principio de Supremacía Constitucional.

¹³ Artículo VI.- 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.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Artículo VII.- 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. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

2.1.3 Punto de definición: caso Salazar Yarlenque.

Luego de haber recapitulado algunas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional que permiten darnos una idea de la transformación de su línea jurisprudencial a este respecto, resulta pertinente dar inicio al análisis de aquel caso que marcó un antes y un después en la impartición de “justicia administrativa” y que dividió a la doctrina constitucional y administrativa en dos sectores claramente definidos, conformado de un lado por aquellos que apoyan el control difuso en sede administrativa, y del otro, por los que rechazan de plano cualquier injerencia de la Administración Pública en el ámbito del control constitucional.

Todo esto se inició con la interposición de una demanda de amparo por parte del señor Ramón Hernando Salazar Yarlenque con fecha 14 de febrero de 2003 contra la Municipalidad Distrital de Surquillo, solicitando que se le ordene admitir a trámite sus medios impugnatorios frente a una resolución de multa sin la exigencia previa del pago de la tasa establecida en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA, señalando que dicho tributo vulnera sus derechos de petición y defensa.

El citado documento de gestión establecía como tasa para la presentación de un documento impugnatorio, la suma de S/. 15.00 (quince y 00/100 nuevos soles), compuesto por los conceptos de recursos impugnativos (diez nuevos soles) y recepción de documentos en general (cinco nuevos soles), siendo el primero de ellos materia de análisis por parte del colegiado constitucional en la resolución del presente caso.

La citada municipalidad distrital contestó la demanda sosteniendo que el artículo 192° inciso 3 de la Constitución¹⁴ faculta a los municipios a crear,

¹⁴ Ahora, artículo 195° inciso 4.

modificar y suprimir contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos municipales, estableciendo sobre dicha base las tasas anteriormente detalladas.

El Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima declaró infundada la demanda, con fecha 06 de junio de 2003, considerando que ambos conceptos se encuentran previstos en el TUPA de la entidad, el cual ha sido emitido conforme al Código Tributario y que, por ello, no se están violando los derechos del señor Salazar Yarlenque. Dicha sentencia fue confirmada con similares argumentos por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 30 de enero de 2004, a la cual subió mediante recurso de apelación.

De esta manera, al haberse declarado infundada la demanda de amparo en segunda instancia, el señor Ramón Hernando Salazar Yarlenque recurre al supremo tribunal mediante el recurso extraordinario.

Los alcances de dicha sentencia, pronunciada el 14 de noviembre de 2005 y publicada el 11 de octubre de 2006, que fue esclarecida -por decir lo menos- mediante la resolución aclaratoria de 13 de octubre de 2006, publicada el 25 de octubre de 2006, serán analizados detenidamente en el siguiente subcapítulo.

2.2 Análisis del precedente vinculante fijado en el caso Salazar Yarlenque: sentencia y resolución aclaratoria.

2.2.1 Fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente n.º 03741-2004-AA Caso Salazar Yarlenque: aciertos y desaciertos.

La sentencia bajo análisis invita a reflexionar acerca de una serie de temas constitucionales que como se señaló anteriormente permiten plasmar las distintas posturas que cada estudioso del derecho pretenda esbozar sobre el particular. Sin embargo, en aras de concentrarnos en un tema vinculado al planteamiento de la tesis, se ha puesto mayor énfasis en los argumentos del Tribunal relacionados al control de constitucionalidad:

a) Control de constitucionalidad y control de legalidad.

El Tribunal Constitucional inicia su argumentación en este memorable caso denominado Salazar Yarlenque -cuyo recorrido inicial ha sido expuesto en el subcapítulo precedente- mediante una crítica a los órganos que resolvieron la causa, a saber: Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima en primera instancia y la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima en segunda instancia; señalando así que "(...) no se han referido a la dimensión constitucional de los hechos planteados por el recurrente (...) (Tribunal Constitucional 2006: F.J. 04)".

Tal lógica tiene sentido en la medida que nos encontramos frente a un proceso constitucional de la libertad como el amparo, el cual requiere un razonamiento más elaborado que el puramente legalista. Si bien ambas instancias se encuentran conformadas por jueces civiles¹⁵, ello no es óbice para una visión constitucional del caso.

¹⁵ Es de señalar que mediante Resolución Administrativa n.º 319-2008 de 17 de diciembre de 2008 se instauró la Especialidad Constitucional en la Corte Superior de Justicia de Lima y se dispuso la conversión de diez (10) Juzgados Especializados en lo Civil de la misma Corte Superior en Juzgados Especializados en lo Constitucional.

En dicho sentido, el colegiado mayor remarca el deber de todo juez, sea constitucional u ordinario, de efectuar el control difuso conforme lo establece el artículo 138° de la Constitución:

Administración de Justicia. Control difuso

Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

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

De lo señalado hasta el momento no existe mayores discrepancias en la doctrina nacional, toda vez que nos encontramos frente a un deber claramente establecido por nuestra norma fundamental, en el capítulo destinado a normar el Poder Judicial.

No obstante, seguidamente el Tribunal prescribe que “este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública (Tribunal Constitucional 2006: F.J. 06)”.

Si nos detenemos a analizar este extremo de la sentencia, apreciamos que no se está refiriendo al artículo antes citado, relativo a la Administración de Justicia y Control Difuso, sino a aquel que instituye el Principio de Supremacía Constitucional en nuestro ordenamiento jurídico:

Supremacía de la Constitución

Artículo 51.- 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.

Utilizando como fundamento el precitado artículo 51°, el Tribunal hace un llamado a los principios de interpretación constitucional: unidad de la Constitución y concordancia práctica, a fin de entender el artículo 138° en el sentido de que “si bien la Constitución (...) reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial” (Tribunal Constitucional 2006: F.J. 07).

Como es evidente, dicha interpretación ha generado mucha polémica en la doctrina nacional, así tenemos la opinión del reconocido administrativista Morón Urbina:

Como ya lo habíamos adelantado, el Tribunal Constitucional sigue el falso dilema con que se suele errar en el análisis de la posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional. Nadie en su sano juicio, puede postular que la Administración pública no deba apreciar la validez de la norma que aplique, que no se deba vincular al Estado de Derecho, o que, desde otra perspectiva, deba sólo ajustar su actuación a la norma legal con prescindencia del resto de la pirámide kelseniana.

Pero no resulta lógico inferir directa e ineludiblemente del deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución contenidos en los artículos 38, 51 y 201 de la Constitución, la potestad de inaplicar una ley por considerarla inconstitucional. (Morón 2007: 58-59)

Así también, el profesor Castillo Córdova diseña una serie de argumentos contrarios a dicho planteamiento, reconociendo -no

obstante- que el punto de partida del Tribunal Constitucional es correcto:

Por lo que es un acierto innegable partir de la consideración de la Constitución peruana como una norma jurídica fundamental para resolver cuestiones como las que suscita el caso que ahora se comenta. Sin embargo, siendo acertado el punto de partida, la incorrecta aplicación de estos principios acarrea consecuencias sumamente dañinas para el correcto funcionamiento del Estado constitucional de Derecho (...). (Castillo 2007: 75)

De esta manera, dichos postulados esgrimidos por el profesor Castillo se orientan a establecer lo siguiente:

- **La Administración Pública no es comisionada del poder constituyente:**

Con la finalidad de asegurar el límite (orgánico y dogmático) del poder político a la Constitución, el Poder constituyente ha decidido que, debido a que él no siempre estará presente¹⁶, determinados órganos, a través de determinados procedimientos y en ejercicio de determinadas potestades, se encarguen de velar por el cumplimiento efectivo de la Constitución. Tales órganos, que se pondrían en funcionamiento una vez que el Poder constituyente se replegase, actuarían como Comisionados de éste en la preservación de su obra: la Constitución. (Castillo 2007: 76)

En dicha línea, los comisionados son el Tribunal Constitucional (comisionado mayor, con el poder de anular normas con rango de ley, sentencias judiciales y cualquier acto administrativo) y el Poder Judicial (comisionado menor); habiéndose abstenido el constituyente en nombrar a la Administración Pública como su

¹⁶ De hecho, una de las notas que caracteriza al Poder constituyente originario es su momentaneidad.

comisionada, “de ahí que se entienda perfectamente que no se le haya atribuido ni potestades ni funciones en este sentido” (Castillo 2007: 77).

- **Interpretación estricta del artículo 138° de la Constitución:**

Es un concepto básico del Derecho Constitucional (y, en general, de todo el Derecho) que aquellas disposiciones que definen potestades, competencias, funciones, facultades, deben ser interpretadas restrictivamente. No existen potestades constitucionales implícitas, ni mucho menos su atribución puede ser consecuencia de aplicaciones análogas de la norma. (Castillo 2007: 78)

Si bien este concepto se entiende por sí mismo, el autor refuerza su posición señalando que las únicas jurisdicciones existentes en nuestro ordenamiento son la judicial, militar y arbitral, siendo que la Administración Pública tiene potestades cuasi-judiciales, dejando claro que no existe una “jurisdicción administrativa”.

- **Quiebra del Estado Constitucional de Derecho:**

El Estado de Derecho empieza a resquebrajarse ahí donde se pretende desconocer los mandatos constitucionales que han separado potestades (facultades y consecuentes deberes) para atribuirlos a órganos constitucionales distintos. El cumplimiento efectivo de la organización constitucional del poder político es la primera exigencia para poder hablar al menos de la existencia material y real de un Estado de Derecho. (Castillo 2007: 80)

Resulta ser este, a nuestro entender, uno de los argumentos más sólidos que sostiene cierto sector de la doctrina al rechazar las facultades de aplicación de control difuso otorgadas por el Tribunal Constitucional a los tribunales administrativos mediante la sentencia bajo análisis.

Conforme sabemos, la separación de poderes es una forma de limitación al poder que consiste en la distribución del mismo entre distintos órganos integrantes del Estado, a quienes se les otorga facultades específicas de las cuales son titulares.

La teoría de la separación de poderes -si bien fue doctrinariamente desarrollada por John Locke en sus Dos Tratados sobre el Gobierno Civil, y por Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, en su Espíritu de las Leyes- tuvo sus orígenes en la Revolución Francesa, pues ella significó la transformación de un Estado Absolutista en un Estado de Derecho, donde la voluntad del soberano empezaba a ceder ante la voluntad del pueblo, materializada en la Ley, estableciéndose los tres poderes tal cual los conocemos en la actualidad: legislativo, ejecutivo y judicial.

Con el devenir de las épocas y con el establecimiento de la Constitución como una norma jurídica y no sólo como un conjunto de ideales jurídicos, la superioridad de la Ley va cediendo a la supremacía de la Constitución como norma de normas, exigible a los gobernantes y gobernados, erigiéndose así como la cabeza absoluta del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, como ya se señaló anteriormente, el profesor Castillo no es ajeno a la argumentación básica del Tribunal Constitucional en relación

al reconocimiento del principio de supremacía constitucional, sino que lo distingue de la facultad de aplicar el control difuso:

No debe confundirse, sin embargo, el principio de normatividad y supremacía de la Constitución, con la facultad (deber) de controlar la constitucionalidad de las leyes. Es cierto que la Constitución vincula también a la Administración pública, pero de aquí no se concluye que tenga atribuida la competencia para establecer con valor jurídico que determinada ley o norma se ajusta o no al texto constitucional. En referencia a la Administración pública, el encargado de definir lo constitucionalmente válido es el Tribunal Constitucional y los tribunales del Poder Judicial. (Castillo 2007: 81)

Sin perjuicio de los argumentos en contrario antes citados, el Tribunal hace también referencia a una fuente legislativa para sustentar con mayor profundidad los alcances de su hipótesis, así en distintos fundamentos jurídicos de la sentencia recoge ciertos articulados de la Ley n.º 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, que reconocen el Principio de Supremacía Constitucional:

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo III.- Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. **Principio de legalidad.**- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de

las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

(...)

CAPÍTULO II

Nulidad de los actos administrativos

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

(El subrayado es nuestro).

Entre los dispositivos antes citados, cabe resaltar el Principio de Legalidad, considerado como uno de los pilares del Derecho Administrativo, por el cual, la Administración Pública en general se somete a la ley, debiendo obedecerla y ejecutarla.

Conforme advierte Claudia Del Pozo, dicho principio presenta dos aspectos: la reserva y la primacía de ley. “De un lado, en virtud de la primacía de la ley, se reconoce la fuerza de ley activa frente a disposiciones legales anteriores. De otro lado, la reserva de ley es el concepto por el cual se exige del expreso fundamento legal que dote de legitimidad la actuación jurídica de la Administración” (Del Pozo 2005: 103).

No obstante, ello se reinterpreta en un Estado Constitucional de Derecho, en el cual la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra ocupada por la Constitución, en consecuencia, la Administración pública debe someterse también a su sistema de valores:

El control de legalidad de la Administración significa hoy, al mismo tiempo, control de constitucionalidad de la Administración; significa que también se controla a la Administración sobre el cumplimiento del sistema de valores de la Constitución. Y no sólo porque la ley aplicada por la Administración únicamente puede cubrir la actuación administrativa cuando ella misma supera por su parte un control de constitucionalidad: hasta aquí el control de constitucionalidad de la Administración es aún control primario de constitucionalidad de la legislación. Sino también porque la Administración se ve directamente confrontada con la Constitución, sin posibilidad de cubrirse con la ley ordinaria, en esa amplia zona que le es abandonada a sus propias decisiones -bajo las rúbricas de arbitrio y de margen discrecional-. De nada sirve a la Administración el eludir a un margen de arbitrio que le haya sido expresamente concedido por ley, cuando el juez puede objetarle con éxito que, si bien ha tenido en cuenta los límites concretos de arbitrio según la ley especial, sin embargo, no ha observado las normas constitucionales limitadoras de todo arbitrio. (Bachof. En: Del Pozo 2005: 107)

b) Eficacia vertical de los derechos fundamentales.

