

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

ESCUELA DE POSGRADO



TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CONTITUCIONAL

**Restablecimiento del control difuso a los tribunales administrativos
en el Perú**

Área de Investigación:

Instituciones de Derecho Procesal Constitucional

Autor:

Arámbulo Zapata Carlos

Jurado Evaluador:

Presidente: Benites Vásquez, Tula Luz

Secretario: Villena Veneros, Sheyla Lisset

Vocal: Silva Chinchay, Leiby Milagros

Asesor:

Cruz Vegas Guillermo Alexander

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>

**TRUJILLO – PERÚ
2024**

Fecha de sustentación: 2024 11 05

Restablecimiento del control difuso a los tribunales administrativos en el Perú

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.unjfsc.edu.pe Fuente de Internet	3%
2	hdl.handle.net Fuente de Internet	1%
3	dialnet.unirioja.es Fuente de Internet	1%

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 1%

Excluir bibliografía

Activo

Declaración de Originalidad

Yo, *Guillermo Alexander Cruz Vegas*, docente del Programa de Estudio de Derecho, de la Universidad Privada Antenor Orrego, asesor de la tesis de investigación titulada "Restablecimiento del control difuso a los tribunales administrativos en el Perú", autor *Carlos Arámbulo Zapata*, dejo constancia de lo siguiente:

- *El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 5% Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/11/2024*
- *He revisado con detalle dicho reporte y la tesis, y no se advierte indicios de plagio.*
- *Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las normas establecidas por la Universidad.*

Lugar y fecha: *Trujillo 11 de noviembre de 2024*

Apellidos y nombres del asesor: Guillermo Alexander Cruz Vegas.
DNI: 43414679
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9119-5397>
ID: 000008295
Firma:



Guillermo A. Cruz Vegas

Apellidos y nombres de la autora: Arámbulo Zapata Carlos
DNI: 03676802
FIRMA:



DEDICATORIA

A mis hijos, por quienes forjo mi templanza para afrontar el día a día. A mi esposa, por aligerar las peripecias de la vida familiar. También a mis padres, a quienes debo toda mi gratitud. En especial, a mi abuela Clementina, mi pilar emocional y espiritual, quien en su oscuridad predijo el éxito de mi futuro y abrazó mis batallas como cuando era niño.

AGRADECIMIENTO

Agradezco profundamente a Dios por darme la bocanada de fe y sabiduría necesaria para afrontar los mayores retos de mi vida, y por poner en mi caminar a personas maravillosas. Asimismo, agradezco a mi asesor de tesis magíster. Guillermo Alexander Cruz Vegas por guiarme en este arduo camino de la investigación. También, agradezco a mi familia, hijos y esposa por su paciencia, apoyo incondicional y cariño en estos años académicos extras, donde sacrifiqué mucho, pero que pronto darán los mejores frutos de mi esfuerzo.

RESUMEN

En el ámbito jurídico, el control constitucional ha sido uno de los temas que más se ha desarrollado. Esto se debe a que el Estado Constitucional de derecho surge con la vigencia del principio de supremacía constitucional, acompañado por los principios de jerarquía normativa e inviolabilidad de la Constitución. Como es sabido, una de las formas de asegurar la vigencia y el respeto de la Constitución es el control concentrado, a cargo de un órgano especializado. Cuando este órgano declara la inconstitucionalidad de una norma, esta es expulsada del ordenamiento jurídico. Asimismo, el modelo de control difuso permite a los órganos jurisdiccionales inaplicar una norma cuando esta es contraria al ordenamiento jurídico. En el Perú, coexisten ambas formas de control constitucional: el concentrado, a cargo del Tribunal Constitucional, y el difuso, que aplican los jueces. No obstante, la problemática se centra en el control difuso en sede administrativa. Aunque el Tribunal Constitucional había reconocido que este control podía ejercerse, cambió su postura y apuntó que no es posible, pese a que a nivel internacional se ha indicado que sí es posible.

En ese sentido, la investigación se ha realizado en función de la necesidad de restablecer el control difuso en los tribunales administrativos del Perú, basándose en la decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A partir de ello, y con el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo a nivel internacional, se ha logrado acreditar que es necesario restablecer el control difuso en los tribunales administrativos del Perú.

Palabras claves: Constitución, control constitucional, control difuso, control difuso administrativo.

ABSTRACT

In the constitutional field, constitutional control is one of the issues that has developed the most, this by virtue of the fact that with the Constitutional State of law that arises with the validity of the principle of constitutional supremacy, next to the principles of normative hierarchy. As is known, among the ways to control the validity and respect of the Constitution, there is concentrated control by a specialized body for this, which when it resolves for the unconstitutionality of a certain norm, it is expelled from the legal system, likewise the fuzzy control model implies the possibility that the jurisdictional bodies have of not applying a certain rule when it is contrary to the legal system. In Peru, the two forms of constitutional control of norms subsist at the same time: concentrated and diffuse, the first in charge of the Constitutional Court and the other of application by the judges, however, the problem focuses on diffuse control in administrative headquarters, power that the Court had recognized that can be made, however, change of orientation, indicating that this is not possible, although at the international level it has been indicated that this is possible.

In this sense, it is that the investigation has been carried out based on the need to restore diffuse administrative control, using precisely the decision adopted by the Inter-American Court of Human Rights, based on this and with the development of doctrine and jurisprudence. especially internationally, it has been possible to prove that it is necessary to reestablish diffuse administrative control in Peru.

Keywords: Constitution, constitutional control, fuzzy control, fuzzy administrative control.

PRESENTACIÓN

Señores Miembros del Jurado:

En estricta obediencia con lo que prescribe la normatividad y los reglamentos internos de la casa de estudios, así como las disposiciones en relación a los trabajos de investigación que se presentan: tesis, es que se pone su justa e ilustre consideración la investigación intitulada: **“RESTABLECIMIENTO DEL CONTROL DIFUSO A LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN EL PERÚ”**, para que luego de seguir el procedimiento debido y sustentar el presente trabajo poder obtener el título profesional de abogada por esta prestigiosa casa superior de estudios.

En esta tesis se ha tocado un problema bastante interesante y que ha merecido la opinión doctrinaria a lo largo de la historia del desarrollo del constitucionalismo y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que llevaron al cambio de precedente constitucional, por lo que se ha hecho un enfoque constitucional resaltando las razones para la necesidad de retomar el control Constitucional difuso en sede administrativa.

En definitiva, se pueden surgir diversas posiciones, por lo que esperamos la apertura al debate y el gran criterio que como grandes hombres y mujeres de derechos poseen.

Contenido

DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO	5
RESUMEN	6
ABSTRACT	7
PRESENTACIÓN	8
I. INTRODUCCIÓN	11
1.2. Enunciado del problema.....	13
1.3. Hipótesis	13
1.4. Objetivos.....	14
1.5. Justificación	14
a. Principio de Unidad de la Constitución	28
b. Principio de Concordancia Práctica:.....	29
c. Principio de Fuerza Normativa:	29
d. Principio de Unidad de la Constitución	30
e. Principio de Eficacia Integradora:	31
f. Principio de Corrección Funcional:	32
g. Principio de Eficacia o efectividad	32
2.2.2.4. Justicia Administrativa	49
Sub Capitulo III.....	52
2.2.3. Control Difuso Administrativo	52
2.2.3.1. Control Constitucional En Materia Administrativa	52
2.2.3.2. Control Difuso Administrativo	54
2.2.3.3. Análisis De La Sentencia Vinculante Del Expediente 3741-2004 AA/TC	56
2.2.3.4. Posturas.....	58
2.2.3.5. Eliminación Del Control Difuso Sentencia Expediente 04293-2012 PA/TC.....	59
2.2.3.6. Diferenciar el estado legal de derecho con el estado constitucional de derecho	61
2.2.3.7. Sobre el procedimiento administrativo	63
2.2.3.8. El control de convencionalidad.....	67
2.2.3.9. El trámite para llegar a la CIDH.....	70
Sub Capitulo IV	71
2.2.4. Marco aplicativo del control difusoadministrativo	71

2.2.4.1.	Sentencias en las que se aplicó Control Difuso.....	71
2.2.4.2.	Cuestión Inconstitucional.....	75
2.2.4.3.	Debido Proceso.....	76
•	A Nivel Convencional	79
2.2.4.4.	Derecho Debida Motivación De Resoluciones Judiciales	81
2.2.4.6.	Jurisprudencia Internacional - Caso Gelman Vs.Uruguay	84
2.2.4.7.	Análisis de las siguientes sentencias del control difuso administrativo relevantes para la investigación	85
2.2.4.7.1.	Sentencia del caso Salazar Yarlénque.....	85
2.2.4.7.2.	Sentencia caso consorcio Requena	88
2.2.4.7.3.	Caso Gelman va Uruguay.....	89
2.3.	Marco conceptual.....	91
2.3.	Variables:	91
	Variable Dependiente.....	91
III.	METODOLOGÍA.....	92
3.3.	Población y muestra de estudio	95
3.4.	Diseño de investigación	95
3.5.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	95
IV.	RESULTADOS Y ANÁLISIS.....	97
V.	CONCLUSIONES.....	106
VI.	RECOMENDACIÓN	108
VII.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	109

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad Problemática

Las normas en un país pueden dividirse en normas- reglas y normas -principios; las primeras se refieren a aquellas que tienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; en cambio, los principios tienen una estructura abierta por considerárseles "mandatos de optimización". Estos se encuentran recogidos en los títulos preliminares de los Códigos, en la Constitución, en los Tratados sobre Derechos Humanos, o en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese contexto, cuando las normas - reglas (la ley o normas con rango de ley), son abiertamente contradictorias a los principios o derechos de orden constitucional o convencional, el juez, debe inaplicar la ley al caso concreto, vía el denominado "control difuso" de constitucionalidad o de convencionalidad.

Lo hasta aquí señalado, solo se justifica en la existencia de un "Estado Constitucional de Derecho", dado que, en este tipo de Estado, existe prevalencia de la norma fundamental y el "bloque de constitucionalidad". Sería imposible, entender la facultad de inaplicación de normas legales contrarias a la Constitución, en el Estado Legal de Derecho, debido a que aquí, el juez, solo es un mero aplicador de la ley, pues esta clase de Estado se rige por el principio

de primacía de la ley.

Ahora, bien se debe señalar que el denominado "control difuso" en el Perú, está regulado de forma expresa en el artículo 138 de la norma fundamental y en el Código Procesal Constitucional; el mismo que debe realizarse cuando ya no sea posible -a pesar que se ha hecho un riguroso análisis- salvar la constitucionalidad de aquella ley cuestionada, siendo necesario que aquella norma inaplicada, sea elevada "en consulta" a la Sala Social y Constitucional de la Corte Suprema, para su aprobación, si fuera el caso. Si la disposición normativa fuera inaplicada, no perdería vigencia, sino que solo surte efectos entre las partes inmersas en la litis jurídica. No olvidemos que la única forma que una ley pierda vigencia, es cuando es sometida a un proceso de inconstitucionalidad y el Tribunal Constitucional -único órgano que puede decidir este pedido- declara su inconstitucionalidad.

La facultad para realizar el control difuso la tienen los jueces del Poder Judicial, los Tribunales arbitrales y militares, y, por interpretación del artículo 202 de la Constitución, también el Tribunal Constitucional, sin embargo, esta facultad no está regulada de forma expresa para los tribunales administrativos, sino que al contrario, el Tribunal Constitucional en la sentencia del caso "consorcio Requena" (Expediente N° 04293-2012- PA/TC) cambia el precedente "Caso Salazar Yarlenque" (expediente. N.º 3741-2004-AA/TC) y niega toda posibilidad de que se ejerza el control difuso administrativo. En ese

orden se sostiene que negar a los tribunales ejercer control difuso es contrario a lo que señala el artículo 38 de la Constitución que establece que TODOS deben respetar y hacer respetar la Constitución, afecta al propio Estado de derecho y el principio de supremacía constitucional, además, es una decisión que se opone a lo que ha establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia Gelman II vs. Uruguay, donde se ha expresado claramente que el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad se debe efectuar obligatoriamente por todos los tribunales judiciales o administrativos de los Estados. Esto hace imperiosa la necesidad de reestablecer el "control difuso administrativo" en el Perú.