Otro argumento que sostiene el Tribunal Constitucional para justificar la aplicación del control difuso por los tribunales administrativos es la eficacia vertical de los derechos fundamentales, la cual que ha sido definida por el propio colegiado en una sentencia anterior (Expediente n.º 3179-2004-AA/TC¹⁷), de la siguiente manera:

La vinculación de los derechos hacia cualesquiera de los poderes y, en general, órganos públicos, es lo que hemos venido en denominar *eficacia vertical de los derechos fundamentales*. Tal eficacia no es sino consecuencia de la naturaleza preestatal de los derechos fundamentales y, por tanto, del carácter servicial del Estado para con ellos, en tanto que la

¹⁷ Sentencia emitida el 18 de febrero de 2005.

persona humana se proyecta en él como el fin supremo (art. 1 de la Constitución).

En ese sentido, tenemos dicho que dentro de estos sujetos obligados para con el respeto y protección de los derechos fundamentales se encuentran todos los poderes públicos, es decir, los entes que forman parte del Estado, independientemente de su condición de órgano constitucional, legal o administrativo, y los grados e intensidad de autonomía que para con ellos el ordenamiento haya podido prever.

(...). *Todos los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos.* (Tribunal Constitucional 2005: F.J. 17)

Si bien en dicha resolución, el supremo Tribunal recoge la eficacia vertical de los derechos fundamentales para sustentar la ampliación del ámbito de derechos protegidos mediante el amparo contra resoluciones judiciales -que procede respecto de aquellas que se hayan dictado con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, conforme señala el Código Procesal Constitucional- y, en consecuencia la vinculación que existe entre los demás derechos fundamentales y el Poder Judicial; en el caso bajo análisis, el sujeto de poder al cual se vincula los derechos fundamentales es la administración pública.

Asimismo, se señala que, atendiendo a la doble dimensión de los derechos fundamentales, “el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso -*dimensión objetiva*-, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos -*dimensión subjetiva*” (Tribunal Constitucional 2006: F.J. 11).

2.2.2 Resolución aclaratoria: ¿nuevas reglas?

Como resultado de las argumentaciones antes desarrolladas, entre otras, el Tribunal Constitucional emitió el siguiente precedente vinculante:

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. (Tribunal Constitucional 2006: F.J. 50)

No obstante haber sido bastante enfático en la sustentación de la aplicación del control difuso por la administración pública, quien -conforme señala- debe respetar el principio de supremacía constitucional y la eficacia vertical de los derechos fundamentales, el precedente habilita “a todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública”, no a la integridad de la administración pública, conforme se vislumbraba de la argumentación inicial.

A pocos días de publicada la sentencia Salazar Yarlenque, el precedente fue objeto de una “aclaración” que resultó en el establecimiento de nuevas reglas para la aplicación del control difuso administrativo:

- a) Alcance nacional de los tribunales administrativos.
- b) Adscrito al Poder Ejecutivo.

- c) Finalidad de declaración de derechos fundamentales del administrado.
- d) Trámite a pedido de parte.
- e) Excepcionalidad: de oficio.

A este respecto, como manifiesta el profesor Castillo Córdova, “el Tribunal Constitucional modifica (...) su criterio jurisprudencial al redefinir los entes de la Administración que a su entender podrán realizar control difuso de la constitucionalidad” (Castillo 2007: 94).

En efecto, luego de tal aclaración se presentan más interrogantes a la cuestión, pues si la Constitución vincula a todo poder público, no debiera hacerse distinciones entre órganos a fin de aplicar dicho control. El alcance nacional es un parámetro que establece el supremo colegiado sin mayores fundamentos y olvidando que existen también instituciones con alcance local y regional que bien podrían impartir “justicia administrativa” en el ámbito de su competencia.

2.3 Sentencia que deja sin efecto el precedente vinculante Salazar Yarlenque.

En circunstancias en que la presente investigación estaba culminando, el supremo intérprete de la Constitución dejó sin efecto el precedente vinculante que facultaba a los tribunales administrativos a ejercer el control difuso de constitucionalidad, mediante la sentencia recaída en el Expediente n.º 4293-2012-PA/TC¹⁸.

¹⁸ Publicada por el Tribunal Constitucional mediante Nota de Prensa n.º 033-2014-OII/TC del 14 de abril de 2014.

El demandante -Consortio Requena- interpuso una demanda de amparo con fecha 22 de febrero de 2012 contra la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el Procurador Público a cargo de sus asuntos judiciales, solicitando la nulidad de la Resolución n.º 170-2012-TC-S1 que declaró infundado el recurso de apelación que interpuso contra la decisión de descalificación de su propuesta técnica en la Licitación Pública n.º 001-2011-MPR “Rehabilitación y ampliación del sistema de agua potable y alcantarillado de la localidad de Requena - Loreto” (1ra Convocatoria), alegando la vulneración de sus derechos constitucionales a la propiedad, a la tutela procesal efectiva, al debido proceso, a la motivación, a la igualdad ante la ley, a contratar con fines ilícitos, a la racionalidad y proporcionalidad, así como al principio de congruencia procesal.

Señala que, en su recurso de apelación, la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE incorporó un nuevo punto controvertido acerca de los requisitos del “Gerente de Obras” que no había sido materia de su impugnación ni tampoco observado por la propia Municipalidad Provincial de Requena al momento de decidir su descalificación. Asimismo, sostiene que la citada Sala resolvió dicho punto controvertido aplicando un parecer jurídico distinto, a pesar de que era un supuesto de hecho sustancialmente idéntico al que fue materia de decisión en la Resolución n.º 97-2012-TC-S1.

El Procurador Público del OSCE contestó la demanda señalando que el amparo es un proceso residual y que el proceso contencioso administrativo es la vía igualmente satisfactoria para resolver la controversia. Asimismo indica que no se ha vulnerado el Principio de Congruencia, pues el artículo 5º de la Ley n.º 27444 autoriza a los órganos administrativos a incorporar de oficio nuevas cuestiones de hecho y de derecho, aun cuando no hayan sido planteadas por los administrados; también refiere que la precitada resolución no constituye precedente vinculante por lo que no cabía extender su criterio al caso del demandante.

El Primer Juzgado Civil de Maynas declaró fundada la demanda, considerando que se cumplió con presentar el diploma de incorporación del Colegio de Ingenieros del Perú y el certificado de habilidad, los cuales son documentos suficientes para acreditar el grado profesional del “Gerente de Obra” propuesto.

Por su parte, la Sala revisora revoca la apelada y declara improcedente la demanda, declarando que la vía igualmente satisfactoria es el proceso contencioso administrativo; en tal sentido, el demandante recurre al supremo tribunal mediante el recurso de agravio constitucional.

El Tribunal Constitucional considera que se habría producido la afectación al derecho de defensa, al incorporarse hechos nuevos no planteados en la apelación, así como al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, al aplicar un criterio jurídico distinto al previamente establecido. En relación a la primera afectación, el supremo colegiado desestima la demanda teniendo en cuenta que el demandante sí pudo realizar la contradicción correspondiente contra el nuevo punto de controversia; sin embargo, respecto de la segunda afectación, el Tribunal estimó la demanda, al concluir que sí existió un tratamiento diferenciado injustificado, toda vez que en ambos casos se analizó el mismo supuesto de hecho sobre la documentación idónea para acreditar el grado profesional del personal especializado y, en ambas, se adjudicó soluciones jurídicas distintas y contrarias entre sí. No obstante, al momento de dictarse la sentencia habían transcurrido nueve meses de iniciada la ejecución de la obra, por lo que no era posible que se retrotraigan los hechos al momento anterior a la violación del derecho; en tal sentido, se declara la irreparabilidad del mismo.

Sin perjuicio de la concordancia con los criterios antes expuestos, debemos indicar que a partir del fundamento 30 de la sentencia, el Tribunal Constitucional cambia de rumbo en su argumentación jurídica, y empieza a desarrollar una crítica al precedente Salazar Yarlenque, sosteniendo que el mismo no ha cumplido con las

reglas definidas por la sentencia recaída en el Expediente n.º 00024-2003-AI/TC para el establecimiento de un precedente vinculante.

Agrega que en el aspecto material existen razones suficientes para dejar sin efecto dicho precedente -tal como finalmente lo hizo-, por cuanto: 1) la Constitución Política regula esta atribución para los jueces, pudiendo ser extensivo para los que desempeñen una función jurisdiccional; 2) el control difuso judicial ha establecido un mecanismo de control al ser la sentencia elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, lo que no ocurre en el caso de los tribunales administrativos; y 3) afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional, reservado para el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, así como el principio de división de poderes, al permitir que el Poder Ejecutivo controle las normas del Poder Legislativo.

Cabe destacar el voto singular del magistrado Urviola Hani, quien estima que no cabe dejar sin efecto el precedente vinculante, en mérito a los siguientes argumentos: 1) el Tribunal Constitucional ha sostenido que el artículo 138º de la Constitución no puede ser interpretado de modo literal en el sentido que sólo puede ejercerlo el Poder Judicial; 2) el control difuso norteamericano fue establecido jurisprudencialmente y no mediante una disposición constitucional expresa; 3) el Tribunal Constitucional no puede dejar sin efecto un precedente vinculante sin analizar, previamente, cuál ha sido la utilidad o efecto que ha generado en el sistema jurídico, o si existen fórmulas para mejorarlo; y 4) los fundamentos utilizados para establecer el control difuso administrativo son los mismos que se utilizaron para establecer el control difuso arbitral. No obstante lo antes señalado, el magistrado indica que coincide con la sentencia dada en mayoría respecto del problema de la inexistencia de un procedimiento de consulta que revise el control difuso administrativo, concluyendo que la mejor solución no sería eliminar el precedente vinculante, sino mejorarlo mediante una nueva regla que incorpore el procedimiento de consulta u otro similar ante la Sala Constitucional y Social de la

Corte Suprema de Justicia de la República, siempre y cuando dicha decisión no sea impugnada judicialmente por las partes.

Por su parte, el magistrado Vergara Gotelli señala en su fundamento de voto que el precedente vinculante no podrá ser aplicado mientras los tribunales administrativos no implementen una instancia de control, puesto que ello puede conllevar a realizar actos inconstitucionales; en tanto que el fundamento de voto del magistrado Álvarez Miranda está orientado a esclarecer que el cambio de precedente no enerva en modo alguno las competencias de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI, toda vez que al inaplicar esta una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad.

De lo expuesto en la sentencia, en los fundamentos de voto y en el voto singular, coincido con los argumentos desarrollados por el magistrado Oscar Urviola Hani, con mayor énfasis en el sentido de que previamente a tomar la decisión de dejar sin efecto el precedente vinculante, ha debido efectuarse un balance de su aplicación y utilidad, si tuvo éxito en la consecución de su fin primario, que es proteger los derechos fundamentales de los administrados, y si es un mecanismo factible de ser perfeccionado mediante la incorporación de nuevas fórmulas.

Considero que esta medida generará un riesgo de sobrecarga procesal en los tribunales contenciosos administrativos, mediante la judicialización de aquellos procesos administrativos en los cuales se vulnere derechos fundamentales de administrados utilizando una norma manifiestamente inconstitucional, afectando a las personas de menores recursos que en lugar de acudir a los propios tribunales administrativos para obtener justicia, mediante mecanismos más ágiles y económicos, deberán dirigirse al Poder Judicial con los costos y tiempos que ello trae consigo.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO

3.1 Acceso a la información pública: solicitudes efectuadas a los tribunales administrativos de alcance nacional.

A efectos de obtener información relevante para la presente investigación, se solicitó a cinco (05) tribunales administrativos de alcance nacional (Tribunal Fiscal, Tribunal Registral, Tribunal de Contrataciones del Estado, Tribunal del Servicio Civil y Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI) que atendieran las siguientes consultas:

- a) Precisar a partir de qué fecha vuestro Tribunal inició sus funciones.
- b) Señalar el número de solicitudes de aplicación de control difuso en sede administrativa que ha recibido vuestro Tribunal y, a partir de ellas, cuántas han sido concedidas.
- c) Señalar el número de resoluciones que han aplicado el control difuso de oficio.

- d) Señalar el mecanismo establecido por vuestro Tribunal para efectuar control difuso en sede administrativa.
- e) Remitir copia de todas las resoluciones emitidas por vuestro tribunal desde el inicio de sus funciones a la fecha, en las que haya aplicado el control difuso, sea a solicitud de parte o de oficio.
- f) Detallar la formación en materia constitucional de todos los vocales que componen vuestro Tribunal.

Inicialmente, la consigna de las interrogantes efectuadas fue la de desarrollar un análisis estadístico acerca de la producción de resoluciones emitidas por tribunales administrativos en las cuales se haya aplicado el control difuso. En tal perspectiva, se consideró la fecha de inicio de funciones de dichos colegiados a fin de establecer una línea base sobre la cual se determine anualmente el número de resoluciones emitidas bajo dichas prerrogativas, a partir de la fecha de publicación del precedente Salazar Yarlenque (10 de octubre de 2006).

Considerando que la sentencia bajo análisis ha establecido asimismo que el control difuso debe solicitarse, como regla general, y concederse de oficio, como excepción; se requirió la información señalada en las interrogantes b) y c) a efectos de verificar el número de resoluciones emitidas anualmente a petición de parte, así como aquellas en las cuales cabía pronunciarse de oficio. Respecto de aquellas solicitadas, se consideró además conocer las que hubieren sido rechazadas, ello, con el objeto de verificar en primera instancia la correlación existente entre solicitudes aceptadas y rechazadas, así como, el sustento de dicho rechazo, mediante la lectura de las mismas, en atención a la interrogante e).

De otro lado, a falta de un procedimiento general para la aplicación del control difuso en sede administrativa, resultaba necesario conocer si los tribunales administrativos habían establecido algún mecanismo para su implementación, por lo cual dicha inquietud también fue plasmada en la interrogante d) de la solicitud de acceso a la información pública remitida a los precitados colegiados.

Finalmente, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un mecanismo establecido por nuestro Tribunal Constitucional para la protección de derechos fundamentales en procedimientos administrativos bajo determinadas características y condiciones, resultaba necesario conocer la formación en materia constitucional de los funcionarios que componen los distintos tribunales administrativos, conforme se aprecia en la interrogante f).

Ahora bien, luego de conocer la finalidad de cada una de las consultas efectuadas a los cinco tribunales administrativos seleccionados como muestra para la presente investigación, y analizar las respuestas brindadas, podemos señalar lo siguiente:

3.1.1 No existe clasificación alguna respecto de las resoluciones de control difuso

3.1.1.1 Tribunal Fiscal¹⁹

La solicitud de acceso a la información efectuada al Tribunal Fiscal fue denegada en este extremo²⁰, amparándose en el

¹⁹ El Tribunal Fiscal fue creado mediante Ley n.º 14920 promulgada el 27 de febrero de 1964.

²⁰ Mediante Memorando n.º 167-2014-EF/40.03, emitido por el Tribunal Fiscal, cuyo contenido fuera remitido a la suscrita con fecha 12 de marzo de 2014, a través de la Coordinadora de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Ministerio de Economía y Finanzas.

artículo 13²¹ del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27806 “Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública”²², toda vez que “(...) *constituyen [sic] información con la que no cuenta el Tribunal Fiscal y que se tendría que producir luego de un análisis de la información que se posee para dar una respuesta a su solicitud*”.

Conforme se aprecia, la respuesta denegatoria por parte del citado colegiado no contribuye con la plena efectivización del derecho fundamental de acceso a la información pública, toda vez que si bien no se tiene la información clasificada de tal manera que se pueda fácilmente acceder a aquellas resoluciones en las que se haya aplicado el control difuso o, inclusive, aquellas solicitudes que hayan sido denegadas, la entidad podría brindar dicha información con los datos que tiene en sus archivos digitalizados.

Sin perjuicio de ello, debe señalarse que mediante el buscador virtual de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Fiscal²³, se puede acceder a las resoluciones emitidas por número de resolución o expediente, así como por el contenido. Respecto a esta última clasificación puede encontrarse bajo el criterio *control difuso*, una serie de resoluciones de las cuales se eligieron algunas de ellas como muestra para el análisis a efectuar en el acápite siguiente.

²¹ “(...) *La solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada. (...)*”

²² Aprobado mediante Decreto Supremo n.º 043-2003-PCM.

²³ A través del enlace web: https://apps4.mineco.gob.pe/ServiciosTF/nuevo_Contentido.htm

3.1.1.2 Tribunal Registral²⁴

Si bien la respuesta brindada por el Tribunal Registral²⁵ no fue denegatoria, coincidió con la emitida por el Tribunal Fiscal, en el sentido de que “(...) *no guarda la información bajo dicho criterio (solicitudes de apelación de control difuso de parte o de oficio)*”.

No obstante, nos remitieron copia de algunas resoluciones en las cuales dicho colegiado ha aplicado el control difuso.

Del mismo modo, en el buscador virtual de resoluciones emitidas por el Tribunal registral, puede apreciarse dos (02) aplicativos: la búsqueda básica (por número y fecha de resolución) y la búsqueda especializada (con múltiples criterios); respecto de este último, puede indicarse en la sumilla, la nomenclatura *control difuso*, obteniéndose así también un conjunto de resoluciones, de las cuales, aleatoriamente, se ha identificado algunas para su ulterior análisis.

3.1.1.3 Tribunal de INDECOPI

²⁴ El Tribunal Registral de la entonces Oficina Registral de Lima y Callao (ORLC) inició sus funciones en agosto de 1995.

²⁵ Mediante Memorando n.º 016-2014-SUNARP-PT del 05 de marzo de 2014 emitido por el Presidente del Tribunal Registral y remitido a la autora mediante Carta n.º 132-204-SUNARP/OGA del 12 de marzo de 2014, suscrita por el Jefe de la Oficina General de Administración de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP.

El Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual se encuentra conformado por cuatro salas especializadas en los asuntos de competencia resolutoria del INDECOPI; cada una de ellas aplica un criterio distinto para brindar una respuesta a nuestra solicitud de acceso a la información, así tenemos:

- **Sala Especializada en Propiedad Intelectual²⁶:**

Conforme indica la Secretaría Técnica de la Sala en su respuesta²⁷, *"(...) no se cuenta con una base de datos al respecto en atención a que en cada procedimiento administrativo que se tramita ante la referida Sala pueden formularse múltiples pretensiones las cuales son evaluadas por la Sala al momento de resolver y una de ellas puede ser la aplicación del control difuso, tal como ha ocurrido en algunas oportunidades"*. En tal sentido mencionan algunas resoluciones en las cuales la Sala se ha pronunciado ante solicitudes de aplicación de control difuso.

Asimismo, informan que no han tenido la oportunidad de aplicar el control difuso de oficio en un determinado procedimiento administrativo.

²⁶ Denominada inicialmente Sala de Propiedad Intelectual, cuyo inicio de actividades fue el 11 de julio de 1996.

²⁷ Remitida mediante Carta n.° 0092-2014/GEG-Sac del 28 de febrero de 2014, suscrita por la Jefa del Servicio de Atención al Ciudadano del INDECOPI.

- **Sala Especializada en Defensa de la Competencia²⁸:**

Desde que el Tribunal Constitucional reconoció la facultad de aplicar control difuso en sede administrativa, no ha existido pronunciamiento alguno de la Sala aplicando dicha figura, conforme nos indica la Secretaría Técnica de la misma en su respuesta²⁹. Sin embargo, agrega que -algunos años antes de la emisión del precedente vinculante Salazar Yarlenque- se analizó la aplicación del control difuso en sede administrativa, mediante un voto en minoría contenido en la Resolución n.º 0259-2001/TDC-INDECOPI del 16 de abril de 2001, por la cual el ex-vocal 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 (...).

²⁸ El Tribunal del INDECOPI inició sus funciones por Decreto Ley n.º 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.

²⁹ Remitida mediante Carta n.º 0101-2014/GEG-Sac del 07 de marzo de 2014, suscrita por la Jefa del Servicio de Atención al Ciudadano del INDECOPI.

Asimismo, en relación a los supuestos en los cuales considera que no es posible la aplicación de la figura de control difuso por parte de los tribunales administrativos, manifestó que: *“cuando la relación es de tipo Administración Pública - particulares, el ente administrativo no podría aplicar el control difuso por cuanto no sería un ente imparcial”*.

- **Sala Especializada en Protección al Consumidor³⁰:**

Si bien la Secretaría Técnica de la Sala no deniega directamente la solicitud en su respuesta³¹, señala que no cuentan con la información solicitada, haciendo referencia al artículo 13° del TUO de la Ley n.° 27806, conforme nos indicara asimismo el Tribunal Fiscal.

- **Sala Especializada en Procedimientos Concursales:**

Al igual que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, no se ha emitido pronunciamiento alguno de

³⁰ Denominada inicialmente Sala de Defensa de la Competencia n.° 2, cuyo inicio de funciones fue el 22 de setiembre de 2009, y modificada a su actual denominación en atención a lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de INDECOPI, aprobado por Decreto Supremo n.° 107-2012-PCM.

³¹ Remitida mediante Carta n.° 0092-2014/GEG-Sac del 28 de febrero de 2014, suscrita por la Jefa del Servicio de Atención al Ciudadano del INDECOPI.

aplicación de control difuso conforme a lo señalado en la respuesta brindada por la Secretaría Técnica de la Sala³².

De otro lado, ingresando al buscador virtual de resoluciones emitidas por el Tribunal de INDECOPI³³, tenemos que en el aplicativo de Búsqueda Especializada, puede ingresarse la nomenclatura *control difuso* en la sumilla, arrojando así una serie de resoluciones en las cuales se ha solicitado la aplicación del mecanismo de control constitucional materia de la presente investigación.

3.1.1.4 Tribunal de Contrataciones del Estado³⁴

Conforme indicaron el Tribunal Fiscal y la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del INDECOPI, la respuesta emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado³⁵ también fue denegatoria, pues *“no cuenta con la información clasificada según ese criterio”*.

Por su parte, el buscador virtual de resoluciones emitidas por el presente Tribunal³⁶ no facilita el acceso a las mismas a través de

³² Remitida mediante Carta n.º 0101-2014/GEG-Sac del 07 de marzo de 2014, suscrita por la Jefa del Servicio de Atención al Ciudadano del INDECOPI.

³³ A través del enlace web: <http://systems.indecopi.gob.pe/buscResolucion/index.seam>.

³⁴ El Tribunal del Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas inició funciones en el año de 1993.

³⁵ Remitida mediante Oficio n.º 055-2014/TRANSPARENCIA-OGI del 06 de marzo de 2014, suscrita por el responsable de brindar la información de acceso al público.

³⁶ A través del enlace web: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/resoluciones-emitidas-por-el-tribunal>.

búsquedas especializadas, toda vez que sólo las discrimina por número de resolución.

3.1.1.5 Tribunal del Servicio Civil

Del mismo modo, la respuesta emitida por la Secretaría Técnica del Tribunal del Servicio Civil fue denegatoria³⁷, toda vez que “(...) en la sistematización de los escritos que se presentan ante este Tribunal no se ha considerado la categoría relacionada con la aplicación del control difuso en sede administrativa (...)”.

En relación al buscador virtual, debe señalarse que este se encuentra clasificado en dos (02) secciones: índice temático y catálogo. El primero de ellos clasifica las resoluciones por los temas sobre los que SERVIR ejerce rectoría, en tanto que el segundo las presenta por número de resolución. Sin embargo, al no poder ingresar la fórmula *control difuso*, dicho buscador no resulta útil a fin de obtener la información necesaria para la presente investigación.

3.1.2 Mecanismo de aplicación disímil.

Conforme puede advertirse de las respuestas brindadas por los distintos tribunales administrativos, no existe un mecanismo o procedimiento establecido por dichos colegiados para la aplicación del control difuso administrativo.

³⁷ Remitida mediante Oficio n.º 319-2014-SERVIR/ACCESO A LA INFORMACIÓN del 04 de marzo de 2014.

Así tenemos que, conforme detallan en sus respuestas, el Tribunal Fiscal se sujeta únicamente a lo dispuesto por el precedente vinculante, en tanto que si bien el Tribunal Registral indica que no ha considerado un mecanismo específico, los casos que nos fueron mencionados a efectos de analizar el acápite precedente, fueron llevados a Pleno Registral y mediante un acuerdo plenario se dispuso la aplicación del control difuso en cada caso genérico.

Por su parte, el Tribunal del Servicio Civil señala que para emitir sus pronunciamientos aplica el procedimiento previsto en el Reglamento que lo regula, aprobado por Decreto Supremo n.º 008-2010-PCM, modificado por el Decreto Supremo n.º 135-2013-PCM; no obstante, de la lectura del mismo, no se aprecia mención alguna a la aplicación del control difuso en sus resoluciones o, cómo proceder en caso de alguna solicitud sobre el particular.

Finalmente, el Tribunal de INDECOPI no emite respuesta alguna a este respecto, del mismo modo que el Tribunal de Contrataciones del Estado.

3.1.3 Formación constitucional de los funcionarios pertenecientes a los tribunales administrativos.

Para ser vocal de un tribunal administrativo, no se exige la formación y/o experiencia en materia constitucional como un requisito formal. Así tenemos que para ser miembro del Tribunal Fiscal se requiere, entre otros,

versación en materia tributaria o aduanera³⁸. Por su parte, en la tabla de evaluación para vocales del Tribunal Registral³⁹, están considerados los grados de maestro en Derecho Registral, Civil y Comercial.

No obstante lo antes señalado, ello no significa que los vocales en ejercicio carezcan de dicha fortaleza (formación y/o experiencia en materia constitucional); en tal perspectiva, se requirió en las solicitudes de acceso a la información que nos precisen dicho detalle, no encontrando una respuesta directa a este respecto por ninguno de los colegiados consultados.

Sin perjuicio de ello, y considerando que las hojas de vida de los vocales en ejercicio deben encontrarse en los portales de transparencia de las distintas entidades, se procedió a indagar acerca de los mismos, llegando a obtenerse la información detallada a continuación:

- En los portales de Transparencia de los cinco (05) tribunales administrativos consultados se publica la conformación de sus distintas salas, detallando el nombre y cargo de cada uno de los vocales que las conforman.
- No en todos los casos se publica la hoja de vida de los vocales administrativos, imposibilitándose así acceder a la información relacionada con la formación en materia constitucional de los mismos.

³⁸ Conforme a lo establecido por el artículo 98° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo n.° 135-99-EF.

³⁹ Contendida en el Reglamento de Acceso a la Función Registral dentro del Sistema Nacional de los Registros Públicos, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos n.° 415-2004-SUNARP-SN.

- De aquellos tribunales que sí publican las referidas hojas de vida, se aprecia que en la Primera Sala del Tribunal de SERVIR, se cuenta con un Magíster en Derecho Constitucional; en tanto que en la Sala Especializada en Protección al Consumidor del INDECOPI, se cuenta con un vocal que ha seguido cursos de especialización en Derechos Humanos.

Por lo expuesto, podemos concluir que a pesar de existir una Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobada mediante la Ley n.º 27806⁴⁰, la información que brinda el aparato estatal como respuesta a solicitudes de ciudadanos que buscan acceder a la misma, es limitada e insuficiente para efectuar un análisis de la materia que requiera evaluarse, como en la presente investigación; inclusive en algunos casos resulta en una negativa por un error de interpretación de la citada ley.

Del mismo modo, aquella información que se publica en los portales de transparencia de las entidades públicas en mérito a la misma ley, resulta ser desactualizada y, en algunos casos, deficiente; no cumpliendo con la finalidad que persigue.

Finalmente, la formación en materia constitucional de los vocales administrativos resulta ser un *plus* en su desempeño profesional, a efectos de proteger con sus decisiones los derechos fundamentales de los administrados; sin embargo, no puede llegarse a una conclusión general respecto a cuántos tienen algún tipo de experiencia o formación en la misma, toda vez que la información obtenida es insuficiente.

⁴⁰ Cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo n.º 043-2003-PCM, publicado el 24 de abril de 2003.

3.2 Aplicación del precedente: análisis de resoluciones emitidas por tribunales administrativos en las que se haya efectuado el control difuso.