1.2. Enunciado del problema

¿Cuáles son los fundamentos constitucionales que sustentan el restablecimiento del control difuso de los tribunales administrativos en el Perú?

1.3. Hipótesis

Los fundamentos constitucionales que sustentan el restablecimiento del control difuso de los tribunales administrativos en el Perú son: prevalencia del principio de supremacía de la Constitución y La Convención Americana de Derechos Humanos; la prohibición de obligar a los órganos de la administración pública a aplicar normas inconstitucionales; la obligatoriedad de la aplicación de la CADH mediante

el control de convencionalidad.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

- Determinar cuáles son los fundamentos constitucionales que sustentan el restablecimiento del control difuso de los tribunales administrativos en el Perú.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Establecer el contenido del control constitucional difuso, en el Perú.
- Señalar la utilidad en la resolución de casos de tribunales administrativos del control difuso.
- Determinar que no se puede obligar a la administración pública a aplicar normas inconstitucionales
- Determinar los alcances de la sentencia de la C.I.D.H caso Gelman Vs Uruguay, como razón para la viabilidad del control de convencionalidad.

1.5. Justificación

Desde el punto de vista **teórico** la investigación se justifica en necesidad de analizar y fortalecer el uso del control difuso como herramienta fundamental para la protección de los derechos constitucionales, en ese contexto, los jueces rara vez aplican el control de la proliferación, y pocas veces lo hacen que no concuerde con su interpretación o la interpretación del Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, el propósito de esta investigación es hacer un aporte teórico, es decir, por supuesto, cuando la autoridad administrativa así lo acuerde. Cuando existen dudas razonables sobre la constitucionalidad, por supuesto es posible plantear formalmente las llamadas “cuestiones inconstitucionales” en otros sistemas legales en el Tribunal Constitucional garantizando la uniformidad de criterios en la interpretación de nuestra Constitución, y a fin de brindarle “Seguridad Jurídica al Administrado”, evitando así a un funcionario Creyendo que una ley era inconstitucional y no aplicando una determinada ley, otro funcionario creyó que la ley era constitucional y actuó en consecuencia. Es por ello que este estudio profundiza la interpretación doctrinal del control difuso y tutela judicial efectiva.

Desde un punto de vista **práctico**, se justifica la investigación, porque permite establecer un criterio para que los jueces no se limiten a aplicar la prescripción de la acción penal de manera automática. En cambio, se propone que se utilice el control difuso para revisar y, si es necesario, inaplicar normas que podrían contradecir los principios constitucionales.

Desde un punto de vista **metodológico**, la investigación se justifica en la necesidad de abordar el restablecimiento del control difuso en los tribunales administrativos del Perú desde un enfoque descriptivo y analítico. A través del análisis de jurisprudencia y la revisión doctrinal, se buscó examinar la aplicación actual del control difuso y proponer

lineamientos que orienten a los jueces en su uso. La metodología utilizada permitió identificar vacíos y limitaciones normativas, a fin de aportar una solución que refuerce el respeto a los derechos fundamentales y al principio de supremacía constitucional en el ámbito administrativo.

Desde un punto de vista **jurídico**, la investigación se justifica en la necesidad de restablecer el control difuso en los tribunales administrativos del Perú, dado que este mecanismo garantiza la primacía de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional. La falta de aplicación del control difuso en el ámbito administrativo genera un vacío en la protección de los derechos de los ciudadanos frente a posibles abusos o errores normativos. Por lo tanto, es imperativo que los jueces administrativos puedan inaplicar normas que contradigan la Constitución, asegurando así un sistema de justicia más equilibrado y conforme a los principios constitucionales.

II. MARCO DE REFERENCIA

2.1. Antecedentes

- Internacionales:
 - **Rivas (2010)**, realizo su trabajo de investigación titulado “Control Difuso en la Constitución en los Países Andinos con Énfasis en el Tribunal Fiscal del Perú, año 2005”, aprobada por la “Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador”, expone y se realiza un análisis del desarrollo del control de constitucionalidad con énfasis en control difuso, es decir desde

sus antecedentes hasta su evolución en diferentes países de Latinoamérica, estudia y analiza el modo de aplicación en países como Ecuador, Colombia Bolivia, y con menciónen el Perú. La conclusión a la que llego fue que, “resultaría idóneo el uso del control difuso por órganos de la administración pública, porque en su trabajo de campo se entrevistó a miembros del Tribunal Fiscal, quienes manifestaron que durante su vigencia su aplicación tuvo impacto positivo, pues muchas municipalidades se ordenaron y se cuidaron de emitir ordenanzas contrarias a la Constitución”.

- **Torres (2022)**, realizando su tesis para obtener el grado de Doctor titulado “El control difuso de constitucionalidad en Colombia”, aprobada por la Universitat Autònoma de Barcelona, del país de España, el mismo que expone que en Colombia, el sistema de control constitucional es mixto, además el autor de esa tesis intentó analizar y esclarecer el rol del control difuso de constitucionalidad en Colombia, en particular mediante la figura de la excepción de inconstitucionalidad. Su propósito fue demostrar que, además de la Corte Constitucional, los jueces y tribunales tenían la responsabilidad de asegurar que las leyes se ajustaran a la Constitución en casos concretos. Con su investigación, aspiró a profundizar en la importancia y

correcta aplicación del control difuso para garantizar una mayor protección de los derechos fundamentales.

- **Masapanta (2008)**, tesis para obtener el grado de maestro titulado “El control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces ordinarios al inaplicar preceptos contrarios a la Constitución Política del Ecuador”, de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, el mismo que tuvo como propósito determinar si los jueces ordinarios ecuatorianos han aplicado adecuadamente la inaplicabilidad de normas contrarias a la Constitución en relación con la protección efectiva de los derechos ciudadanos. La tesis aborda esta cuestión a través de una comparación entre dos enfoques: el legalismo y el constitucionalismo, analizando cómo los actores judiciales interpretan las normas, verifican su conformidad con la Constitución y, si es necesario, las declaran inaplicables. El estudio incluye una revisión crítica de las normas de la Constitución ecuatoriana de 1998 y la nueva Constitución de 2008, evaluando sus fortalezas y debilidades.

- Nacionales:

- **Mendoza (2012)**, realizo la tesis titulada: “Aplicación del Control Difuso por Parte de los Registradores Públicos por Vulneración del denominado contenido esencial del Derecho de Propiedad”, para optar

el grado académico de Magister en Derecho con mención en Derecho constitucional y derechos humanos, “Universidad Nacional Mayor de San Marcos”, en la cual se aborda: Un análisis de la sentencia Salazar Yarlenque desde la perspectiva constitucional y lo justifica señalando que: “El TC en el año 2005 reconoció en su oportunidad a la Administración Pública el poder aplicar el control difuso en cuando se detecte casos de normas que manifiestamente violen la constitución”. Sin embargo, ante las dudas, en el año 2006 se precisó que sólo los tribunales administrativos y órganos colegiados dentro de la administración tenían dichas potestades”.

- **Castro (2017)** realizó su investigación titulada: “La Viabilidad del Control Difuso en la Superintendencia Nacional de Migraciones” para optar el título de abogado aprobada por la “Universidad de Huánuco”. El Tesisista se plantea como problema principal: ¿Cuáles son los criterios para que los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones no apliquen el Control Difuso, en administrados que invocan derechos constitucionales? Esta investigación posee como objetivo principal: “Determinar si existe o no una relación entre el Control Difuso en sede administrativa y la vulneración de los Derechos Constitucionales”. Y como objetivos secundarios: a) “Establecer si el ordenamiento jurídico otorga a los funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad de la elaboración de normas”. b) “Determinar si el ordenamiento jurídico otorga a los

funcionarios de la Superintendencia Nacional de Migraciones el ejercicio de la actividad sancionadora”.

- **Meza (2014)**, en su tesis titulada “Control difuso administrativo peruano”, para optar el título de maestrante de la “Pontificia Universidad Católica del Perú”, el tesista tuvo como finalidad analizar la figura del "Control Difuso Administrativo", creada por el Tribunal Constitucional, tomando como base el principio de Supremacía Constitucional, un pilar fundamental en un Estado Constitucional de Derecho como el peruano. El estudio abordó los orígenes y el contenido de este principio en su primer capítulo. El ordenamiento jurídico peruano contaba con un sistema dual de control constitucional. A través del Tribunal Constitucional, se estableció un modelo de control concentrado que permitía la expulsión de una ley por contradecir la Constitución. Por otro lado, el control difuso, reconocido en el artículo 138° de la Constitución de 1993, facultaba a los jueces para inaplicar, en un caso concreto, una ley que contraviniera la norma suprema, sin invalidarla. Este tipo de control tenía sus raíces en los casos *Bonham* y *Marbury vs Madison*. La Constitución peruana otorgaba esta facultad al Poder Judicial, permitiendo a los jueces identificar y no aplicar una ley inconstitucional en casos particulares de resolución de conflictos.

2.2. Marco Teórico

Sub Capitulo 1

2.2.1. Estado constitucional de derecho

Para poder precisar aquellas nociones básicas de un Estado Constitucional, primero, es menester detallar que muy difícilmente es posible evaluar la existencia de un Estado, sin un esquema jurídico, pues, en palabras del autor García Toma (2010): “no existe forma alguna de Estado que excluya o ignore la existencia de un orden jurídico”. (p.52)

Sin embargo, parte de la doctrina que estudia el nexo causal entre el Derecho y la vida estatal, afirman que únicamente se debe a una necesidad evidente para poder mantener la coexistencia entre los individuos de una organización natural, en los cuales se deban limitar derechos, imponer obligaciones e instaurar principios que permitan la eficaz protección de libertades básicas sin las cuales no podría protegerse la dignidad humana. En la misma línea de ideas, autores como Adamsen Houbel citado por Silva (2000), precisan que, el gobierno no es más que el resultado del conjunto de normas de la génesis del Derecho, pudiendo existir derecho sin gobierno, pero de ninguna forma este último sin el primero no es posible homologar ambas instituciones jurídicas.

En primer lugar, porquesi bien es irrefutable la idea de que, el derecho es anterior a las formas de gobierno en sí mismas,también es verdad que, el derecho no puede abarcar todos los ámbitos y elementos de un Estado, aunque dentro de un Estado en Constitución se pretenda que esta asegure todo ámbito de la vidadel hombre para la protección de sus libertades.

Es por ello que, producto de los históricos intentos del hombre por

salvaguardar las libertades básicas, no dejar duda a las ideas que intentan reducir su existencia, buscar el punto medio de la justicia, y el equilibrio entre los poderes estatales, se formuló el concepto del Estado Constitucional, el cual se caracteriza por tener un orden jurídico gradual, en el que la fuerza normativa mayor la posee la Constitución, por el solo hecho de contener los derechos fundamentales, el orden administrativo y el balance de pesos y contrapesos.

2.2.1.1. Constitución

Entender los perímetros delimitadores de la Constitución, desde el punto de vista de autores como García Toma, implican analizar su significado, de este modo, él parte señalando que, coloquialmente la constitución, es un mecanismo reduccionista que resume la vida completa de cualquier ente, por ejemplo, su organización, sus funciones, sus propósitos y demás factores.