3.2.1 Resoluciones emitidas por el Tribunal Fiscal.

3.2.1.1 RTF n.º 03271-4-2001 del 11 de abril de 2007.

El Tribunal Fiscal, haciendo uso del mecanismo de control difuso de oficio, declaró inaplicable para el caso, el numeral 5.2 del artículo 5º del Reglamento del Régimen de Gradualidad relativo a infracciones no vinculadas a la emisión y/u otorgamiento de comprobantes de pago y criterio para aplicar la sanción de comiso o multa, aprobado mediante Resolución de Superintendencia n.º 159-2004/SUNAT⁴¹, que señala que se perderán los beneficios de la gradualidad cuando se impugne la resolución que establece la sanción y el órgano resolutor mantiene en su totalidad dicho acto, el cual queda firme y consentido en la vía administrativa.

Al respecto, debe señalarse que conforme se establece en la resolución aclaratoria del precedente vinculante Salazar Yarlénque, el control difuso de oficio procede cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional o cuando la aplicación de una disposición

⁴¹ Derogado mediante el inciso b) del artículo 2º de la Resolución de Superintendencia n.º 063-2007/SUNAT, publicado el 31 de marzo de 2007.

contradiga un precedente vinculante del supremo intérprete de la Constitución.

En dicho marco, tenemos que mediante la sentencia recaída en el Expediente n.º 1803-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional se pronuncia respecto de una disposición con similar contenido señalando que resulta violatoria del derecho de defensa y de la garantía constitucional del debido proceso que prohíbe la reforma peyorativa o *reformatio in peius*.

Teniendo como base a la precitada sentencia, el Tribunal Fiscal ya se había pronunciado en casos similares mediante la RTF n.º 0026-1-2007 del 05 de enero de 2007 y la RTF n.º 0025-5-2007 del 16 de enero de 2007, declarando inaplicable la norma que establecía que se perderían los beneficios de gradualidad bajo los parámetros anteriormente detallados.

En el mismo sentido, el colegiado administrativo resuelve inaplicando lo dispuesto por el numeral 5.2 del artículo 5 de la precitada Resolución de Superintendencia por resultar violatoria a los derechos fundamentales antes expuestos.

3.2.1.2 RTF n.º 02364-A-2007 del 15 de marzo de 2007.

El Tribunal Fiscal declaró inaplicable para el caso, la Disposición Transitoria Única del Decreto Supremo n.º 153-2002-EF “Modifican Anexo I del D.S. N° 115-2001-EF para los productos leche y azúcar y sustituyen la Tabla Aduanera del Azúcar aprobada por el D.S. N° 001-2002-EF”, publicado el 27 de setiembre de 2002, que señala que para las importaciones

efectuadas entre el 01 de julio de 2002 y la fecha de expedición de dicho decreto supremo (26 de setiembre de 2002), resultaban de aplicación las Tablas Aduaneras aprobadas por el Decreto Supremo n.º 001-2002-EF.

En este caso, si bien no se aprecia que la solicitud de aplicación de control difuso fue efectuada directamente por la apelante, el colegiado señala que la interesada ha invocado expresamente la aplicación del principio de irretroactividad de las leyes, previsto en el artículo 103º de la Constitución.

Asimismo, incorporando argumentos que sustenten la aplicación del control difuso para el caso, refiere que el examen de constitucionalidad de la citada disposición transitoria resulta relevante para resolver la controversia suscitada y que no es factible que la misma sea interpretada conforme lo dispuesto por la norma constitucional.

Luego de analizar los alcances del principio de irretroactividad de las normas, el Tribunal Fiscal determina que la Disposición Transitoria Única del Decreto Supremo n.º 153-2002-EF contraviene el artículo 103º de la Constitución Política al pretender regular hechos anteriores a la fecha de su entrada en vigencia, por lo que corresponde declarar su inaplicación para determinar derechos variables adicionales o establecer rebajas arancelarias en las importaciones de productos agropecuarios en el periodo comprendido entre el 01 de julio hasta el 27 de setiembre de 2002.

En el mismo sentido, declaró inaplicable lo establecido en el inciso f) del artículo 3º de la Circular n.º INTA-CR.62-2002 que

dispuso que en caso no se hubiera publicado el decreto supremo o resolución ministerial que actualizara las tablas aduaneras o que determinara los precios CIF de referencia, el cálculo debía efectuarse en base a la tabla y precio de la publicación inmediata anterior, toda vez que ello excede lo establecido en el artículo 6° del Decreto Supremo n.° 115-2001-EF⁴², lo que contraviene lo dispuesto en la Norma IV del Título Preliminar del Código Tributario, cuando dispone que mediante decreto supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas se regula las tarifas arancelarias.

Cabe agregar que en la presente resolución se aprecia una determinación particular tomada por el Tribunal Fiscal, y es que conforme se ha venido estudiando, la inaplicación de normas -vía control difuso administrativo- se aplicaba al caso concreto materia de impugnación; sin embargo, el colegiado declaró que dicha resolución constituye precedente de observancia obligatoria, estableciendo el criterio de inaplicación tanto de la disposición transitoria única del decreto supremo anteriormente señalado como del inciso f) del artículo 3° de la circular en referencia.

En adición, la propia resolución hace referencia al Acuerdo de Sala Plena n.° 2007-07 de 23 de febrero de 2007, mediante el cual el Tribunal Fiscal ha adoptado el mismo criterio respecto de las precitadas normas.

⁴² Dicho artículo dispuso, entre otros, que las futuras actualizaciones de las tablas aduaneras debían tener una vigencia semestral a partir de 01 de enero hasta el 30 de junio y del 01 de julio hasta el 31 de diciembre de cada año.

Al respecto, considero que si bien el colegiado administrativo efectúa un interesante análisis respecto de la irretroactividad del decreto supremo y fundamenta los criterios de su inaplicación, esta última corresponde ser efectuada vía control difuso para el caso concreto y no mediante un acuerdo de sala plena, toda vez que en la jerarquía normativa goza de un rango menor, procediendo -si se desea un efecto *erga omnes*- con su derogatoria por otra norma de igual nivel o siendo expulsado de nuestro ordenamiento jurídico mediante el proceso constitucional de Acción Popular.

3.2.2 Resoluciones emitidas por el Tribunal Registral.

3.2.2.1 Resolución n.º 210-A-2007-SUNARP-TR-L del 13 de abril de 2007.

El Tribunal Registral declaró inaplicable la Directiva n.º 12-2002-SUNARP-SN Directiva que establece normas relativas a la inscripción y otorgamiento de certificado de vigencia de poderes irrevocables, aprobada por Resolución n.º 463-2002-SUNARP-SN⁴³, que establece, entre otros, que en los casos que se haya otorgado poder irrevocable sin fijar plazo para el ejercicio del poder o cuando se haya fijado un plazo mayor al previsto al artículo 153º del Código Civil, dicho poder caduca transcurrido un año desde la fecha de su otorgamiento o desde la fecha de inicio del cómputo del plazo establecido en el acto de otorgamiento, según sea el caso.

⁴³ Derogada por el Artículo 1º de la Resolución n.º 123-2008-SUNARP-SN.

En el presente caso, la solicitud de aplicación de control difuso fue efectuada por el apelante, señalando que la citada Resolución resulta contraria a los artículos 45° y 51° de la Constitución, relativos al ejercicio del poder del Estado, así como al principio de Supremacía Constitucional y jerarquía normativa, toda vez que aquella efectúa una interpretación errónea del Código Civil, pues el plazo establecido no implica la caducidad del poder, sino únicamente se refiere a la característica de la irrevocabilidad.

En dicho sentido, el colegiado se adhiere a la tesis del profesor Lohman Luca de Tena sobre el plazo del poder irrevocable, quien precisa que lo único que se extinguió con el transcurso del plazo es la irrevocabilidad (obligación de no hacer -no revocar-) y no la representación en general, agregando que asumir la adoptada por la directiva en cuestión implica vulnerar el principio de autonomía de la voluntad.

Si bien el Tribunal Registral no lo menciona, debemos indicar que dicho principio tiene un doble contenido⁴⁴, “a) la libertad de contratar -consagrada en los artículos 2°, inciso 14), y 62° de la Constitución Política del Perú- llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato (Tribunal Constitucional 2004: 01)”.

⁴⁴ Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente n.° 2185-2002-AA, emitida el 04 de agosto de 2004.

Ahora bien, a efectos de resolver el presente caso, el colegiado efectúa un análisis del precedente vinculante y su resolución aclaratoria, concluyendo que encontrándose facultado para ejercer el control de constitucionalidad, no existe obstáculo para también aplicar el control difuso de legalidad de normas, por cuanto dicho control cumple con los mismos requisitos y tiene por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados; en tal sentido, declara inaplicable la citada directiva por contravenir las normas sobre representación contempladas en el Código Civil.

3.2.2.2 Resoluciones n.ºs 369-2007-SUNARP-TR-L del 14 de junio de 2007, 440-2007-SUNARP-TR-L del 06 de julio de 2007 y 510-2008-SUNARP-TR-L del 09 de mayo de 2008.

Efectuando el mismo análisis expuesto en la resolución precedente, en estos tres casos, el Tribunal Registral declara inaplicable la Directiva n.º 12-2002-SUNARP-SN Directiva que establece normas relativas a la inscripción y otorgamiento de certificado de vigencia de poderes irrevocables, por contravenir las normas sobre representación contempladas en el Código Civil.

Sin embargo, a diferencia del caso detallado en el acápite anterior, si bien no se aprecia que la solicitud de aplicación de control difuso fuera efectuada directamente por los apelantes, el Tribunal Registral considera que el amparo de los mismos en las normas del Código Civil importa un pedido de inaplicación de la directiva en cuestión, solicitud que considera admisible a fin de

otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados.

Al respecto, es preciso señalar que sin perjuicio de la finalidad que persigue el control difuso administrativo, en los casos bajo análisis no se ha cumplido con una de las condiciones establecidas por el Tribunal Constitucional para su aplicación, cual es la solicitud a pedido de parte; sin embargo, el colegiado ha interpretado la referencia al Código Civil como una solicitud implícita, posibilidad que no se desprende de la resolución aclaratoria al precedente vinculante Salazar Yarlenque.

Finalmente, debe precisarse que en todos los casos nos encontramos frente a un control de legalidad de normas y no a un control difuso de constitucionalidad de las leyes, por cuanto la norma transgredida por la directiva en mención es el Código Civil.

3.2.3 Resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

3.2.3.1 Resolución n.º 146-2011-TC-S1 del 31 de enero de 2011.

El Tribunal de Contrataciones del Estado declaró inaplicable el Reglamento de Gestión de Datos de Proveedores Calificados de PETROPERÚ S.A., aprobado mediante Resolución n.º 456-2006-CONSUCODE-PRE, por contravenir el Principio de Legalidad, al haber otorgado potestad sancionadora a un órgano cuya facultad no es atribuida por mandato legal.

Al respecto, conforme se indica en la resolución, el citado reglamento establece que el Comité de Calificación de Proveedores es el órgano encargado de imponer sanciones administrativas cometidas en el marco de procesos de selección convocados por PETROPERÚ S.A., contraviniendo el mandato contenido en el artículo 59° de la Ley n.° 26850 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que dispone que la facultad de imponer sanciones a los proveedores, participantes, postores y contratistas que contravengan las disposiciones de la ley, y reglamento y normas complementarias, reside en el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (ahora Tribunal de Contrataciones del Estado).

En relación al Principio de Legalidad, el colegiado hace referencia a la sentencia recaída en el Expediente n.° 2050-2002-AA/TC⁴⁵, por la cual el Tribunal Constitucional señala que en materia sancionadora, no se puede atribuir la comisión de una falta ni aplicar una sanción si no se encuentra previamente determinada por la Ley. Sin embargo, debe precisarse que ello no puede interpretarse extensivamente para la determinación del órgano encargado de ejercer esta potestad sancionadora, como lo hace el Tribunal de Contrataciones.

No obstante lo antes expuesto, es menester señalar que dicho colegiado efectúa este control difuso de oficio, toda vez que conforme se señala en la resolución, el postor no cumplió con remitir sus descargos, en consecuencia no se efectuó un pedido expreso de su aplicación por parte del administrado, cual es la regla general conforme lo establece el precedente vinculante. Así como tampoco se ha cumplido con lo establecido por la

⁴⁵ Emitida el 16 de abril de 2003.

resolución aclaratoria del precedente para la aplicación del control difuso de oficio, toda vez que no se trata de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional o cuando aquella contradiga un precedente vinculante del supremo intérprete de la Constitución.

En tal sentido, en el presente caso, puede advertirse el uso indiscriminado del término control difuso, para un caso que no cumple con las características propias del mismo, tanto de forma como de fondo.

A pesar de la escasa información proporcionada por los tribunales administrativos en relación a los casos de aplicación del control difuso -sea a pedido de parte o de oficio-, pudo obtenerse como muestra de las indagaciones efectuadas a los buscadores virtuales, algunas resoluciones en las cuales los colegiados administrativos utilizaron este mecanismo creado por el Tribunal Constitucional en aras de una mayor protección a los derechos fundamentales de los administrados.

De esta manera, luego del análisis efectuado a dichas resoluciones, podemos afirmar que el control difuso administrativo que se ha venido aplicando en nuestro país en tanto estuvo vigente, permitió proteger derechos fundamentales importantes como son el derecho de defensa, la garantía constitucional del debido proceso que prohíbe la reforma peyorativa o *reformatio in peius*, el principio de autonomía de la voluntad, vinculado al derecho fundamental a la libertad de contratar, así como el principio de legalidad.

No obstante lo anteriormente señalado y en razón a un escaso estudio y desarrollo de dicha figura jurídica, se aprecia que en algunos casos el término control difuso es utilizado indiscriminadamente, sin haber cumplido con las condiciones establecidas por el Tribunal Constitucional para su aplicación. Del mismo modo, en la mayoría de

resoluciones analizadas, no se efectúa un control difuso de la constitucionalidad de las leyes, sino un control de legalidad de normas que, conforme hemos visto en nuestra jurisprudencia constitucional desarrollada en el Capítulo II, están obligados a efectuar los tribunales administrativos.