A ello le agrega que esta palabra nace del latín que significa “fundar”, sin embargo, en el Derecho no se aleja de dicha interpretación. Según el jurista Badeni (2000) “todo cuerpo u organismo, individual o social, toda organización o entidad, cualquiera sea su naturaleza, tiene una Constitución”. (p. 425)

Es por ello que en la ciencia jurídica, la Constitución es aquel instrumento que posee tres elementos caracterizadores, el primero de ellos proviene de la acepción como “mecanismo reduccionista”, ya que intentará resumir la vida administrativa de un Estado, determinando las funciones, organización y prescripciones de cada órgano de Estado; el segundo elemento es la protección de libertades fundamentales; y finalmente debe establecer los parámetros para

mantener el equilibrio y colaboración de poderes estatales. A la anterior concepción, sería necesario agregar un cuarto elemento finalista de la Constitución, pues posee aquellas máximas que le permiten sobreponer la misma sobre todo el ordenamiento jurídico, el cual, mediante los principios constitucionales, salvaguarda los elementos antes mencionados en cualquier área de la sociedad. Dicho de otro modo, se muestran más elementos “expone un proyecto de vida común, un estatuto de poder, una póliza de salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona, un orden supremo constituyente del sistema jurídico y una auto - representación cultural del pueblo de un Estado”. (García Toma, p.440).

Respecto de sentar las bases de un proyecto de vida común, está referido a la parte orgánica de la Constitución y también aquella que ordena toda la vida de una persona, en la cual prescribe la organización de los poderes del Estado, creando así una estructura sólida que permita el correcto funcionamiento de la vida de la sociedad; el estatuto de poder, significa las funciones constitucionalmente reconocidas atribuidas a cada institución

Sobre la póliza de derechos fundamentales, no solo abarca la parte dogmática sino también el esquema de máximas que permiten a la Constitución defender las libertades básicas; que conjuntamente está ligado con un orden supremo constituyente.

Finalmente, el autor agrega una representación cultural del pueblo, el cual puede ser entendida de dos formas, la primera como el conjunto de costumbres y principios que representan a una sociedad y que por ende deben estar materializados en su constitución por ser fruto fidedigno de su pueblo, y la segunda como los derechos que protegen la cultura y sus manifestaciones. Como ejemplo de la primera interpretación, tenemos una sociedad conservadora, cuya Constitución defiende en su primer artículo el derecho a la vida desde la concepción, y como ejemplo del segundo el derecho a celebraciones folklóricas.

Como se ha podido evidenciar, cada uno de estos elementos tiene como fin único el de proteger la dignidad humana, propiciar los mejores estándares de calidad de vida, y mantener el orden y respeto por las loables costumbres de una sociedad, siendo el hombre su fin primero y único. Peter Haberle expone que dicho contenido sugiere una concepción antropocéntrica. Así, el texto constitucional se “encuentra plenamente al servicio del ser humano, de su dignidad y libertad, e incluso igualdad”. Pues, “la necesidad del reconocimiento y protección constitucional se ampara en la necesidad intrínseca de toda comunidad política de conservar, desarrollar y perfeccionar al ser.

Peter Haberle expone que dicho contenido sugiere una concepción antropocéntrica. Así, el texto constitucional se “encuentra plenamente al servicio del ser humano, de su dignidad y libertad, e incluso igualdad”. Pues, “la necesidad del reconocimiento y protección constitucional se ampara en la necesidad intrínseca de toda comunidad política de conservar, desarrollar y perfeccionar al ser humano en el cumplimiento de sus fines de existencia e indefectible asociación

con sus congéneres”. (García Toma)

Finalmente, la Constitución debe ser entendida como aquella carta fundamental que tiene como finalidad amparar los derechos básicos del hombre, mediante sus preceptos normativos, los cuales pueden ser de dos tipos, aquellos que regulan cómo salvaguardar los derechos fundamentales, y aquellos que tratan sobre su defensa en sí misma. Además, posee cuatro elementos característicos, resume la vida administrativa de una sociedad, protege los derechos humanos, regula un sistema que proscriba la posibilidad de un desbalance entre poderes estatales; finalmente intenta ser un fruto fiel y fidedigno de su pueblo, por lo que alberga su cultura.

2.2.1.2. Estado Constitucional De Derecho

El proceso evolutivo de los modelos constitucionales, ha permitido que, existan diversas acepciones según la historia, o la sociedad sobre la que se instalan, es así que, primigeniamente en Europa, se concibe al Estado Constitucional como aquel que tiene como fuente a la razón y el entendimiento, pues como afirma Böckenforde (2000) los acuerdos adoptados por la democracia recaían únicamente en aquellos otorgados por la libertad y deliberación producto de la razón. Sobre la concepción de esta institución, el uso de la razón no solo radica en concederle fines democráticos al Estado, sino también poder asegurar un contenido de fondo a las instituciones producidas por el Estado Constitucional Europeo. Para (Alexy, 2006) era menester para la sociedad europea revestir de ataduras razonables la institucionalidad de la democracia.

Se comprende pues, la transición de un modelo absoluto en el cual la organización del poder no se justifica únicamente por la burguesía y las normas que ordenaban las sociedades antes de la toma de la Bastilla, sin embargo, para autores como Zagrebelsky (2003) en el modelo europeo no existió un cambio realmente, sino una variación, en la que el poder dominante solo cambiaría del Rey a una Asamblea que ostenta el poder constituyente. Concluyendo que, el absolutismo recaería en el parlamento. Es por ello que, Ferrajoli (1996) considera el modelo europeo como: “transformación evolutiva del Estado de Derecho” (p.24)

En América, con la “Declaración de los derechos de Virginia” en el año (1776), ya se puede apreciar la introducción de este modelo constitucional al otro lado del charco, es por ello, que algunos autores afirman que es una corriente que, necesariamente se iba a plantear en cualquier momento de la historia, por ser producto de una evolución natural del Derecho mismo; mientras que para autores como Dippel (2005), no es más que una revolución de ideas que pasaría del viejo al nuevo continente.

Sin embargo, en este largo proceso constitucionalista, afirma (Grández, 2005) que, las mutaciones en la fórmula deben su gratitud a la teoría americana, en la que no solo se defiende la Constitución por ser producto de la voluntad popular sino porque una de las instituciones más importantes para ejercer el *ius puniendi*, será el Poder Judicial. A ello se le agrega la característica de los colegiados compartida por Norteamérica,

ya que con ellas podremos tener un equilibrio de poderes, ejerciendo controles posteriores y previos para la correcta aplicación de los preceptos constitucionales.

Sin embargo, aquella etapa de los modelos creadores de Derecho y nuevas bases de Estado ha quedado atrás, fundándose el neoconstitucionalismo, el cual, si bien mantiene la democracia europea y el control justiciable americano, luego de la Segunda Guerra Mundial, nos ofrece un bloque de derechos que permiten proteger la dignidad del ser humano. Para ello, (Haberle, 2003) nos indica de qué forma podemos identificar el nuevo constitucionalismo en los Estados, atribuyendo características básicas, el cual acoge la presente investigación.

Por lo tanto, estaremos frente a un constitucionalismo evolucionado siempre que, primero, se posea una Constitución que resuma la vida institucional, cívica, y la axiología de un Estado, en el caso peruano, podemos fácilmente identificar la parte orgánica y dogmática, que resumen los valores que ordenarán la sociedad; segundo, no podríamos hablar de Constitución sin soberanía popular, entendida como una renovación perseverante del poder designado por el pueblo; también deben identificarse los principios fundamentales del Derecho. Finalmente, en el otro bloque de características, el autor ubica aquellos relacionados con los derechos fundamentales, pues deberá contener como derecho esencial la dignidad humana, y todos aquellos derechos procesales que permiten la independencia a nivel judicial como garantía.

2.2.1.3. Principios

La Constitución Política como norma fundamental, y protectora de derechos inherentes, tiene el deber de uniformizar y establecer la guía sobre la cual deben interpretarse los derechos, para ello la misma debe ser comprendida desde un esquema jurídico sin igual que, únicamente lo puede realizar el Tribunal Constitucional, acción delimitada por los preceptos de la misma Constitución.

A diferencia, de otras normas de menor jerarquía, la Constitución implica un operar un sistema de principios que obedecen a la preservación del carácter supra legal, con la finalidad de mantenerla vigente en el tiempo y brindar seguridad jurídica al orbe, los cuales son los siguientes:

a. Principio de Unidad de la Constitución:

Cada principio representa la acción ante una posible amenaza que pueda atentar contra la carta fundamental, de este modo, el principio citado, tiene por finalidad evitar que se realicen interpretaciones aisladas, y decisiones fundamentales distintas, por lo que rompería por completo el esquema proteccionista y uniformizador. Para ello, es necesario tres sub elementos: entender la norma como un todo, esto es no aislar la interpretación de unos preceptos con otros; correlacionar sistemáticamente los derechos e identificar las decisiones fundamentales, para no generar contradicción. De este modo, la unidad

de la Constitución no implica hallar fórmulas más allá de la misma y entre sus preceptos.

b. Principio de Concordancia Práctica:

Este principio posee bastante relación con el anterior, ya que, ambos buscan mantener la coherencia y uniformidad de la interpretación, sin embargo, poseen diferencias significativas. En primer lugar, la concordancia práctica no estudia la homogeneidad de las decisiones finales, sino la correcta ponderación de derechos mediante la correcta interpretación, si bien existe una estrecha vinculación para solucionar problemas de interpretación, la concordancia, posee una doble finalidad, pues además busca la efectividad total de los derechos, su correcta aplicación y su optimización.

Sobre la proporcionalidad, según Quiroga León (1985) es entendida como aquella “Proporcionalidad designa, en este contexto, una relación de dos magnitudes variables, aquella que responda mejor a dicho cometido de optimización, y no una relación entre un fin constante y uno o varios medios variables”. (p. 336)

c. Principio de Fuerza Normativa:

Este principio se presenta en la interpretación de la Constitución frente a otras normas, se resume en la llana idea de, frente a cualquier otra norma siempre debe primar la Constitución, sin embargo, se hace menos fácil, cuando existe normatividad especializada.

Un claro ejemplo de ello es la tesis que defiende esta investigación, pues, aunque la Constitución obliga a todo peruano a “respetar, cumplir, y defender la Constitución” (Art. 38°, Constitución Política de 1993) los mecanismos únicamente lo poseen servidores con jurisdicción, como señala el artículo 138 de la carta política, aislando por completo a otros órganos que poseen capacidad de decisión como los servidores en la vía administrativa, sacrificándose así la norma Constitucional en sede administrativa, teniendo que esperar hasta la sede jurisdiccional para poder inaplicar normas que violen la misma y se proteja la fuerza normativa.

Es así que, este principio no puede estar entendido únicamente en la aplicación para con otras normas, sino además entre preceptos constitucionales, en los cuales tendrá que primar los principios básicos que protege la Constitución, vía la interpretación del supremo tribunal.

d. Principio de Unidad de la Constitución:

Cada principio representa la acción ante una posible amenaza que pueda atentar contra la carta fundamental, de este modo, el principio citado, tiene por finalidad evitar que se realicen interpretaciones aisladas, y decisiones fundamentales distintas, por lo que rompería por completo el esquema proteccionista y uniformizador. Para ello, es necesario tres sub elementos: entender la norma como un todo, esto es

no aislar la interpretación de unos preceptos con otros; correlacionar sistemáticamente los derechos e identificar las decisiones fundamentales, para no generar contradicción.

e. Principio de Eficacia Integradora:

La carta fundamental, como norma fundamental de gobierno, posee una única unidad política, en palabras de Bobbio (2008) para que exista unidad, necesariamente deben coexistir diferentes opciones políticas, por lo que una de las razones de la Constitución, es unificar y reunir aquellos criterios de una misma preferencia. Hablar de política implica entender un concepto amplio y otro restringido, sin embargo, para la interpretación correcta de este principio, debemos entender a la política como aquel conjunto de actividades del modelo de gobierno, que permite desempeñar las funciones del ejercicio y presteza estatal.

Por lo tanto, la finalidad de integrar dichas unidades políticas, no solo consiste en revestir de fuerza la unidad política, sino además que crear aquellos cánones que maximicen su eficacia, la forma en la que se deberá realizar, afirma Bobbio “a la hora de resolver los problemas jurídico-constitucionales, otorgar preferencia a aquellos criterios que operan positivamente en el sentido de establecer y preservar dicha unidad” Debiendo necesariamente acompañarse de los límites constitucionales que ofrecen los parámetros interpretativos.

f. Principio de Corrección Funcional:

Nuestra norma fundamental posee una estructura orgánica en la cual materializa el principio de colaboración de poderes, basado en una distribución de pesos y contrapesos hacia las instituciones del Estado, complementadas por los órganos constitucionalmente autónomos. Por lo que, al momento de leer y dar sentido a la Constitución, deben respetarse dichos parámetros, sobreponiéndose sobre cualquier otra norma orgánica.

g. Principio de Eficacia o efectividad:

Basada en la teoría neoconstitucional, este principio propone adecuar los preceptos constitucionales a las necesidades actuales, posee un enfoque teleológico, mediante el cual el sentido de la interpretación es amplio, pero no flexible, y protege aquellos nuevos derechos mediante la protección de derechos humanos extensos y progresivos. La finalidad de este principio consiste en maximizar la idoneidad de los derechos, mediante la hermenéutica extensiva para favorecer los derechos humanos sobre cualquier otro derecho, posee relación con el principio de concordancia práctica.

2.2.1.4. Tribunal Constitucional

El Constitucionalismo americano trajo consigo un vestigio muy importante para el control de la defensa constitucional, los Tribunales o Cortes especializadas. Pues, con la creación de la jurisdicción constitucional, se revistió de seguridad la supremacía de

la Constitución, no solo para salvaguardar sus preceptos, sino el orbe y las libertades fundamentales.

El artículo 201 de la Constitución, establece las prerrogativas, funciones y proscripciones que poseen los miembros del supremo tribunal, de este modo, precisa que es un órgano encargado del “Control de la Constitución”, lo cierto es que, la Constitución no se puede ni debe controlar, pues la defensa se realiza en contra de los actos y decisiones que pretendan vulnerar los preceptos Constitucionales, para ello, el sistema procesal y sustantivo tiene un conjunto de mecanismos que permiten salvaguardar su fuerza normativa, trámite que se le dará mediante la hermenéutica, interpretación, principios y controles constitucionales.

La carta fundamental menciona al supremo intérprete constitucional desde los primeros capítulos de la misma, con la primera aparición en el artículo 39 de la Constitución Política, les concede a sus integrantes la calidad de altos funcionarios públicos, ubicándolos así en el cuarto lugar como funcionario al servicio del Estado, por debajo de los ministros.

En el mismo orden, el artículo 93, les exime de responsabilidad respecto de sus actos de opinión, y por los votos que emitan siempre que se realicen en ejercicio de sus funciones de defensa constitucional. Conjuntamente, el artículo 201 de la CP, prescribe que, poseen inmunidad y prerrogativas que los congresistas

“Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros”.

Dentro de las proscripciones que poseen los integrantes de este tribunal, se encuentra la imposibilidad de ser elegidos miembros del Congreso, esta restricción posee una excepción, si renuncian seis meses antes de las elecciones. Del mismo modo, pueden ser acusados, pero solo por la Comisión Permanente, en caso de infracción constitucional, delitos en ejercicio de sus funciones e incluso cinco años posteriores al cese de sus labores.

2.2.1.5. Control de Constitucionalidad

Los controles básicos y primigenios a nivel jurisdiccional que implican la defensa de la Constitución, provinieron, uno del modelo americano “el judicial review” y el otro del sistema europeo “el control concentrado” ambos con sus características propias.

Como se mencionó, no es correcto prescribir un Control de la Constitución, sino de las acciones que pretenden vulnerar la misma, a ello se le llama control de constitucionalidad, el mismo que según Manrique Zegarra (2004) puede ser comprendido desde una concepción amplia y otra restringida. En la primera de ellas, no es necesario poseer cargo de servidor público, por lo que se realiza mediante mecanismos sociales, políticos, institucionales, y demás que tengan por objeto la

defensa de las libertades fundamentales.

Este Control forma parte del control judicial, si es que se comprende desde la concepción restringida, visto de otra forma, implica funciones políticas, jurídicas y sociales.

La segunda forma de concepción la poseen los órganos jurisdiccionales mediante los dispositivos que la misma norma prescribe, el control difuso y el control concentrado. Aunque algunos autores hablan de un sistema dual, Omar Sar, afirma que, no podríamos poseer un sistema dual como el que posee el modelo europeo pues, por ejemplo, no tiene facultades similares, como instar una cuestión de confianza en el caso del amparo.

Como afirma el jurista García Belaunde (1999), inicialmente Perú, obtuvo el control recaído en el Poder Judicial, ratificado por la actual Constitución Política del 1993, más tarde se instauraría el control concentrado, configurándose ambos sistemas coexistentes en nuestro ordenamiento.

Lo cierto es que, para poder hablar de una “mixtura” el *iter* de ambos procesos debería utilizarse de una forma híbrida, o compartir características; lo concreto es que, ambos controles son autónomos, existe independencia en sus elementos procesales, y sobretodo por que como afirma Bolaños, están delegados en organismos distintos.

El Sistema dual contiene ambos mecanismos, los cuales según Amaya (2015) consisten en que:

“Los integrantes del Poder Judicial, de manera difusa, poseen la capacidad del control de constitucionalidad de las leyes; al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional conoce en última instancia de todas las acciones de garantía (hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción de cumplimiento), de la acción de inconstitucionalidad de las leyes (control abstracto) y del conocimiento de los conflictos de competencia o de atribuciones, entre determinados órganos del Estado”. (Amaya, 2015, p.160)

Sin embargo, cabe cuestionarse por qué la confusión con un sistema mixto, similar al de Europa, para ello Amaya (2015) también, advierte:

“mixtos”, son aquellos que mezclan las características de los modelos de control que hemos revisado en el siglo 21, con independencia de cuál modelo prevalezca. Así, por ejemplo, veremos que la justicia constitucional desarrollada en América Latina es una de las más variadas del mundo, y que cada país ha diseñado su propio sistema, siguiendo los parámetros de los modelos descritos oportunamente”. (Amaya, 2015, p.164)

Sin embargo, cabe cuestionarse por qué la confusión con un sistema mixto, similar al de Europa, para ello Amaya (2015) también, advierte:

“mixtos”, son aquellos que mezclan las características de los modelos de control que hemos revisado en el siglo 21, con independencia de cuál modelo prevalezca. Así, por ejemplo, veremos que la justicia constitucional desarrollada en América Latina es una de las más variadas del mundo, y que cada país ha diseñado su propio sistema, siguiendo los parámetros de los modelos descritos oportunamente”.
(Amaya, 2015, p.164)

2.2.1.6. Control Difuso

El control difuso se contempla en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley N° 28237, el cual al ser una disposición convexa, dicho artículo debe ser aplicado teniendo en cuenta el artículo 138 de la Constitución, cuál dice lo siguiente: Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: Control Difuso e Interpretación Constitucional: Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

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.

Ticse (2015), nos refiere que: “El control difuso, también conocido como modelo americano, es un sistema de control jurisdiccional, por medio del cual todos los jueces tienen la potestad de inaplicar la ley cuando resulte inconstitucional, lo reconoce nuestra constitución en su artículo 138°, se trata de una competencia del poder judicial bien articulada”. (p. 96).

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. En ese mismo orden de ideas Gutiérrez (2013) señala: En la aplicación del control difuso se debe considerar el principio de supremacía de la constitución, del cual deriva su fuerza normativa; y los principios de interpretación constitucional, que permita una interpretación de normas conforme a los postulados de la constitución. (p.30)

Asimismo Landa (2010), abordando este tema señala como antecedente que: En el año 1930 se formó una comisión para reformar la Constitución de 1920, la comisión Villarán, y en ella se invocó por primera vez la incorporación del control difuso judicial, para que los jueces del Perú pudieran tener facultades de inaplicar leyes que contravengan con la constitución, los votos fueron mayoritarios, por una concepción tradicional y conservadora, de que el control difuso podría generar caos o inseguridad jurídica, porque cualquier juez podría inaplicar leyes

constitucionales dejando de lado el respeto de la legalidad constitución, pero con el tiempo se demostraría que es una facultad bien articulada del estado.

(p.56)

La jurisprudencia, precisa en el EXP. N. ° 1680-2005-PA/TC explica “es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la constitución. (p.96)

De esta manera el autor Landa (2010) señala que “en nuestro sistema jurídico, existe la exigencia de observar la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional, lo que constituye un elemento característico de un estado constitucional y democrático de derecho, que demanda que tanto los poderes públicos como los ciudadanos en general, se encuentren efectivamente vinculados a la constitución ya los criterios, orientaciones y principios interpretativos establecidos por los altos tribunales de justicia”.

Mediante sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (2005) recaída en el expediente 2502-2005-PHC/TC se prescribe que “El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preterir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado”.

Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos:

1. Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 30 de la Ley N.º 28237).
2. Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
3. Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Sub Capitulo II

2.2.2. Administración Pública

Mantener el Estado Constitucional implica el respeto por el principio de separación de poderes, teoría que ha evolucionado a una colaboración entre las funciones del Estado. La Administración Pública, podría resumirse en dos palabras, funciones y órganos, sin embargo, quedaría escueto su significado. Y es que intentar definirlo ha sido un gran debate desde los primeros indicios de Derecho.

Es por ello que, primigeniamente se le entendía como aquella organización estatal, que únicamente recaía en el poder ejecutivo, por ser el ente que delega las funciones para ordenar un Estado, sin embargo, con el paso del tiempo, el concepto recibió diferentes variaciones, según la teoría, dimensión, o criterios adoptados. Son tres las concepciones mayormente adoptadas en la historia del Derecho, la organización, la doctrina moderna y la teoría contemporánea, cada una de ellas con su especial concepción sobre la función y el órgano.

Con los primeros conceptos de Administración Pública, hasta antes del siglo XIX, se entendía que esta no era más que la organización de funciones y sujetos para administrar un Estado, de este modo, no era necesario determinar su dependencia, el contenido, ni las funciones de la misma. Pues solo contenía dos dimensiones; una subjetiva y otra funcional.

Dentro de la dimensión subjetiva, el tenor de la Administración Pública recae en los órganos del Estado, estos son los servidores públicos como sujetos que desarrollan dicha actividad, pues según Merkl (2004):

“Son las funciones del conjunto de organismos y entidades que se rigen por relaciones de dependencia y que se traducen en el derecho que tiene el órgano superior de dar instrucciones y en el deber de obedecerlas del órgano inferior. Se trata de una doctrina enfocada en una relación “órgano-función”. (citado por Ivanegra, 2005, p.31)

Mientras que, para el criterio objetivo, serán las funciones que desempeñan los órganos el objeto de la Administración, como afirma Ivanegra: “Debe ser calificada según su contenido como función administrativa, sin tener en cuenta el órgano que las ejerce, de ahí que se reconozca que puede ser ejercida incluso por otras ramas del poder público”. (Ivanegra, 2005, p. 32).