CONCLUSIONES

1. El ordenamiento jurídico peruano tiene un sistema de control constitucional dual o mixto: el modelo de control concentrado, ejercido por el Tribunal Constitucional, que consiste en la expulsión de una ley del marco jurídico general por contravenir la norma suprema del Estado, mediante el proceso de inconstitucionalidad; y el modelo del control difuso, por el cual se inaplica una ley para el caso concreto cuando ésta resulta contraria a los parámetros establecidos por la norma fundamental. De esta manera, se garantiza la plena vigencia del Principio de Supremacía Constitucional.
2. A través de la sentencia recaída en el expediente Salazar Yarlenque, luego de una evolución jurisprudencial considerable, se faculta a los tribunales administrativos a ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, teniendo en cuenta que en el ámbito administrativo también se presentan conflictos intersubjetivos que requieren una solución ajustada a derecho y que propenda a la plena protección de los derechos fundamentales de los administrados, denominada eficacia vertical de los mismos.
3. El precedente vinculante fue objeto de una aclaración que resultó en el establecimiento de nuevas reglas para la aplicación del control difuso: a) Alcance nacional de los tribunales administrativos, b) Tribunales adscritos al Poder Ejecutivo, c) Finalidad de declaración de derechos fundamentales del administrado, d) Trámite a pedido de parte, y e) Excepcionalidad: de oficio.

4. Los tribunales administrativos en el Perú tuvieron durante casi ocho años una facultad de control constitucional que materializó un importante activismo del citado colegiado en aras de la defensa de los derechos fundamentales, en este caso particular, de los administrados.
5. Los tribunales administrativos de alcance nacional que fueron objeto de la presente investigación no poseen un mecanismo de fácil identificación de aquellas resoluciones en las cuales hayan aplicado el control difuso, denegando en muchos casos las solicitudes presentadas a efectos de obtener información útil para la misma, mediante una aplicación literal de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, vulnerando así el derecho fundamental de acceso a la información pública.
6. Entre los requisitos para ser vocal de los tribunales administrativos analizados no se exige alguna formación y/o experiencia en materia constitucional, situación que podría ir en detrimento de la protección a los derechos fundamentales de los administrados.
7. El esquema planteado por el Tribunal Constitucional para la aplicación del control difuso administrativo requiere del establecimiento de un control adicional a efectos de garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de los administrados, así como el principio de seguridad jurídica.
8. Si bien la producción de los tribunales administrativos en materia de control difuso no ha sido abrumadora, debe rescatarse ciertas resoluciones que en efecto han servido para proteger derechos fundamentales como el derecho de defensa, la garantía constitucional del debido proceso que prohíbe la reforma

peyorativa o *reformatio in peius* (para el caso del Tribunal Fiscal), el principio de autonomía de la voluntad, vinculado al derecho fundamental a la libertad de contratar (para el caso del Tribunal Registral), así como el principio de legalidad (para el caso del Tribunal de Contrataciones del Estado).

9. En la mayoría de resoluciones analizadas, no se efectúa un control difuso de la constitucionalidad de las leyes, sino un control de legalidad de normas; asimismo, se utiliza indiscriminadamente el término control difuso, sin haber cumplido con las condiciones establecidas por el Tribunal Constitucional para su aplicación.
10. Mediante una reciente sentencia, el Tribunal Constitucional dejó sin efecto el precedente vinculante Salazar Yarlenque. Con esta medida se propende a la judicialización de los procesos administrativos en los cuales puedan afectarse derechos fundamentales de administrados. De este modo, se genera un riesgo de sobrecarga procesal y se afecta a los ciudadanos con menores recursos; debiendo haberse efectuado previamente un balance del mismo, a fin de buscar optimizar dicho mecanismo, en lugar de anularlo.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
2. ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto y MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. *Alcances del control difuso en el ámbito registral. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional*. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Lima: Palestra Editores, 2007.
3. AMAYA, Jorge Alejandro. *Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2012.
4. ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales - Modelos y evolución*. Lima: Grijley, 2007.
5. BERRÍOS LLANCO, Edson. *La autonomía normativa de los gobiernos regionales y la potestad de inaplicar normas reglamentarias*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 132, febrero 2012.
6. BESSON, Waldemar y JASPER, Gotthard. *Elementos del Estado de derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público*. En: *Estado de derecho y democracia*. Buenos Aires: CIEDLA, 1999.

7. BIDART CAMPOS, Germán José. *Lecciones elementales de política (sociedad, estado y derecho)*. Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional; Universidad Peruana Los Andes, 2002.
8. BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo V. Buenos Aires: La Ley, 1966.
9. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
10. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo e HIGA SILVA, César. *Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional*. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Lima: Palestra Editores, 2007.
11. CARPIO MARCOS, Edgar. *La Defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos*. Lima: Palestra Editores, 2007.
12. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿otro exceso del TC?* En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, N.º 1, Lima: Palestra Editores, 2007.
13. CASTRO AUSEJO, Sheila. *Control difuso: ¿potestad de la administración?* En: *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 1, Lima, 2005.
14. CÉSPEDES ZAVALITA, Adolfo. *Cuando el nivel regional del Estado Regio-Local olvida cuál es su marco legal de competencias normativas*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Tomo 132, febrero 2012.

15. CHIRI GUTIÉRREZ, Isabel. *El control difuso del Tribunal Fiscal. La paradoja del control difuso en un tribunal atado de manos*. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Lima: Palestra Editores, 2007.
16. DEL POZO GOICOCHEA, Claudia. *El control de constitucionalidad ejercido por la Administración Pública*. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Lima: Palestra Editores, 2007.
17. DEL POZO GOICOCHEA, Claudia. *Control Difuso y Procedimiento Administrativo*. Lima: Palestra Editores, 2005.
18. DE LA RÚA, Fernando. *Jurisdicción y Administración*. Buenos Aires: Lerner Editores, 1979.
19. DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1981.
20. EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. *Gobierno y administración del Poder Judicial, organización de la función jurisdiccional y sistema de carrera judicial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.
21. FERRADA BORQUEZ, Juan Carlos. *Los Derechos Fundamentales y el Control Constitucional*. Chile: versión electrónica, 2004.
22. GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Obras completas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, tomo I, 1991.

23. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.
24. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000.
25. HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo Javier. *Función Jurisdiccional: tercer curso, programa de formación de aspirantes*. Lima: Academia de la Magistratura, 2000.
26. KÄGI, Werner. *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado: investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional*. Madrid: Dykinson, 2005.
27. KELSEN, Hans. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2001.
28. MARTÍN TIRADO, Richard. *Los recursos administrativos y el control difuso en la Administración Pública*. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Año 5, n.º 9, diciembre 2010.
29. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Temis, 1996.
30. MORALES GODO, Juan. *Control difuso por parte de los tribunales administrativos. A propósito de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, de fecha 14 de noviembre de 2005, en el expediente N.º 3741-2004-AA/TC*. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Lima: Palestra Editores, 2007.
31. MORALES SARAIVA, Francisco. *Tribunales Administrativos y control constitucional. Comentarios a la posición del Tribunal Constitucional del Perú*. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a*

propósito de la jurisprudencia constitucional, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, n.º 1, Lima: Palestra Editores, 2007.

32. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Décima Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2014.
33. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración*. En: Revista de Derecho Administrativo. Año 5, n.º 9, diciembre 2010.
34. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *¿Es ahora el Poder Ejecutivo el guardián in limine de la constitucionalidad de las leyes? Luces y sombras sobre las consecuencias del precedente Salazar Yarlenque*. En: *La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*, Cuadernos de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional, N.º 1, Lima: Palestra Editores, 2007.
35. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *La reserva de jurisdicción*. Madrid: La Ley, 1989.
36. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.
37. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
38. PIZZORUSSO, Alessandro y ROMBOLI, Roberto. *La influencia de la Constitución en otras áreas del Derecho: Entrevista*. En: *Thémis*. Época 2, n.º 55, 2008.
39. RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge. *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1996.

40. RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico: Introducción al Derecho*. Octava Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
41. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México: Editora Nacional, 1966.
42. TIRADO BARRERA, José Antonio. *El Control Difuso de la Constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Grijley, 2008.
43. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2008.

Maestría en
Derecho Constitucional

CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO PERUANO

ANEXO

RESPUESTAS BRINDADAS POR LOS TRIBUNALES
ADMINISTRATIVOS A LAS SOLICITUDES DE ACCESO
A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Maestría en
Derecho Constitucional

CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO PERUANO



De: **Sanchez Chirinos, Sara** (ssanchezc@mef.gob.pe)
 Enviado: miércoles, 12 de marzo de 2014 06:09:36 p.m.
 Para: chelamy@hotmail.com (chelamy@hotmail.com)

Señora:

MOSI MARCELA MEZA FIGUEROA

Tengo a bien dirigirme a usted, en virtud a su solicitud de información correspondiente a la Hoja de Ruta N° 041901 - 2014, formulado al amparo de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública; al respecto se le informa lo siguiente:

Mediante solicitud realizada a través del Módulo de Transparencia del Ministerio de Economía y Finanzas de fecha 5 de marzo del 2014, usted requirió vía correo electrónico lo siguiente: "1) Precisar a partir de qué fecha vuestro Tribunal inicio sus funciones, 2) Señalar el número de solicitudes de aplicación del Control Difuso en sede administrativa que ha recibido vuestro Tribunal y, a partir de ellas, cuantas han sido concedidas, 3) Señalar el número de resoluciones que han aplicado el Control Difuso de oficio, 4) Señalar el mecanismo establecido por vuestro Tribunal para efectuar el Control Difuso en sede administrativa, 5) Detallar los números de las resoluciones emitidas por vuestro Tribunal desde el inicio de sus funciones a la fecha, en las que haya aplicado el Control Difuso, sea a solicitud de parte o de oficio, 6) Detallar la formación en materia constitucional de todos los vocales que componen vuestro Tribunal."

Como consecuencia de ello el Tribunal Fiscal mediante Memorando N° 167-2014-EF/40.03, manifestó textualmente lo siguiente:

Respecto de los numerales 2), 3) Y 5): "(...) En este caso, constituyen información con la que no cuenta el tribunal Fiscal y que se tendría que producir luego de un análisis de la información que se posee para dar respuesta a su solicitud (...)"

Respecto del numeral 4): "(...) Debemos señalar que este Tribunal no cuenta con mecanismo especial al respecto, sujetándose únicamente a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC y Sentencia Aclaratoria. (...)"

En virtud a ello, es necesario precisar que su requerimiento se encuentra inmerso en lo establecido en el Art 13º "Denegatoria de Acceso" del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806. "Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública", la misma que establece lo siguiente: "(...)La solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no

cuenta o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido, en este caso la Entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto a la información solicitada(...)"

Por lo antes expuesto, es preciso informarle que el Tribunal Fiscal, al momento de efectuarse su solicitud y bajo los términos de la misma, no cuenta con la información requerida, en ese sentido corresponde denegar la solicitud de acceso a la Información Pública por la inexistencia de la información solicitada.

Respecto los numerales 1) y 6): "(...) Cabe señalar que el Tribunal Fiscal fue creado mediante Ley N° 14920 promulgada el 27 de febrero de 1964 y entro en funcionamiento con la expedición del Decreto Supremo N° 05 expedido el 28 de febrero de 1964, es decir, tiene 50 años de vida institucional. Ahora bien, en lo concerniente a la información en materia constitucional de los Vocales del Tribunal Fiscal, debemos indicar que los requisitos para ser nombrados como Vocales del Tribunal Fiscal, están previstos en el artículo 98° y 99° del Texto Único Ordenado del Código Tributario y disposiciones reglamentarias.

Sin otro en particular, aprovecho la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi consideración y estima.

Atentamente.

Abog. Sara Jennifer Sanchez Chirinos

Coordinadora de Transparencia y Acceso a la Información Pública del MEF.

Oficina de Atención al Usuario, Trámite Documentario y Archivo

Ministerio de Economía y Finanzas

Jr. Junín 319 - Lima - Edificio Principal- Piso 1 - Lima

Teléfono: 3115930 (2162)