Sin embargo, Marienhoff, crítica ambas teorías señalando que, en ninguno de los casos se podría entender por completo la Administración Pública, en tanto, no existe un criterio único para entender a la función o al órgano; a ello le agrega que, no precisa la función principal de esta actividad, el cual se resume en la satisfacción del interés para los ciudadanos mediante una función administrativa al público general. Es por ello, que nace la teoría mixta, la cual mezcla las tres teorías mencionadas, mediante el cual:

“La función que realiza la administración no tiene un contenido único como otras funciones que realiza el Estado y, en esta medida, puede consistir tanto en la expedición de una norma jurídica de contenido general, como en una actividad prestacional, o en la decisión de casos individuales”. (Gordillo, p. XI)

2.2.2.1. Organos Entes y Entidades Públicas

El Estado se compone de elementos abstractos y materiales que permiten la materialización de la voluntad jurídica del mismo, mediante sus instituciones y estos a su vez mediante los servidores públicos. Sin embargo, debe detallarse cuál es el límite entre estos elementos para poder atribuir competencias, o imputar actos.

El órgano administrativo puede ser entendido en un sentido amplio y otro residual, dentro de la primera concepción contiene todas las competencias y funciones que la norma orgánica le permite, las cuales necesitan de material humano para poder ser ejercidas. En esta primera concepción, se puede diferenciar dos sub elementos del órgano administrativo: jurídico entendido como las competencias, prerrogativas y proscripciones que le otorga la ley; y el segundo el elemento físico, la persona natural.

En la segunda teoría se entiende la suma de ambos sub elementos, pero no como parte de un mismo órgano, sino como elementos indivisibles, no cabiendo la posibilidad de imputar actos al órgano físico, o

diferenciándolo con el elemento jurídico, esta teoría comprende que, tanto el cargo como el hombre al tener un mismo propósito y objetivo, serán lo mismo.

Para la pesquisa se asume la primera teoría en tanto, da lugar a diversas construcciones jurídicas como la división de funciones, la imputación y reproche de conductas, y la inmunidad por actos en función del cargo. Este último criterio se ve claramente aplicado en la Constitución Política, específicamente en el artículo 93, prescribe que los miembros del Tribunal Constitucional no pueden ser reprochados por la emisión de sus votos al momento de resolver, se aprecia la aceptación de la primera teoría antes mencionada.

En consecuencia, se puede hablar de dos voluntades distintas, las cuales pueden ser reprochadas, según la persona según las prerrogativas funcionales, y la orgánica, aquella que, se desenvuelve mediante las competencias que propone el Estado.

Por otro lado, los entes públicos se caracterizan por poseer una personalidad jurídica propia, independientemente de los órganos quienes ejecutan las funciones asignadas a los entes; asimismo se les reconoce una porción de recursos mediante tributos, que comúnmente le pertenecen al presupuesto general, porque el patrimonio que posea el ente pertenece al Estado.

Respecto de su ordenamiento interno, un ente administrativo tiene la capacidad de imponer su forma de administración propia, por lo que se le otorga la facultad de control y sanción, esto será así mientras medie el fin público primordial y que su administración implica una dependencia y coordinación con el órgano inmediato; ello no implica que el ente no posea control sobre sus acciones de fin público, pues, poseen control de actos, designación de material humano, inversión y presupuesto.

Finalmente es necesario precisar que, no todo ente público es estatal, ello lo explica el jurista Gordillo (2013) quien advertía lo siguiente:

“Existen (...) personas colectivas que indudablemente no son estatales, que no pertenecen a la colectividad ni integran la administración pública, sea porque el legislador las creó con este carácter, sea porque su propia naturaleza resulta incompatible con la calidad estatal. No obstante, dichas instituciones, en todo o en parte, se regulan por normas de derecho público” (Gordillo, 2013, p. XIV)

Finalmente, las entidades públicas, son las que únicamente poseen carácter estatal y por ello se le aplica normas de derecho público, pueden ser de dos tipos, eminentemente administrativas o comercio industrial. Respecto del primer se divide a su vez en dos clases, las entidades públicas autárquicas y especiales, se diferencian en que estos últimos no poseen competencia, ni capacidad de decisión.

Dentro del segundo tipo, aquellas que realizan actividad comercial o industrial, se le atribuye a la teoría del Estado moderno, se encuentran bajo la aplicación de normas públicas y privadas, pues son aquellas públicas que realizan actividad privada. Comúnmente llamadas empresas del Estado.

2..2.2.2. Jurisdicción Administrativa

La jurisdicción, entendida como el poder de administrar justicia en un ámbito determinado no ha tenido mayores problemas en el sistema judicial, sin embargo, en la vía administrativa nació y evolucionó como parte de un debate no solo de la doctrina sino también de la normatividad. Pues inicialmente, cierta jurisdicción debería estar ligada únicamente al poder soberano para la resolución de controversias, poseyendo una característica muy importante la cual es su capacidad de coacción y relación directa con el Estado.

Sin embargo, Retortillo (2005) contradice dichas afirmaciones: “el nacimiento de la jurisdicción administrativa a la Revolución Francesa, como si fuera una operación quirúrgica que creó un derecho nuevo y no la obra decantada de un largo proceso histórico”.(p. 06)

Establece que, Rousseau prescribió que en sus orígenes, la revolución francesa se intentaba instaurar una normatividad que yuxtaponga el poder de gobernar por sobre las leyes. Más adelante con el fin de los paradigmas absolutistas se dio el paso a la limitación legal, lo que implicaba reducir los efectos de la norma para sobreponer las decisiones de gobierno.

En el siglo XIX nace la transición de la justicia retenida a la justicia delegada mediante el cual la justicia administrativa se hace imperativa y se vuelve menester para el Estado la protección de los administrados, por lo que la jurisdicción administrativa, empieza a concebirse como una vía independiente al poder judicial, en el Perú no se aplica del todo, en tanto el contencioso administrativo José las vías para llegar al poder judicial, aunque algunos autores que inclusive en el contencioso administrativo no existe una injerencia total de la jurisdicción administrativa. Es por ello que la jurisdicción administrativa posee diferentes sistemas que caracterizan la concepción asumida por su estado.

En el sistema de jurisdicción judicial, no existe mayor diferencia entre una jurisdicción administrativa y la que ejerce el poder judicial, no existe jurisdicción administrativa. En tanto seguía por la teoría anglosajona del sistema Common Law en la cual únicamente los jueces deben resolver las controversias entre los particulares, los administrados y el estado.

En la teoría de la doble jurisdicción existe la creación de diferentes instituciones con capacidad jurisdiccional especializada, en el mismo que sus funciones estarán guiadas únicamente por la propia administración pues poseen capacidad de decisión y coacción al igual que el sistema judicial, con la diferencia de su limitación a la sede administrativa.

Finalmente, el sistema de justicia repartida implica un sistema mixto en la cual el poder de resolver controversias entre particulares administrados y el Estado sí encuentra compartida por el sistema judicial del sistema administrativo mediante sus órganos como lo son los jueces comunes y los jueces administrativos en este sistema tenemos a países como México Italia y Colombia.

2.2.2.3. Principios Constitucionales

La administración pública contiene implícitamente los principios constitucionales en nuestra carta fundamental, en tanto en mayor amplitud que las normas de derecho constitucional y pueden ser aplicadas a casos concretos mediante las normas de derecho administrativo, por ejemplo, no se le puede negar la posibilidad del contradictorio a las partes de un conflicto de intereses, o de otro modo debe respetarse los derechos inherentes a la persona humana.

Los principios constitucionales regulan la base de la sociedad y las actuaciones del Estado poseen un contenido en la defensa de los derechos inherentes, el mantenimiento de los pesos y contrapesos acción política de Estado, y permite mantener la institucionalidad del mismo.

2.2.2.4. Justicia Administrativa

La justicia administrativa obedece al origen mismo del nacimiento de la impartición de derechos administrativos, aunque algunos autores como Cassagne consideren que existe una relación histórica entre el derecho Constitucional, otros autores como Toqueville, atribuyen el nacimiento de esta institución jurídica a un momento específico de la trascendencia jurídica, la Revolución Francesa. Contrario a la postura mencionada anteriormente, Cassagne, sostiene que, no es posible que la justicia administrativa provenga producto de la revolución, o por lo menos, no solo de ella.

En otras palabras, la justicia administrativa nace por el conjunto de esfuerzos de toda la historia jurídica por impartir equilibrio de derechos en la rama del derecho administrativo, desde la concepción de la administración pública y la división de funciones, órganos e instituciones. Por lo tanto, afirma Cassagne, la justicia administrativa no puede ser asumida como una invención inmediata de un momento histórico, sino como una “obra decantada de un largo proceso histórico.” (Cassagne, p.11)

Este desarrollo inicia en Francia, en donde se encuentran los primeros vestigios de una organización estructural de la administración pública, en donde ya existe la atribución de poderes judiciales, apartados del poder judicial, esto es la jurisdicción administrativa para la solución de controversias entre los diferentes órdenes del Estado y terceros, nacen en

esta etapa “Los Intendentes y el Consejo Rey”. (Cassagne, p.11). Más tarde en 1799 la creación del “Consejo de Prefecturas”.

La Ferriere (1986) destaca una característica singular en el nacimiento de esta jurisdicción, pues, si bien la justicia administrativa necesita de un equilibrio de poderes con un sistema de pesos y contra pesos que garanticen la correcta defensa de los derechos de los administrados, ello no fue un impedimento para que esta importante figura naciera bajo el manto de una monarquía.

Lo antes mencionado demuestra que, la justicia administrativa siempre se crea o renueva bajo los principios impuestos por la sociedad, pero siempre será necesaria, aunque se encaje en los parámetros que el Estado considere justos y no por principios absolutos, aunque así debería.

Una vez identificado el origen de la justicia administrativa, corresponde definir el concepto, esta institución se encuentra conformada por dos términos amplios, la justicia, el cual es un principio absoluto que está representado por muchas definiciones, sin embargo, para nuestra materia será entendida por la aplicación razonada de distintos preceptos jurídicos para la resolución de una controversia que posee equivalente decisión en hecho y derecho, en otras palabras resolver una situación en disputa justamente.

Este principio debe ser aplicado por los diferentes órganos de la estructura estatal, por lo que, posee ejercicio en los diferentes niveles o poderes. De este modo, Quiroga (2014) sostuvo que la justicia administrativa puede entenderse desde dos concepciones, la primera realizada al interior de cualquier institución, siempre que implique un proceso administrativo, en donde puede o no existir controversia, y la justicia administrativa propiamente dicha, la misma que, será aplicada por órganos de la administración pública capaces de imponer sanciones y admitir trámite probatorio, entre otros indicios de proceso administrativo. Para la presente investigación se utilizará el segundo concepto, por su capacidad restrictiva.

De este modo, la administración pública, ente rector de la justicia administrativa, tiene como característica particular la posibilidad de ser revisados en sede judicial, por lo que, se podría advertir una justicia parcial en el reconocimiento de derechos, sin embargo, no la justicia administrativa propiamente dicha obtiene su agotamiento en el mismo proceso, pues implica la utilización de una única rama del derecho, instrumentos sustantivos y adjetivos.

Para Fix Zamudio, no es sencillo esclarecer el contenido de la Justicia Administrativa, ya que existe una confusión con otras figuras de la misma rama, por ejemplo, con la jurisdicción y competencia administrativa. Sin embargo, ninguno de estos términos es uniformes, por el contenido de los mismos.

Sub Capitulo III

2.2.3. Control Difuso Administrativo

2.2.3.1. Control Constitucional En Materia Administrativa

El Control constitucional referido a la protección de los preceptos constitucionales, principios de interpretación y toda axiología desprendida de la misma, por sobre las actuaciones que pretendan vulnerar su contenido, no posee ramas del Derecho exentas de la misma, de esta forma, con la finalidad de perfeccionar este control se creó el Tribunal Constitucional originalmente Tribunal de Garantías Constitucional en 1979.

Sin embargo, la creación de esta institución no implica que se hayan creado las primeras garantías de control constitucional, pues, como ya se ha precisado en esta investigación, la primera carta magna que instaura una suerte de control constitucional fue la de 1856, según Bernales (2019) la misma que disponía la nulidad de cualquier ley que intente oponerse a la Constitución, específicamente en su artículo 10.

La finalidad del denominado control abstracto de constitucionalidad es conseguir que todos los actos normativos y administrativos de carácter general guarden armonía con los postulados impresos por la Constitución; su principal objetivo no es otro que el de garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y evitar que las disposiciones emitidas por el órgano legislativo o por cualquier autoridad pública con potestad normativa lleguen a contradecir lo expresado en el texto constitucional,

correspondiendo ejercer dicho control a la Corte Constitucional, bajo un sistema de control concentrado de constitucionalidad.

Con la dación de los nuevos controles y la instauración del tipo de convencionalidad, en el auge del neoconstitucionalismo, cabía preguntarse las potestades y prerrogativas sobre dichos mecanismos en materia administrativa, y es que la distinción debe a las singulares cualidades que posee la formación del derecho administrativo, y las diferencias entre las demás ramas del Derecho, sobre todo por los cerrojos recaídos en el TUO de la Ley 27 444 “Ley del Procedimiento Administrativo General”, la cual genera dudas para delimitar la actuación de los entes administrativos en materia constitucional.

De este modo, nace la duda de la aplicación del control difuso en sede administrativa, en tanto, la posibilidad de que prevalezca la norma magna por sobre una norma de menor valor, frente a un conflicto entre ambas, puede ser aplicado por cualquier órgano competente en materia constitucional, y sus efectos solo serán aplicados al caso concreto, más no existirá un cambio en la norma, como podría darse con la acción de inconstitucionalidad. Empero, el Tribunal dispuso la posibilidad de que algunos integrantes de la propia Administración apliquen el control difuso de la constitucionalidad de sus actos, aunque para algunos autores esta decisión es falible en tanto, no cabe la dicha posibilidad en el ordenamiento administrativo, sin embargo, en aquel momento para el supremo, esta era una exigencia para el deber que deriva de la prevalencia de la supremacía.

2.2.3.2. Control Difuso Administrativo

Aunque a la jurisprudencia aún no había llegado el problema de la aplicación del control difuso en esta sede, para la doctrina ya era un tema resuelto, en tanto, algunos autores se habían planteado sus propias soluciones, dentro de los cuales, se encontraba el Dr. Bullard Gónzales, reconocido doctrinario perteneciente a la corriente de los Chicago Boys, quien como miembro de la Sala de Defensa de la Competencia, en aquel momento como servidor de INDECOPI, resolvió como voto singular que todo Tribunal Administrativo tiene la posibilidad implícita de aplicar este mecanismo en sede administrativa.

Los fundamentos recaídos en la Resolución 0259-2001/TDCINDECOPI, se resumen en la labor que desempeñaban los miembros de la Sala, y la semejanza que tienen con la labor de los jueces con jurisdicción quienes sí podían aplicar control difuso, del mismo modo, en este procedimiento concursal prescribió que la labor de resolver implica neutralidad, e imparcialidad, asimismo la sujeción de resolver los procedimientos concursales con arreglo a todo el ordenamiento, siendo imposible menoscabar los preceptos constitucionales y violar la carta fundamental.

Esta resolución fue emitida en el año 2001, y la doctrina interpretó dicho voto en minoría como una posibilidad de replantear las facultades en materia constitucional respecto de los procedimientos administrativos. Por otro lado, algunos autores negaron dicha interpretación, en tanto, las

normas de la administración prohíben realizar actos que no estén prescritos taxativamente en sus normas.

Es por ello que, en el año 2005, el Tribunal constitucional expidió la sentencia recaída en el expediente N° 03741-2004 AA/TC, disponiendo que: “todo tribunal u órganocolegiado de la Administración pública tiene la potestad y la obligación de anteponer la Constitución e inaplicar una disposición legal que la trasgrede expresamente, por la forma o por el fondo, todo ello dentro de los alcances de los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución”. Sin embargo, esta prerrogativa también disponía condiciones para su aplicación, la primera de ellas era que, sería posible siempre que, sea necesaria su aplicación porque no sea posible la interpretación de la norma de menor rango con acuerdo de los preceptos constitucionales.

Asimismo, prescribe el jurista Lozano:

“Declaró que procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el TC, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, o cuando la aplicación de una disposición contraría un precedente vinculante del TC señalado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”. (Lozano, 2019)

Por ello se analizará la primera sentencia vinculante que, permite la instauración del control difuso en sede administrativa.

2.2.3.3.

Análisis De La Sentencia Vinculante Del Expediente 3741-2004 AA/TC

La sentencia denominada Salazar Yarlenque, muy conocida por contener abundante doctrina jurisprudencial, prescribió entre otros preceptos vinculantes, la decisión del tribunal de permitir la aplicación del control difuso en sede administrativa, aunque esta sentencia ha sido muy criticada por poner en riesgo la dualidad de la protección constitucional, y el principio de división de poderes, lo cierto es que, es la primera sentencia emitida por el Supremo Tribunal que otorga potestad a la administración pública de ejercer control difuso.

Tras alegar la vulneración de los derechos del debido proceso como el derecho de petición y el derecho de defensa, el señor Ramón Salazar Yarlenque interpuso un recurso de agravio constitucional en contra de la Municipalidad de Surquillo, en tanto solicitaba la exoneración del pago por derecho a impugnación (S/.15) por concepto de tasa.

En los antecedentes de esta sentencia, se prescribió que dicha demanda fue declarada infundada por el poder judicial tanto en la primera como en la segunda instancia, el principal fundamento de esta decisión era la norma recaída en el TUPA de la entidad emplazada, en tanto esta establecía el pago por dicho monto para poder efectuar su derecho a impugnar.

Sin embargo, el demandante llegó hasta la instancia del supremo tribunal, en el año 2005, para que se realizaría un control constitucional respecto de las normas de menor jerarquía. De este modo, la sentencia recaída en este expediente bajo análisis, prescribió la posibilidad otorgada a todo tribunal, incluso órganos

colegiados de la administración pública, de aplicar un control de constitucionalidad sobre preferir los preceptos constitucionales con la finalidad de inaplicar preceptos infra constitucionales que se encuentren vulnerando la norma fundamental, ya sea por la forma o por el fondo, ello de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la carta magna.

De este modo se prescribió por primera vez con rango constitucional, la facultad de aplicar control difuso, aunque no se encontraba dicha prerrogativa prescrita en la Constitución.

Sin embargo, el tribunal constitucional prescribió algunos parámetros para dicha aplicación. Reafirmando que todos los jueces tanto ordinarios como constitucionales tienen la potestad de inobservar las normas infra constitucionales con la finalidad de salvaguardar la supremacía constitucional para verificar la conformidad de los valores superiores y los derechos fundamentales que la Constitución protege.

Su principal fundamento se resume en que, la legitimidad de los actos en la administración pública posee una total influencia de los efectos de la Constitución, los cuales no pueden ser inobservados. Pese a que el artículo 138 de la Constitución prescribe que es potestad de los jueces ejercer el control difuso el tribunal constitucional mediante este expediente precisó que no se ha establecido una regla exclusiva para el proceso judicial, y que la Constitución no puede ser interpretada de forma taxativa o literal, sino que, debe ser interpretada conforme al principio de unidad de la Constitución, con arreglo de la supremacía constitucional.

Finalmente, esta decisión rompe con la línea jurisprudencial que había sostenido el supremo tribunal en tanto ya se había sentenciado sobre la inaplicación administrativa para salvaguardar la supremacía constitucional administrativa, siendo que los principales fundamentos del tribunal fueron la interpretación del artículo 138 de la norma que no proscribe la actividad constitucional en sede administrativa.

2.2.3.4. Posturas

Como ya se ha esbozado anteriormente, parte de la doctrina no acogió la interpretación que realizó el tribunal sobre la potestad otorgada la administración pública de realizar control difuso. Las posturas detractoras se resumen en tres principales teorías, la primera de ellas recae sobre los principios básicos del Estado, la segunda sobre el control dual o mixto de la jurisdicción constitucional y, la tercera se remite a la pragmática, y analiza la labor de la administración pública aplicando el control difuso. Como uno de los primeros autores tenemos a Castillo – Córdova (2006) quienes sustentan que se quebrantó el status quo entre la democracia y el constitucionalismo, porque la labor del control constitucional debe ser aplicado únicamente por los jueces con jurisdicción, ya que la labor del juez no solamente destaca por la imparcialidad o la potestad de asumir una decisión, sino por el poder o la autoridad que tiene el magistrado para aplicar la ley e interpretar las normas con arreglo a la Constitución. Del otro lado sólo se encontraría el tribunal constitucional supremo interprete de la carta fundamental.

El siguiente fundamento recae sobre que el control mixto o dual de la jurisdicción constitucional, pues reserva dicha aplicación para el tribunal o el poder judicial esto taxativamente prescrito en el artículo 138 y 201 de la Constitución, por lo que no se puede interpretar sobre preceptos claros, en tanto se generaría ambigüedad sobre la norma.

Finalmente se analizó las sentencias emitidas durante el tiempo que el tribunal constitucional permitió la aplicación del control difuso sé administrativa, llegando a la conclusión de que se realizó incorrectamente pues solo se ejercía un control de legalidad más no un control difuso propiamente dicho.

2.2.3.5. Eliminación Del Control Difuso Sentencia Expediente 04293-2012 PA/TC

Como es conocido en el año 2012 se metió la sentencia recaída en el expediente 04293- PA/TC la cual no contiene un nuevo presidente en el cual prohíbe la aplicación del control difuso sin embargo si deja sin efecto el presidente vinculante que lo permitía. Aunque para algunos autores como XXX la situación seguiría siendo ambigua, retomando el estado de las cosas a la decisión Salazar Yarlénque.

Esta decisión nace a raíz de la demanda por supuesta vulneración del principio de igualdad durante la aplicación de una norma a un proceso de licitación pública. El recurso de amparo interpuesto por la persona jurídica consorcio Requena en contra del órgano supervisor de contrataciones del Estado (OSCE).

En esta sentencia el tribunal constitucional esboza tres fundamentos importantes por los cuales se debe dejar sin efecto el presidente vinculante que permitía la aplicación del control difuso en sede administrativa. Dentro de los cuales se encuentran la vulneración al principio del sistema dualista de protección a la jurisdicción constitucional, Los vacíos que condujo el presidente vinculante sobre los procedimientos de consulta para la aplicación de este control constitucional en sede administrativa, Y finalmente la potestad jurisdiccional que exige el artículo 138 para la aplicación de este control.

Sobre el primer fundamento nuestro sistema de protección de la jurisdicción constitucional ostenta un sistema de control dual, aunque algunos autores afirman que es un sistema mixto en realidad, no existe hibridación, pues no hay una mezcla entre el control concentrado y el control difuso, pues ambos controles poseen sus procesos y características particulares. Sin embargo, permitir que los tribunales de la administración pública puedan aplicar este control afectaría el principio de separación de poderes, pues la administración pública pertenece al Poder Ejecutivo y la emisión de presentes vinculantes pertenece al Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, no siendo correcto que el poder ejecutivo cuestione una ley pues solo debería acatarla.

Sobre el segundo fundamento existieron vacíos legales al permitir ubicación de dicho control por parte de los tribunales administrativos, ya que no se prescribió un procedimiento de consulta para cuestionar el ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos.

Finalmente, sobre el último punto, el precedente vinculante estaría vulnerando la constitución específicamente en el artículo 138, ya que los tribunales no poseen jurisdicción, no forman parte del Poder judicial por lo tanto no pueden ejercer este control, empero, si existe la posibilidad de la revisión de las resoluciones del tribunal administrativo en sede judicial y deberá ser esta quien realice un control difuso y declaren la inaplicación de la norma por vulnerar preceptos constitucionales.

De este modo la sentencia no contuvo un nuevo precedente vinculante, únicamente dejó sin efecto lo establecido en el caso Salazar Yarlenque, pero, de una forma u otra prohibió su aplicación administrativa.