www.mef.gob.pe



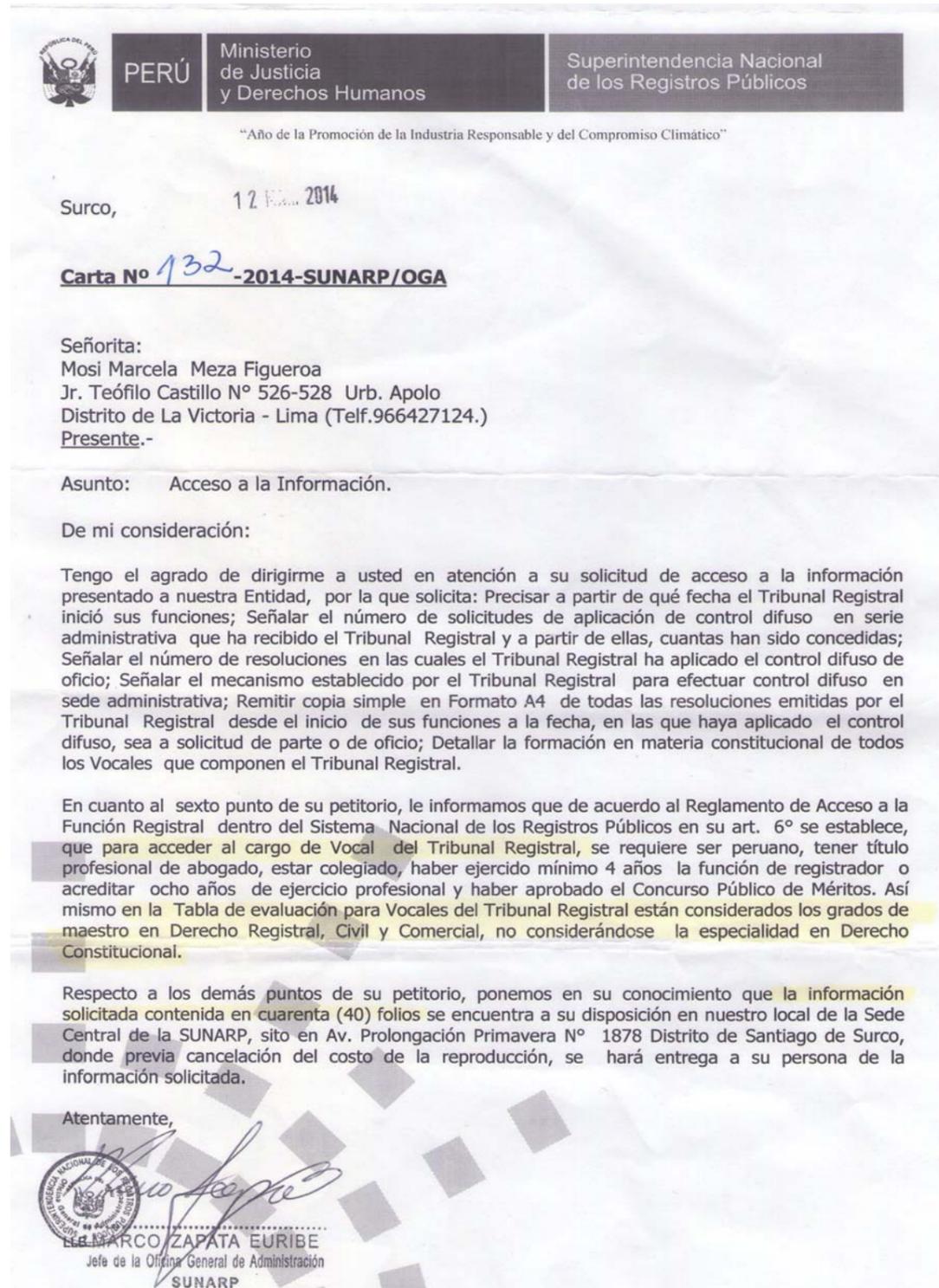
PERÚ

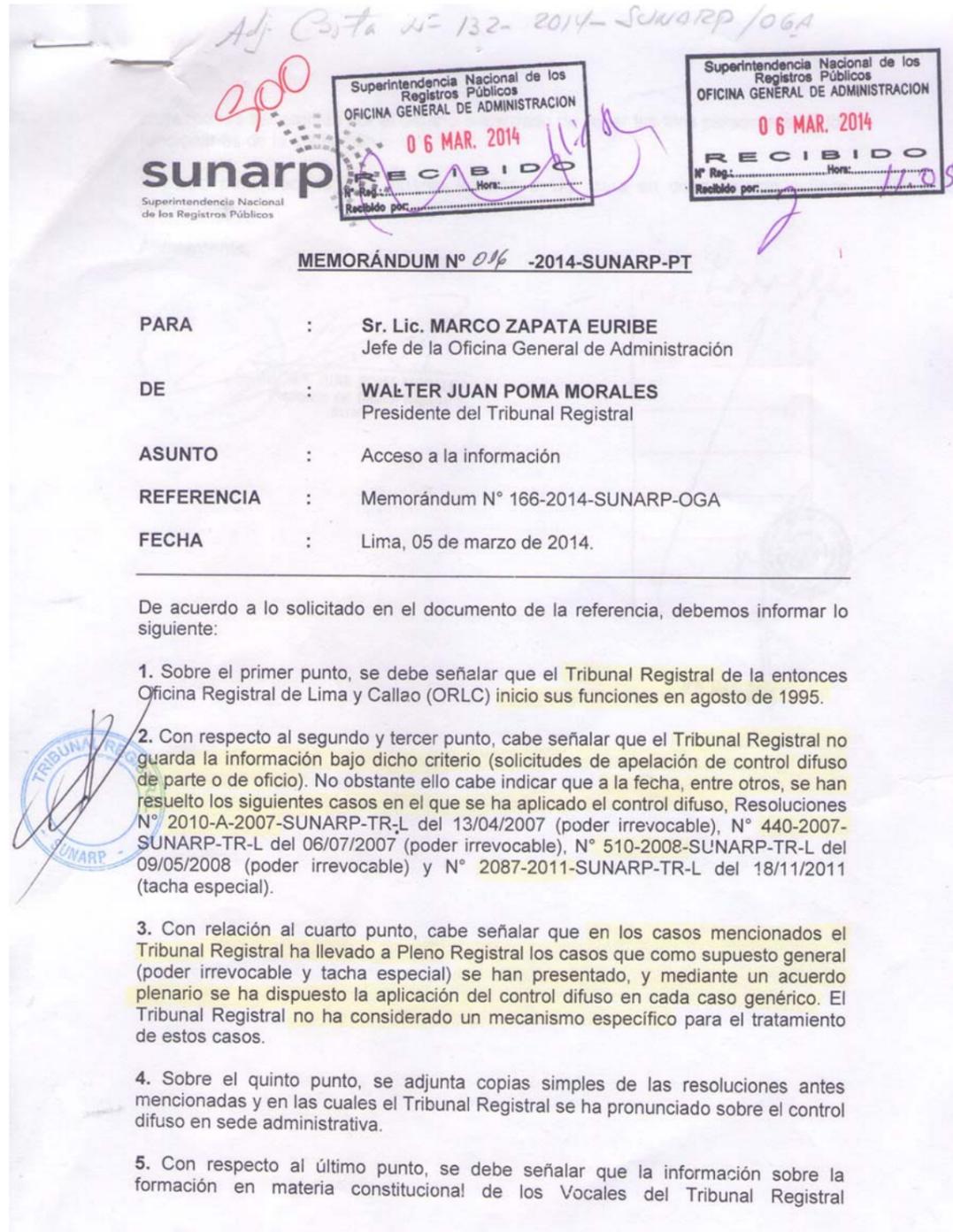
Ministerio
de Economía y Finanzas

Maestría en
Derecho Constitucional

CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO PERUANO





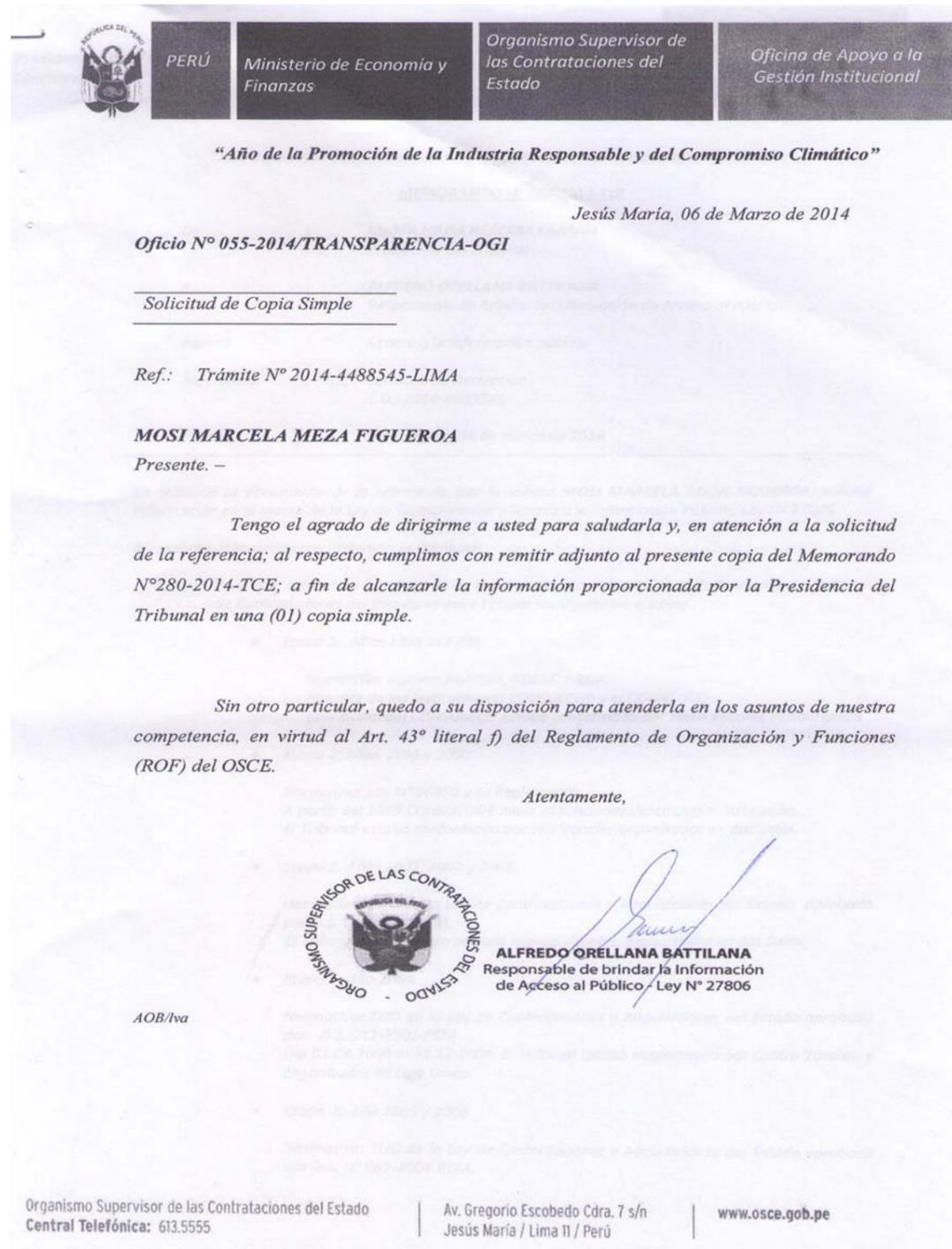




Maestría en
Derecho Constitucional

CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO PERUANO





Presidencia del Tribunal
Memorando

OSCE Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

MEMORANDO N° 280-2014-TCE

De : **MARÍA HILDA BECERRA FARFÁN**
Presidenta del Tribunal

A : **ALFREDO ORELLANA BATTILANA**
Responsable de Brindar la Información de Acceso al Público

Asunto : Acceso a la información pública

Referencia : Formato de Derivación
T.D.: 2014-4488545

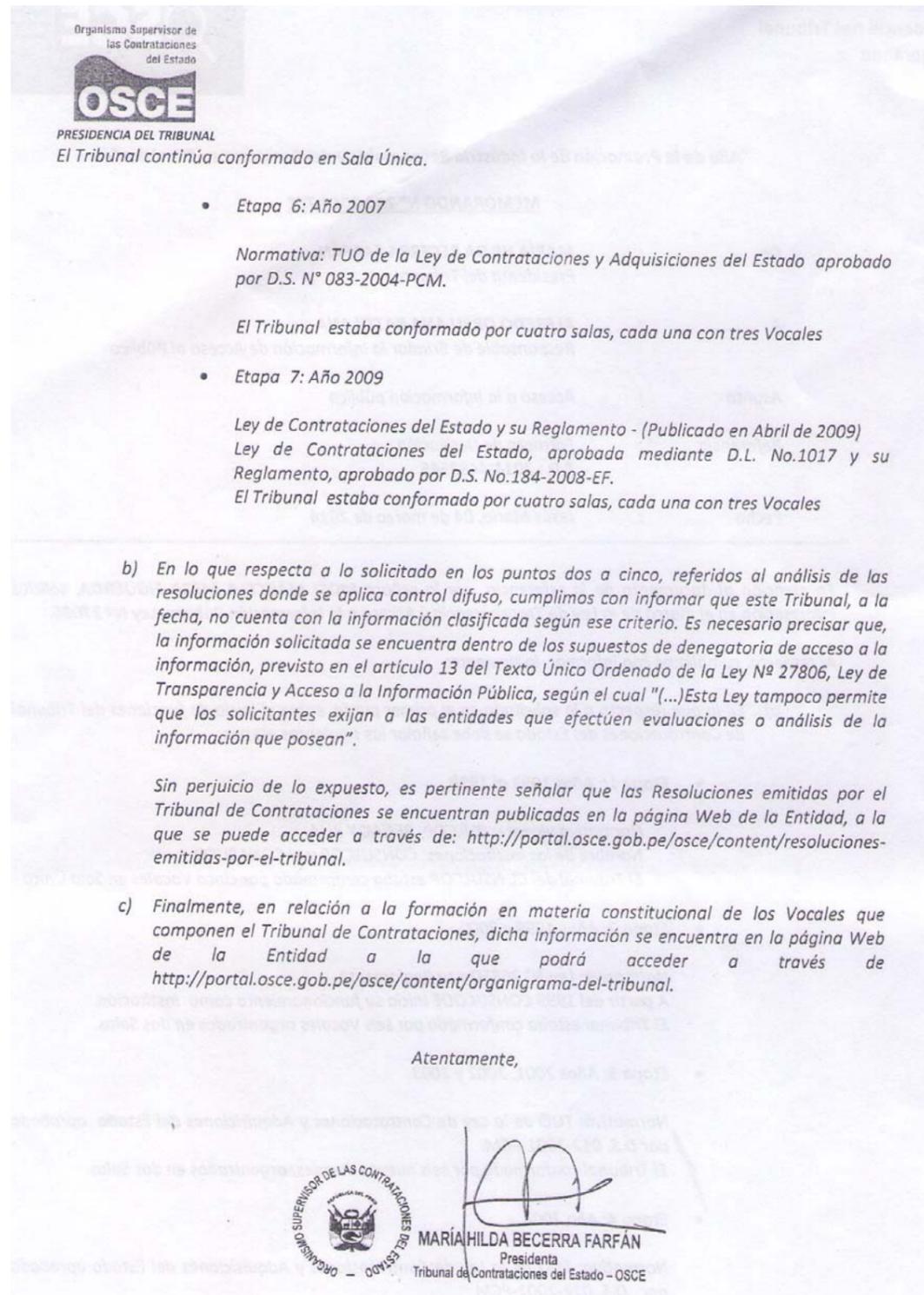
Fecha : Jesús María, 04 de marzo de 2014

En atención al documento de la referencia, por la señora **MOSI MARCELA MEZA FIGUEROA**, solicita información en el marco de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Ley N° 27086.