2.2.3.6. Diferenciar el estado legal de derecho con el estado constitucional de derecho.

Como primer punto de partida se debe entender el significado de estado, para el fácil entendimiento de estado legal y estado constitucional de derecho. La palabra Estado es la forma de organización política y social que tiene un país, junto con sus instituciones de gobierno, como sus funcionarios, sus leyes, su área geográfica y su identidad. Es por ello que los principales elementos del estado, se versan en los siguientes puntos: Población, se basa en el número de habitantes que tiene este, por ende, que ningún estado puede ser como tal sin personas que lo integren. Territorio, todo estado tiene una masa de tierra en donde gobierna no solo las normas jurídicas de este sino también la soberanía y control. Gobierno, donde este cuenta con las instituciones idóneas para organizar a la sociedad como el Poder Judicial, Ministerio Público, Defensor del Pueblo, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, etc. Nación, en la cual es un “conjunto grande de personas unidas por una cultura común

y que viven bajo un mismo gobierno, idealmente el de un Estado soberano” (Banco Central de Reserva del Peru , 2019)

Entrando de lleno al tema ventral luego de definir que es el estado, compete y se entiende por “Estado legal se basa en el principio de legalidad, por el que todo acto del poder solo puede hacer lo determinado en la ley y todo acto privado es permitido en tanto no esté prohibido” (Avila Santamaria , 2016). Conocido también en la doctrina como estado de derecho se configura como un sistema en el cual el Estado, sus instituciones y los ciudadanos se someten al principio de legalidad. Bajo este concepto, el poder público se estructura y limita mediante normas preestablecidas que garantizan la igualdad ante la ley y la protección de los derechos individuales. Este modelo enfatiza la legalidad como un mecanismo para prevenir la arbitrariedad en el ejercicio del poder. En tal sentido, el Estado de Derecho peruano reconoce la primacía de la ley, donde las actuaciones estatales y de los particulares deben ajustarse a las disposiciones legales. Además, asegura la separación de poderes entre el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, impidiendo la concentración de poder y fortaleciendo el sistema de seguridad jurídica, que garantiza normas claras, estables y aplicables de manera uniforme.

Por otro lado, el Estado Constitucional de Derecho “ (...) se basa en que los actos públicos y privados están sometidos a la Constitución, incluso la ley” (Avila Santamaria , 2016), bajo esa lógica se erige como una evolución del Estado de Derecho, en la que la Constitución ocupa el rol de norma suprema y se convierte en el pilar del ordenamiento jurídico. Bajo este modelo, la Constitución no solo regula la estructura y funciones del

Estado, sino que también consagra derechos fundamentales que limitan y orientan la actuación de los órganos de poder. De este modo, el Tribunal Constitucional adquiere un papel central en el sistema, pues garantiza la conformidad de las normas y actos del Estado con el texto constitucional. En este esquema, se reconoce la supremacía constitucional, lo cual implica que la Constitución tiene primacía jerárquica y que toda norma infra constitucional debe alinearse a sus principios. Asimismo, el Estado Constitucional establece el control constitucional mediante mecanismos de revisión judicial y administrativa, velando por la adecuación de las normas con la Constitución. Este modelo también destaca por la protección reforzada de los derechos fundamentales, de modo que estos no puedan ser restringidos o suprimidos por leyes ordinarias, y prioriza valores superiores como la justicia, la dignidad humana y la democracia.

2.2.3.7. Sobre el procedimiento administrativo

2.2.3.7.1. La nulidad en el derecho administrativo

Se basa en la invalidez de un acto administrativo cuando este presenta ciertas características como: Vicios graves, no cumple los requisitos de forma o es dictado por un órgano ajeno al procedimiento administrativo. Es por ello que la ley 27444 contempla y nos da los requisitos en su artículo 10 de cuando estos actos pueden sufrir la nulidad:

“1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14. 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos,

documentación o tramites esenciales para su adquisición. 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma” (LA LEY N° 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, 2001)

Es por ello, la nulidad de un acto administrativo implica que dicho acto es inválido desde su emisión, produciendo efectos retroactivos, es decir, *ex tunc*. Esto significa que el acto viciado se considera jurídicamente inexistente, como si nunca hubiese sido dictado y, por ende, carece de efectos legales en el ordenamiento jurídico.

La administración está obligada a declarar de oficio la nulidad de aquellos actos que incurran en las causales establecidas por la normativa, garantizando de este modo el principio de legalidad en sus actuaciones. Sin embargo, esta declaración de nulidad también puede ser solicitada por los administrados, quienes tienen el derecho de cuestionar la validez de actos que consideren lesivos o carentes de sustento jurídico.

2.2.3.7.2. El principio de legalidad en el procedimiento administrativo

El principio de legalidad constituye un eje central en el procedimiento administrativo peruano, garantizando que toda actuación de la administración pública se desarrolle bajo el amparo de la normativa vigente. Este principio exige que las entidades estatales ajusten sus actos a la Constitución, la ley y demás disposiciones normativas, evitando así cualquier ejercicio arbitrario del poder público. La Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece este principio como una garantía esencial para los administrados, en que el Estado solo actuará dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

En ese contexto, las entidades administrativas están vinculadas estrictamente a las competencias que la ley les ha atribuido, sin posibilidad de sobrepasarlas o desviarse de ellas. En consecuencia, cualquier acto administrativo que carezca de respaldo normativo o que exceda las competencias otorgadas podría ser declarado nulo o anulable. De esta forma, el principio de legalidad asegura que el ejercicio del poder estatal esté limitado a lo permitido por el ordenamiento, protegiendo los derechos y la seguridad jurídica de los ciudadanos frente a posibles abusos o irregularidades. Por otra parte, deben ser objetivas y respetar el marco legal vigente. La administración pública, por lo tanto, no puede intervenir en materias fuera de su ámbito competencial ni emitir resoluciones sin la debida base normativa. Si se vulnera este principio, los administrados tienen derecho a impugnar los actos en cuestión, quedando sujetos a revisión por las instancias superiores.

Como fin el principio de legalidad cumple una función protectora al otorgar a los administrados la posibilidad de exigir que las decisiones de la administración estén respaldadas por normas claras, estables y previsibles. Este marco de legalidad fomenta la transparencia y refuerza la confianza en la administración, permitiendo a los ciudadanos prever las consecuencias legales de sus acciones y decisiones, con lo cual se fortalece el Estado de Derecho.

Asimismo, el principio de legalidad interactúa y se armoniza con otros principios fundamentales consagrados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, tales como el principio de debido procedimiento, el principio de razonabilidad y el principio de imparcialidad. Estos principios complementarios aseguran que los actos administrativos no solo sean conformes a la ley, sino también equitativos, razonables y

justos. La administración pública, en consecuencia, debe actuar conforme a la normativa y respetar un equilibrio entre los intereses del Estado y los derechos de los administrados.

2.2.3.7.3. Recursos en el proceso administrativo (Ley 27444)

Los recursos administrativos se presentan como mecanismos de impugnación que la normativa otorga a los administrados para cuestionar las decisiones emitidas por las entidades públicas. Estos recursos, regulados en la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N.º 27444), permiten a los administrados solicitar la revisión de resoluciones que estiman lesivas para sus derechos o intereses legítimos. La finalidad de estos medios de impugnación es garantizar el respeto a la legalidad de los actos administrativos y salvaguardar los derechos del administrado sin necesidad de acudir, en principio, a la vía judicial.

Es por ello que la ley 27444 que contempla el procedimiento administrativo general en su artículo 218 y se contempla 3 supuesto: Reconsideración, Apelación y Revisión.

Al hablar de la reconsideración el artículo 219 menciona lo siguiente:

“El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación” (LA LEY N° 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, 2001)

El segundo recurso es la apelación, estipulada en el articulado 220 en la cual comenta lo siguiente:

“El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico” (LA LEY N° 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, 2001)

Al hablar de la revisión a diferencias de los otros dos recursos mencionados en párrafos anteriores este se da de manera excepcional siempre y cuando una ley o un decreto legislativo dado por el gobierno central lo establezcan de manera expresa. Bajo este análisis el artículo 218 comenta lo siguiente: “(...) solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión”. (LA LEY N° 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, 2001)

2.2.3.8. El control de convencionalidad

El control de convencionalidad constituye un instrumento jurídico de gran relevancia dentro del sistema legal peruano, destinado a asegurar que las normas internas del Estado se ajusten a los tratados internacionales de derechos humanos que Perú ha ratificado. Este mecanismo tiene como objetivo fundamental que las leyes, actos y decisiones del Estado no contravengan los compromisos adquiridos en esos tratados, particularmente en lo que respecta a la protección de los derechos humanos.

“Internacional: el control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, CADH), disponiendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la vigencia de tal Convención y de otros instrumentos internacionales en este campo” (García Belaunde & Palomino Manchego, 2013)

“Interno: esta modalidad se despliega en sede nacional, y se encuentra a cargo de los magistrados locales. Consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos) (...)” (García Belaunde & Palomino Manchego, 2013)

Dicho control se fundamenta en el principio de que los tratados internacionales, especialmente aquellos vinculados con derechos humanos, tienen una jerarquía superior a las leyes nacionales, conforme a lo dispuesto en la Constitución Política del Perú. En este sentido, el artículo 55 de la Constitución establece que los tratados internacionales ratificados prevalecen sobre las leyes internas, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto por la Constitución. Esto implica que, en caso de conflicto entre una norma interna y un tratado internacional ratificado, debe prevalecer la interpretación que esté en concordancia con dicho tratado.

El control de convencionalidad no se limita a una función exclusiva de los tribunales superiores, sino que impone a todos los órganos jurisdiccionales la responsabilidad de interpretar las normas nacionales conforme a los estándares internacionales. Así, tanto los jueces como los tribunales peruanos deben revisar las normas y actos administrativos a la luz de los compromisos internacionales adquiridos por el país. Este principio tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que ha señalado que los jueces nacionales deben velar por la protección de los derechos humanos conforme a los estándares internacionales, incluso cuando ello implique la adaptación de las normas internas. En otras palabras, los jueces están obligados a interpretar las normas nacionales de forma que no contradigan las obligaciones internacionales, aun cuando esto requiera una modificación en la aplicación de las leyes internas.

El control de convencionalidad juega un rol fundamental en la defensa de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el Estado peruano cumpla con los compromisos internacionales en materia de derechos humanos. En este sentido, los jueces deben verificar si las leyes, actos administrativos o decisiones judiciales se ajustan a los tratados internacionales ratificados por el país. En caso de detectar una contradicción, el juez tiene el deber de aplicar el tratado internacional en lugar de la norma interna que sea incompatible. Además, este control contribuye al fortalecimiento del Estado de Derecho en el Perú, asegurando que las autoridades no vulneren los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales

como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros.

2.2.3.9. El trámite para llegar a la CIDH

Para presentar una denuncia hacia el CIDH, se debe de haber agotado toda los recuso judiciales en el país de procedencia. Todas las peticiones que se requieran presentar a la CIDH deben contener

“1. Datos de la presunta víctima y familiares. 2. Datos de la parte peticionaria (nombre, teléfono, dirección postal, correo electrónico). 3. Descripción completa y detallada de los hechos alegados y Estado que se considera responsable.4. Indicación de las autoridades estatales que se consideran responsables. Derechos que se consideran violados. 5. Respuesta de las autoridades estatales. En caso de ser posible, copias simples y legibles de los principales recursos interpuestos y decisiones judiciales internas. 6. Indicación si se ha presentado la petición ante otro organismo internacional” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014).

Luego de llenar todos los formatos que te da la misma corte esta es reciba y luego pasara a una revisión en la cual se evaluara y se cree conveniente seguirá el curso normal y si no se desestimaré.