Al respecto, cumplimos con informar lo siguiente:

a) En lo que respecta a lo solicitado en el primer punto, sobre el inicio de funciones del Tribunal de Contrataciones del Estado se debe señalar las siguientes etapas:

- **Etapas 1: Años 1993 al 1998**
Normativa vigente: RULCOP, REGAC Y RUA.
Nombre de las instituciones: CONSULCOP y el CONASUCO
El Tribunal del CONSULCOP estaba conformado por cinco Vocales en Sala Única
- **Etapas 2: Años 1999 y 2000**
Normativa: Ley N° 26850 y su Reglamento
A partir del 1999 CONSUCODE inicia su funcionamiento como institución.
El Tribunal estaba conformado por seis Vocales organizados en dos Salas.
- **Etapas 3: Años 2001, 2002 y 2003.**
Normativa: TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S. 012-2001-PCM.
El Tribunal conformado por seis nuevos Vocales, organizados en dos Salas.
- **Etapas 4: Año 2004**
Normativa: TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S. 012-2001-PCM
Del 01.04.2004 al 31.12.2004: El Tribunal estaba conformado por cuatro Vocales, y organizados en Sala Única.
- **Etapas 5: Año 2005 y 2006**
Normativa: TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S. N° 083-2004-PCM.



Maestría en
Derecho Constitucional

CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO PERUANO



Maestría en
Derecho Constitucional

CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO PERUANO

De: **Karim Salazar** (ksalazar@indecopi.gob.pe)
Enviado: viernes, 07 de marzo de 2014 05:25:36 p.m.
Para: chelamy@hotmail.com
CC: Lizeth Mamani (lmamani@indecopi.gob.pe)
📎 1 archivo adjunto
0259-2001.PDF (252.4 kB)

Servicio de Atención al Ciudadano

Teléfono: 224-7800 Anexo 1347

e-mail: ksalazar@indecopi.gob.pe

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

CARTA N° 0101-2014/GEG-Sac

Lima, 07 de marzo de 2014

Señorita

Mosi Marcela Meza Figueroa

Presente.-

Referencia: Expediente N° 064-2014/GEG-Sac

-

De mi consideración:

Me dirijo a usted, en atención a sus escritos presentados el 19 y 20 de febrero de 2014, en el marco de lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Decreto Supremo N° 043-2003-PCM publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de abril de 2003), a fin de informarle lo expresado por las Secretarías Técnicas de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia y de la Sala Especializada en Procedimientos

Concursales del Indecopi:

- Respecto al numeral 1 de su solicitud, las Secretarías le informan que el Tribunal del Indecopi inició sus funciones por Decreto Ley 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^[1]. En el Capítulo I, Título V de dicho dispositivo normativo, se encontraban regulados los aspectos relacionados a la conformación del Tribunal del Indecopi, sus funciones, competencias, requisitos para ser miembro del mismo, entre otros^[2].
- Con relación a los numerales 2, 3, 4 y 5 de su pedido corresponde indicarle que, hasta la fecha, no existe pronunciamiento alguno de las Salas Especializadas que conforman el Tribunal del Indecopi aplicando la figura del control difuso en sede administrativa. Sin embargo, de la revisión de los pronunciamientos emitidos por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, se ha identificado que el ex-vocal Alfredo Bullard González (en adelante, el señor Bullard) emitió un voto en minoría contenido en la Resolución 0259-2001/TDC-INDECOPI del 16 de abril de 2001, por el cual analizó la aplicación del control difuso en sede administrativa.

En dicho voto, el cual se le remite en archivo adjunto y se encuentra disponible en el Buscador de Resoluciones del Tribunal^[3], el señor Bullard manifestó que *“(…) 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 aplicando por la administración (…)”*

Asimismo, el señor Bullard hizo referencia a los supuestos en los cuales no es posible la aplicación de la figura de control difuso por parte de los Tribunales Administrativos. Sobre este punto, manifestó que *“(…) cuando la relación es de tipo Administración Pública - Particulares, el ente administrativo no podría aplicar el control difuso por cuanto no sería un ente imparcial (…)*. De acuerdo al criterio del señor Bullard, solo será aplicable el control difuso por parte de los Tribunales Administrativos en procedimientos trilaterales, donde es verificable que la actuación de la administración será neutra, imparcial, independiente y *“cuasijurisdiccional”*^[4].

- Finalmente, respecto del numeral 6 de su pedido, las Secretarías le señalan que para conocer acerca de la formación profesional de los vocales que conforman las distintas

Salas del Tribunal del Indecopi, puede remitirse a la página web del Indecopi^[5], que es de acceso público para los usuarios.

Sin otro particular, quedo a su disposición para cualquier aclaración que le merezca la presente.

Atentamente,

Karim Salazar Vásquez

Jefa del Servicio de Atención al Ciudadano

INDECOPI

M-SAC-37/2B

^[1] Cabe señalar que esta norma, con excepción de los artículos 26 y 26-Bis fue derogada por la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo 1033, publicado el 25 junio 2008.

^[2] Así, por ejemplo, el Artículo 13 de la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- INDECOPI, establecía las funciones del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

^[3] Cabe precisar que la Resolución 0259-2001/TDC-INDECOPI del 16 de abril de 2001 se encuentra disponible en el buscador de resoluciones de accediendo al siguiente enlace:

http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-44/2001/0259-2001.PDF

^[4] "Toda vez que está dirigido a decidir un conflicto de intereses suscitado con motivo de la actuación pública o en asuntos de interés público y en donde la autoridad ejerce el rol de instructor de la causa con facilidades inherentes a la jurisdicción retenida". En: MORÓN URBINA, Juan Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Editorial Rodhas, Lima 1999. P.74.

^[5] Puede visitar la siguiente dirección:

http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/JER/JER_Interna.aspx?ARE=0&PFL=0&JER=1016#SLeon_Det

De: **Karim Salazar** (ksalazar@indecopi.gob.pe)
Enviado: viernes, 28 de febrero de 2014 11:09:58 a.m.
Para: chelamy@hotmail.com
CC: Lizeth Mamani (lmamani@indecopi.gob.pe)

Servicio de Atención al Ciudadano

Teléfono: 224-7800 Anexo 1347

e-mail: ksalazar@indecopi.gob.pe

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

CARTA N° 0092-2014/GEG-Sac

Lima, 28 de febrero de 2014

Señorita

Mosi Marcela Meza Figueroa

Presente.-

Referencia: Expediente N° 064-2014/GEG-Sac

-

De mi consideración:

Me dirijo a usted, en atención a sus escritos presentados el 19 y 20 de febrero de 2014, en el marco de lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Decreto Supremo N° 043-2003-PCM publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de abril de 2003), a fin de informarle lo siguiente:

La Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, en adelante la Secretaría SPC, precisa que la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información

Pública, obliga a las entidades de la Administración Pública a proporcionar información que efectivamente mantengan en su poder. Adicionalmente, el artículo 13 de la citada Ley establece expresamente que la entidad se encontrará exonerada de entregar aquella información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido^[1].

En tal sentido, respecto a la información solicitada por usted referida al control difuso y a la información de los vocales de la Sala, cabe destacar que su oficina no cuenta con la misma. Sin perjuicio de ello, nuestra institución cuenta con un buscador de resoluciones que permite realizar búsquedas especializadas, para lo cual debe visitar la página web del Indecopi, accediendo al siguiente enlace:

<http://systems.indecopi.gob.pe/buscResolucion/index.seam>

Asimismo, la Secretaría SPC señala que respecto de la fecha de inicio de funciones cabe indicarle que el 22 de setiembre de 2009 la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 inició sus funciones, posteriormente en atención a lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo N° 107-2012-PCM, se dispuso modificar el nombre del área a la "Sala Especializada en Protección al Consumidor"

La Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Indecopi, en adelante la Secretaría SPI, le informa que, con relación al numeral 1 de su pedido, actualmente, de acuerdo al artículo 19 del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2009-PCM de fecha 17 de febrero de 2009^[2] y que fue modificado por Decreto Supremo N° 107-2012-PCM de fecha 25 de octubre de 2012^[3] se estableció que el Tribunal está integrado por salas especializadas en los asuntos de competencia resolutoria del Indecopi, en ese sentido, el Tribunal se encuentra conformado por las siguientes Salas:

Sala Especializada en Propiedad Intelectual,
Sala Especializada en Defensa de la Competencia,
Sala Especializada en Protección al Consumidor, y,
Sala Especializada en Procedimientos Concursales.

Sin embargo, en lo que concierne a la Sala Especializada en Propiedad Intelectual, antes Sala de Propiedad Intelectual, la misma inició sus actividades el 11 de julio de 1996.

Con relación al numeral 2 de su solicitud, la Secretaría SPI precisa que, en lo que concierne a la Sala Especializada en Propiedad Intelectual, no se cuenta con una base de datos al respecto en atención a que en cada procedimiento administrativo que se tramita ante la referida Sala pueden formularse múltiples pretensiones las cuales son evaluadas por la Sala al momento de resolver y una de ellas puede ser la aplicación del control difuso, tal como ha ocurrido en algunas oportunidades.

Sobre a los numerales 3 y 4 de su pedido, en lo concerniente a la Sala Especializada en Propiedad Intelectual, no se cuenta con dicha información debido a que hasta la fecha la Sala no ha tenido la oportunidad de aplicar de oficio el control difuso en un determinado procedimiento administrativo.

Respecto del numeral 5 de su solicitud, la Secretaría SPI indica que sólo en algunas oportunidades se ha invocado la aplicación del control difuso y en esos casos la Sala ha emitido un pronunciamiento. A modo de ejemplo, se pueden mencionar las Resoluciones N° 1064-2012/TPI-INDECOPI, N° 796-2011/TPI-INDECOPI y N° 447-2013/TPI-INDECOPI, por lo que en caso de desear copias de las mismas, se deberá seguir el procedimiento correspondiente en Indecopi relacionado al pedido de copias y el pago de las tasas respectivas.

No obstante, cabe señalar que todas las resoluciones emitidas por la Sala pueden ser fácilmente descargadas de forma gratuita y libre de la página web del Indecopi en el buscador de Resoluciones del Tribunal (<http://systems.indecopi.gob.pe/buscResolucion/index.seam>), en el cual se encuentran las resoluciones emitidas desde el año 2001.

Con relación al último numeral de su pedido, la Secretaría SPI señala que el 18 de diciembre de 2013 culminó la designación de los Vocales de la Sala, siendo que hasta la fecha no han sido designados los nuevos vocales que conformarán la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Indecopi.

- Por su parte, la Sub Gerencia de Gestión Humana le informa que de la revisión de los legajos del Tribunal del Indecopi se ha verificado que no se ha anexado documentación en la que se detalle la formación académica o profesional en materia constitucional de cada uno de ellos.

De otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 11, literal b. de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública^[4], le informamos que las Secretarías Técnicas de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia y de la Sala

Especializada en Procedimientos Concursales del Indecopi, debido a la complejidad de la labor de recopilación y sistematización de la información solicitada, harán uso de la prórroga excepcional de cinco días hábiles adicionales a fin de atender su solicitud de información.

En ese sentido, la misma será atendida a más tardar el 07 de marzo de 2014 y, de ser el caso, se pondrá a su disposición la liquidación del costo de reproducción.

Sin otro particular, quedo a su disposición para cualquier aclaración que le merezca la presente.

Atentamente,

Karim Salazar Vásquez

Jefa del Servicio de Atención al Ciudadano

INDECOPI

[1] DECRETO SUPREMO Nº 043-2003-PCM, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY Nº 27806, LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACION PÚBLICA.

Artículo 13.- Denegatoria de acceso

La entidad de la Administración Pública a la cual se solicite información no podrá negar la misma basando su decisión en la identidad del solicitante.

La denegatoria al acceso a la información solicitada debe ser debidamente fundamentada en las excepciones de los artículos 15 a 17 de esta Ley, señalándose expresamente y por escrito las razones por las que se aplican esas excepciones y el plazo por el que se prolongará dicho impedimento.

La solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido.

En este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada. Esta Ley tampoco permite que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean.

Si el requerimiento de información no hubiere sido satisfecho o si la respuesta hubiere sido ambigua, se considerará que existió negativa tácita en brindarla.

[2] Vigente desde el 18 de febrero de 2009.

[3] Vigente desde el 26 de octubre de 2012.

[4] LEY Nº 27806.- Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública

(...) Artículo 11: El acceso a la información pública se sujeta al siguiente procedimiento:

b) La entidad de la Administración Pública a la cual se haya presentado la solicitud de información deberá otorgarla en un plazo no mayor de siete (7) días útiles; **plazo que se podrá prorrogar en forma excepcional por cinco (5) días útiles adicionales**, de mediar circunstancias que hagan inusualmente difícil reunir la información solicitada. En este caso, la entidad deberá comunicar por escrito, antes del vencimiento del primer plazo, las razones por las que hará uso de tal prórroga, de no hacerlo se considera denegado el pedido.

Maestría en
Derecho Constitucional

CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO PERUANO



Maestría en
Derecho Constitucional

CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO PERUANO

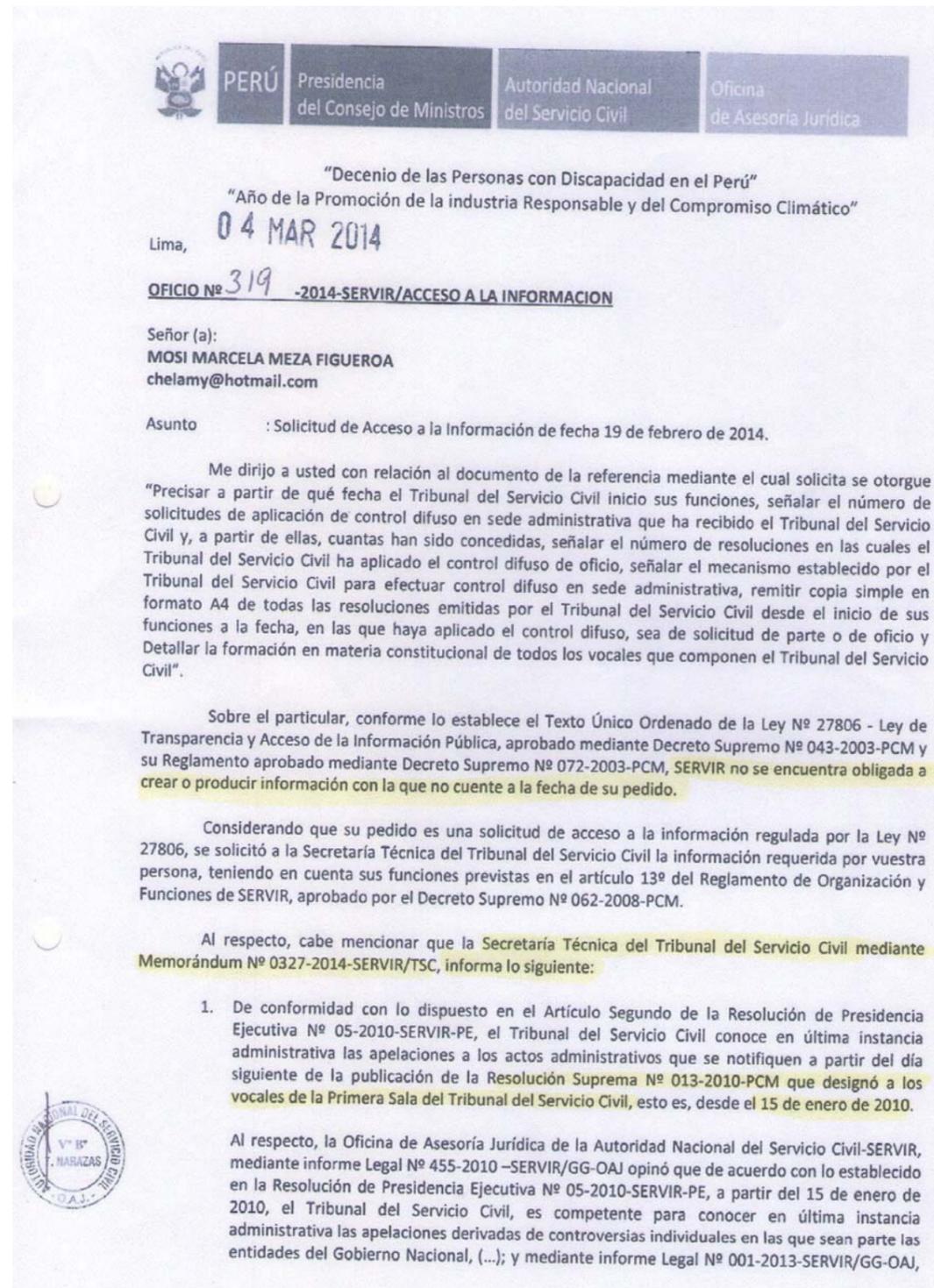
De: **Tania Lourdes Narazas Riega** (tnarazas@servir.gob.pe)
Enviado: martes, 04 de marzo de 2014 06:28:28 p.m.
Para: chelamy@hotmail.com; Flor Kikue Eto Chero (fketo@servir.gob.pe)

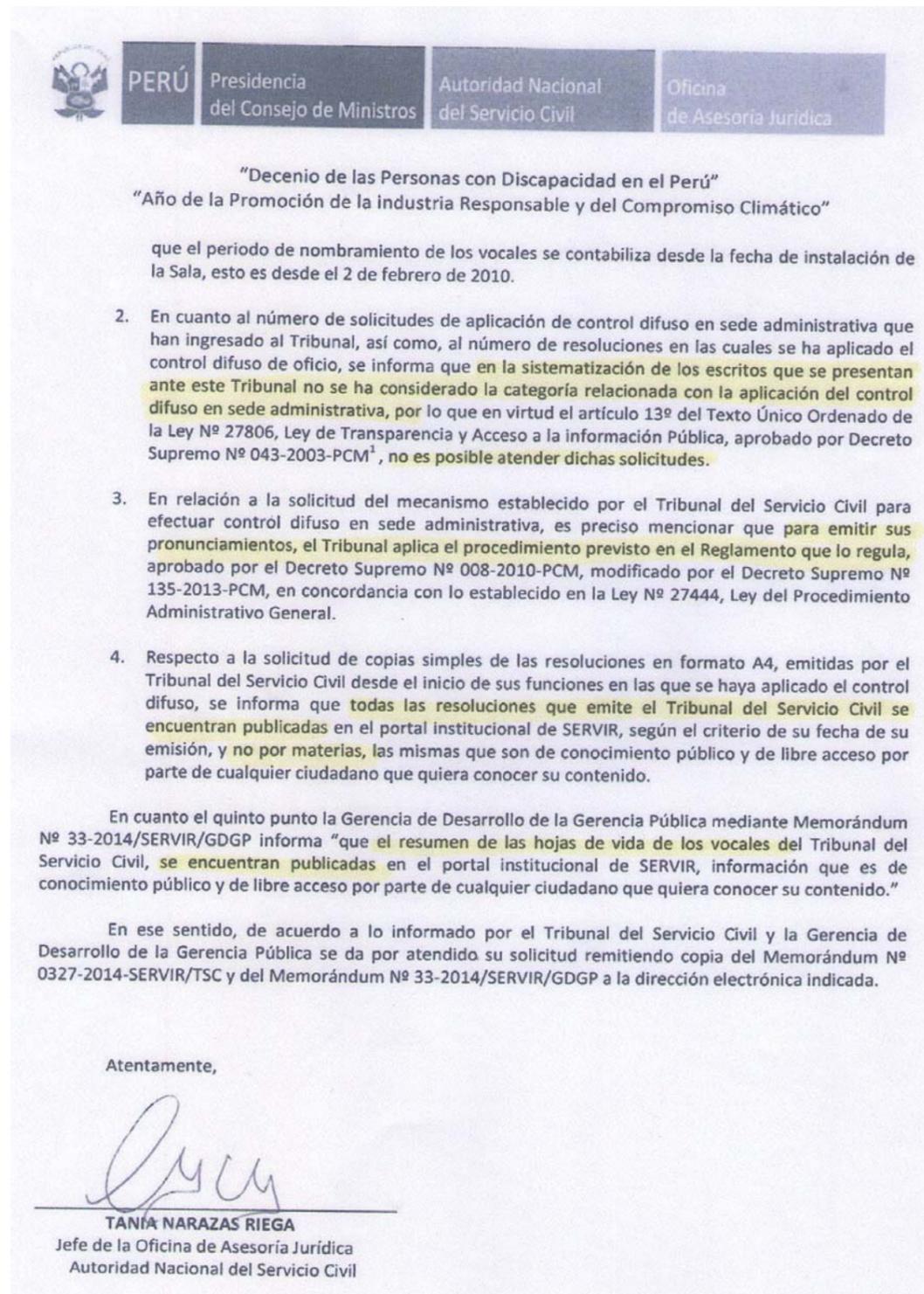
Estimada señorita Mosi, mediante el presente atendemos su solicitud de acceso a la información, remitiendo al correo electrónico proporcionado por su persona, la información remitida por la Secretaría Técnica del Tribunal del Servicio Civil así como la Gerencia de Desarrollo de la Gerencia Pública.

Atte.

Tania Narazas Riega
Jefa de la Oficina de Asesoría Jurídica
Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR
Pje. Francisco de Zela 150 piso 10, Jesús María
Lima - Perú
511.2063370 anexo 3375
www.servir.gob.pe

 Protege nuestro ambiente, no imprimas este e-mail de no ser necesario





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Desarrollo de la
Gerencia Pública

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

MEMORANDO Nº 33-2014/SERVIR/GDGP

RECIBIDO

04 MAR 2014

Firma: *[Firma]* hora: 12:23

PARA : **TANIA NARAZAS RIEGA**
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

DE : **ANDRÉS CORRALES ANGULO**
Gerente de Desarrollo de la Gerencia Pública

ASUNTO : Solicitud de acceso a la información pública

FECHA : 28 de Febrero de 2014

Me dirijo a usted en relación al documento del asunto, mediante el cual la Sra. Mosi Marcela Meza Figueroa identificada con DNI 44081905, solicita información respecto a la formación en materia constitucional de todos los vocales que componen el Tribunal del Servicio Civil.

Al respecto, debo señalar que de conformidad con el artículo 18° del Decreto Legislativo N° 1023, para ser vocal se exige: *"tener estudios de especialización en derecho constitucional, administrativo, laboral o gestión de recursos humanos"*; adicionalmente, el artículo 7° del Reglamento del Tribunal del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2010-PCM, establece y precisa como requisito para ser vocal, lo siguiente:

"(...)
e) *Tener estudios de especialización en derecho constitucional, administrativo, laboral y/o gestión de recursos humanos (...)*"

En ese contexto y según lo establecido en la normativa vigente, el concurso público convocado por el Consejo Directivo de SERVIR el 16 de junio de 2013 para la designación de los Vocales del Tribunal del Servicio Civil, convocó a abogados especializados en Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y/o Gestión de Recursos Humanos del país.

Asimismo, la Gerencia de Desarrollo de la Gerencia Pública, encargada de realizar procesos de selección con la finalidad de profesionalizar la gestión pública, recibió el encargo del Consejo Directivo para brindar apoyo en la realización del proceso de selección, el apoyo brindado consistió en la elaboración del perfil del puesto, el diseño de la convocatoria, del cronograma y elaboración de las bases del proceso, así como la supervisión de la empresa consultora contratada para la primera etapa del proceso de selección y la ejecución de la segunda etapa del proceso de selección en mención.

Respecto a la solicitud de información de la Sra. Meza, se informa que **el resumen de las hojas de vida de los Vocales del Tribunal del Servicio Civil, se encuentran publicadas en el portal institucional de SERVIR, información que es de conocimiento público y de libre acceso por parte de cualquier ciudadano que quiera conocer su contenido.**

Atentamente,

ANDRÉS CORRALES ANGULO
Gerente de Desarrollo de la
Gerencia Pública
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

www.servir.gob.pe

Pasaje Francisco de Zela 150
Piso 10, Jesús María
Lima 11, Perú
T: 51-1-2063370

Maestría en
Derecho Constitucional

CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO PERUANO

PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Secretaría Técnica
Tribunal del Servicio
Civil

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

RECIBIDO

25 FEB 2014

Firma: *ewe* hora: 18:01

MEMORANDO N° 0327 -2014-SERVIR/ISC

A : TANIA LOURDES NARAZAS RIEGA
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

De : ANA MARIA RISI QUIÑONES
Secretaría Técnica del Tribunal del Servicio Civil

Asunto : Solicitud de acceso a la información pública

Referencia : Registro N°6991-2014, del 19 de febrero de 2014

Fecha : Lima, 25 de febrero de 2014

RECIBIDO

26 FEB 2014

Firma: *Francisco*

Informar # 6 del Acceso

Recibido 27/02/2014 05:15:00 pm

Me dirijo a usted con relación al documento de la referencia, a efecto de informarle, en atención a la solicitud presentada por la señora Mosi Marcela Meza Figueroa, lo siguiente:

1. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo Segundo de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 05-2010-SERVIR-PE, el Tribunal del Servicio Civil conoce en última instancia administrativa las apelaciones a los actos administrativos que se notifiquen a partir del día siguiente de la publicación de la Resolución Suprema N° 013-2010-PCM que designó a los vocales de la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil, esto es, desde el 15 de enero de 2010.

Al respecto, la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil SERVIR, mediante Informe Legal N° 455-2010-SERVIR/GG-OAJ opinó que de acuerdo con lo establecido en la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 05-2010-SERVIR-PE, a partir del 15 de enero de 2010, el Tribunal del Servicio Civil, es competente para conocer en última instancia administrativa las apelaciones derivadas de controversias individuales en las que sean parte las entidades del Gobierno Nacional, (...); y, mediante Informe Legal N° 001-2013-SERVIR/GG-OAJ, que el periodo de nombramiento de los vocales se contabiliza desde la fecha de instalación de la Sala, esto es desde el 2 de febrero de 2010.

2. En cuanto al número de solicitudes de aplicación de control difuso en sede administrativa que han ingresado al Tribunal, así como, al número de resoluciones en las cuales se ha aplicado el control difuso de oficio, se informa que en la sistematización de los escritos que se presentan ante este Tribunal no se ha considerado la categoría relacionada con la aplicación del control difuso en sede administrativa, por lo que en virtud del artículo 13° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM¹, no es posible atender dichas solicitudes.

¹ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, aprobada por Decreto Supremo N° 043-2003-PCM.
 *Artículo 13°.- Denegatoria de acceso.

www.servir.gob.pe

Jr. Mariscal Miller 1153 -1157,
Jesús María
Lima 11, Perú
T: 51.1.2063370

PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Secretaría Técnica
Tribunal del Servicio
Civil

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
 “Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

3. En relación a la solicitud del mecanismo establecido por el Tribunal del Servicio Civil para efectuar control difuso en sede administrativa, es preciso mencionar que para emitir sus pronunciamientos, el Tribunal aplica el procedimiento previsto en el Reglamento que lo regula, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2010-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 135-2013-PCM, en concordancia con lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
4. Respecto a la solicitud de copias simples de las resoluciones en formato A4, emitidas por el Tribunal del Servicio Civil desde el inicio de sus funciones en las que se haya aplicado el control difuso, se informa que todas las resoluciones que emite el Tribunal del Servicio Civil se encuentran publicadas en el portal institucional de SERVIR, según el criterio de su fecha de su emisión, y no por materias, las mismas que son de conocimiento público y de libre acceso por parte de cualquier ciudadano que quiera conocer su contenido.
5. Finalmente, respecto a la solicitud relacionada con la formación en materia constitucional de los vocales que componen el Tribunal del Servicio Civil, se sugiere que dicha información se solicite a la Oficina General de Administración y Finanzas de SERVIR, área encargada de los procesos de selección y de la custodia de los legajos de todos los servidores de esta institución desde su creación.

Atentamente,

ANA MARIA RISI QUIÑONES
 Secretaria Técnica
 Tribunal del Servicio Civil
 AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Asch

| |
|---|
| AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL Oficina de Asesoría Jurídica |
| Pase a : <u>CAAT</u> |
| Clave*: () <u>Procedimientos</u> |
| Observaciones: <u>Información sobre el punto 5.</u> |
| <u>DEGACATA</u> |
| *De acuerdo a Hoja de Trámite* |

La solicitud de información no implica la obligación de las entidades de la Administración Pública de crear o producir información con la que no cuente o no tenga obligación de contar al momento de efectuarse el pedido. En este caso, la entidad de la Administración Pública deberá comunicar por escrito que la denegatoria de la solicitud se debe a la inexistencia de datos en su poder respecto de la información solicitada. Esta Ley tampoco permite que los solicitantes exijan a las entidades que efectúen evaluaciones o análisis de la información que posean”.