Sub Capitulo IV

2.2.4. Marco aplicativo del control difuso administrativo

2.2.4.1. Sentencias en las que se aplicó Control Difuso:

Durante los ocho años que la administración pública pudo hacer uso del control difuso, han sido muy pocas las ocasiones en las cuales se ha podido evidenciar su aplicación, sin embargo, pese a ello en las sentencias que se analizarán a continuación no se logra evidenciar un correcto uso del control difuso. La primera de las resoluciones en las cuales la administración pública aplicó control difuso de oficio se dio por parte del tribunal fiscal, cuando se habría declarado inadmisibile una reclamación formulada en contra de una multa por infracción la misma que se encuentra prescrita en el código tributario, esta disponía una multa siempre que no se cumpla con el pago dentro de los plazos brindados por la administración ya sea por tributos percibidos o retenidos, los cuales devengan del sistema nacional de pensiones.

Con la finalidad de reconocer el derecho de defensa el tribunal Fiscal en el año 2007 dispuso aplicar Control difuso para inobservar una disposición de la Resolución de Superintendencia número 159-2004 SUNAT Para aplicar una garantía que pueda impedir una reforma peyorativa al debido proceso. En esta se citó la sentencia y el precedente vinculante del caso Salazar Yerlenque, el fundamento jurídico que permitía excepcionalmente la procedencia de oficio, prescribiendo de esta forma que se puede aplicar el Control difuso de oficio en el

caso en que la aplicación de un precepto vaya en contra de una interpretación que el supremo tribunal interprete de la Constitución ya haya emitido mediante sentencia, o cuando esta aplicación se encuentre violentando un precedente vinculante.

Resolviendo finalmente:

“Que, la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación. En consecuencia, en el presente caso, al haberse incrementado el monto de la multa como consecuencia del ejercicio de un derecho constitucional, dicho incremento (...) resulta nulo”. (Decisión, Resolución N° 03271-4-2007)

El siguiente proceso es el N° 02364-2007, este comprendía como materia controvertida:

“Determinar si correspondía que se paguen los derechos variables adicionales establecidos mediante Decreto Supremo N° 115-2001EF en las importaciones realizadas en el período comprendido entre el 1 de julio hasta el 27 de setiembre de 2002”.

En el siguiente caso no se realizó un control de constitucionalidad de una norma

que pretenda vulnerar los preceptos constitucionales, sino únicamente sin aplicó una disposición administrativa porque contradecía el principio de irretroactividad de la ley, este criterio ya había sido adoptado mediante una resolución del acuerdo de la sala plena y este era un precedente de observancia obligatoria.

Es por ello que, aunque no se aplica un control propiamente dicho si se puede evidenciar cómo la administración pública pretende aplicar el control difuso, confundiéndolo con un control de legalidad.

Finalmente, dictaminó que:

“No procede la aplicación del inciso f) del artículo 3° de la Circular N° INTA-CR.62-2002, pues excede lo establecido por el artículo 6° del Decreto Supremo N° 115-2001-EF, dispositivo que regula el sistema de franja de precios”. Salvaguardando de este modo el derecho al debido proceso.

SUNARP también inaplicó normas que pretendían contravenir los preceptos de la Constitución, uno de ellos se llevó a cabo en el año 2011 en el cual se inobservó el Reglamento General de Registros Públicos y se finalizó el procedimiento por vulnerar el derecho de acceso a la justicia. Asimismo, mediante la resolución Nro. 210-A-2007 el tribunal inaplicó una directiva la cual prescribía ciertas normas sobre las formas para otorgar certificado de vigencia de poderes irrevocable, para salvaguardar normas de derecho civil.

Disponiendo finalmente:

“Se extinguió con el transcurso del plazo es la irrevocabilidad y no la representación en general, y agrega que asumir la tesis adoptada por la Directiva N°12-2002-SUNARP-SN, implica vulnerar el principio de autonomía de la voluntad”

El tribunal de contrataciones del Estado también ha sido parte de las instituciones de la administración pública que aplicaron control difuso durante los ocho años de vigencia del precedente vinculante de la sentencia Salazar Yarlenque, una de ellas mediante la resolución Nro.146-2011. Esta resolución alegaba la aplicación de un control difuso de oficio por haberse vulnerado el principio de legalidad, en tanto, se había otorgado la potestad sancionadora a un órgano prescrito en el reglamento de proveedores de PETROPRRÚ S.A.

Sin embargo, este contravenía la ley de contrataciones de adquisiciones del Estado porque está disponía que toda facultad debe estar prescrita en la normatividad vigente.

Aunque el mismo expediente detallaba la aplicación del control difuso de oficio autores como Castillo – Córdova, comentaron que no se puede aplicar de oficio en este caso, en tanto no se trata de una aplicación en contra de una interpretación del tribunal, tampoco contradice un precedente vinculante vigente, por lo tanto, se habría hecho un uso inadecuado del control de constitucionalidad.

De este modo, se evidenció que durante el tiempo de vigencia del precepto

vinculante que prescribía la facultad de ejercer control difuso en sede administrativa, se encontraron diversos vacíos en la norma, pero ello no implica la necesidad de su prohibición, sino todo lo contrario, hacía necesaria su labor para resolver casos como los antes mencionados, y actualizar las normas para la correcta aplicación del control constitucional en sede administrativa.

2.2.4.2. Cuestión Inconstitucionalidad

Los jueces poco han aplicado el control difuso, y las pocas veces que lo han hecho no han sido coherentes con su interpretación o con las del Tribunal Constitucional, por lo que, la realización de esta investigación pretende efectuar una aportación de carácter teórico que desde luego permita a la administración, cuando tenga duda razonable sobre la constitucionalidad de la ley plantee formalmente ante el Tribunal Constitucional lo que en otros ordenamientos conocen como la Cuestión de Inconstitucionalidad, garantizando la uniformidad de criterios en la interpretación de nuestra Constitución, y a fin de brindarle Seguridad Jurídica al Administrado, evitando de esta manera que un funcionario no aplique una determinada ley porque la considere inconstitucional, mientras que quizás otro funcionario considere constitucional la ley y proceda en correspondencia a ello.

Además de ello, los fundamentos expuestos por el Tribunal Constitucional no alcanzan un desarrollo sostenible, no obstante que la Constitución Política del Perú haya reconocido expresamente que, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera.

En criterio Del Pozo (2005) señala: “Aun conscientes de la falta de una norma expresa que habilite a los tribunales administrativos a la inaplicación de normas en sede administrativa, creemos que la opción más correcta sería la de permitir la inaplicación de normas en dicha sede”. (p. 733)

Con este apartado se justifica la necesidad de crear una norma expresa que regule de manera eficaz esta figura jurídica. En criterio de Rosas Alcántara (2015) señala que, “El control difuso tiene la finalidad de que las resoluciones administrativas pongan en práctica los preceptos constitucionales, pero está limitado en su accionar, en cuanto a que el órgano jurisdiccional inaplica la ley inconstitucional al caso concreto del que la está conociendo, pero la norma queda vigente”, en consecuencia a pesar de haber declarado la inconstitucionalidad de la norma en cuestión, esta puede volver a ser invocada en otros procesos, en tanto no se derogue.

Los efectos de la aplicación del control difuso solo afectan a las partes vinculadas al proceso, es decir, rigen la resolución del caso concreto erga omnes. (p. 133) Por lo que, la cuestión de inconstitucionalidad puede o debe ser una salida al vacío legal establecido por la sentencia Consorcio Requena del año 2012.

2.2.4.3. Debido Proceso

- Derechos Fundamentales del proceso

Como se ha esbozado anteriormente los derechos fundamentales son aquel cúmulo de valores que posee el ser humano, que le permiten desarrollarse

física, intelectual y emocionalmente, es por ello que el Estado tiene la obligación indispensable de protegerlos mediante el uso de acciones de garantía constitucional, o de cualquier otro proceso que tenga como finalidad su salvaguarda.

Es así que como dentro de este iter nacen nuevas máximas que están directa o indirectamente relacionados con los derechos fundamentales, pues se basan en aquellos pilares generales del proceso que garantizan el desarrollo correcto y justo del descubrimiento de la verdad. Con la finalidad, de evitar vacíos legales en el control de constitucionalidad de las normas administrativas, se propone además la protección al debido proceso de los procesos en sede administrativa.

Según (Montero Aroca, 2000) Los derechos fundamentales del proceso nacen desde la época romana y se extienden hasta el derecho alemán en el siglo XIX en el cual, sí admitía que no puede existir derecho sin acción, entendiendo por acción el inicio de un proceso. Sin embargo, con la evolución del derecho procesal, estas máximas que rigen el iter para descubrir la verdad, han logrado su propia autonomía, conduciendo el derecho a un nuevo orbe de derechos humanos procesales, aunque autores como Chiovenda (Chiovenda, 1922) sostienen que dicha acepción desnaturaliza la vigencia de los derechos fundamentales porque condiciona su aplicación a la forma y no al fondo, pues sostiene que aquellas máximas constitucionalistas han sido desnaturalizadas pues se asume los derechos de forma como derechos humanos pasibles de protección constitucional.

Es correcto mencionar que, no sería posible garantizar el desarrollo correcto de todos los derechos fundamentales si no se lleva a cabo mediante las garantías procesales porque brindan tutela jurisdiccional al hombre, es decir, de qué manera podríamos administrar justicia si se lleva a cabo en un proceso sin igualdad de armas entre las partes.

Es por ello que nacen los dos principios más importantes de los derechos procesales fundamentales, la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso con la finalidad de que cada vez que exista un proceso se hable implícitamente de derechos y cuando hablemos de derechos lo hagamos mediante un proceso.

Existe pues una concepción amplia respecto a los derechos fundamentales para poder admitir la existencia de este bloque constitucional novedosa, ello no implica admitir la necesidad de una nueva organización normativa de derechos procesales, puesto que el derecho en sí mismo ya proyecta los derechos mencionados, sin embargo, si es necesario garantizar su respeto mediante algunos preceptos normativos implícitos o no en el ordenamiento constitucional.

Finalmente, como afirma Landa (2002) estos valores son muy importantes porque no solo se pueden accionar frente a los jueces y colegiados sino que también es posible proyectar su acción frente a la administración pública o incluso entre privados. Landa citando a Haberle, admitía que es necesario prescribir garantías procesales para poder salvaguardar los

derechos humanos por lo que se convertirán entonces en derechos objetivos y subjetivos, el primero porque uniformiza el alcance a la justicia que tendrá cualquier ser humano sin distinción alguna, y el segundo porque les pertenecen a todos los sujetos de derecho.

Nuestra carta fundamental prescribió por primera vez los derechos pilares antes mencionados, que más adelante permitirían el ingreso de nuevos derechos a nuestro ordenamiento multiplicándose para garantizar espacios procesales en los que se respeten los derechos fundamentales.

- ***A Nivel Convencional:***

La Convención Americana describe los derechos procesales que deben ser definidos para el correcto funcionamiento de los derechos fundamentales, el artículo 8 del mismo señala que el estado le debe ofrecer a toda persona las debidas garantías para que se lleve a cabo su proceso es como por ejemplo el derecho a ser oído hay que se respeten los plazos impuestos por la ley a una defensa jurídica y otros conexos como por ejemplo el derecho a la información.

Es importante precisar que la convención realiza una distinción entre los procesos penales y los demás, aunque para algunos autores es incorrecto diferenciar los derechos procesales según la materia, esta distinción se da porque en el proceso penal cabe la posibilidad de coacción de libertades y suprimir ciertos derechos mientras que en los procesos civiles administrativos o laborales también existen incidencias relacionadas con la libertad, pero no directamente como en el primer caso, en este se exige el

uso de garantías mínimas.

Sobre dichas garantías la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha prescrito en el Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú:

“No se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” (párrafo 176) Recalcando qué será ilícita toda actuación que vulnere el ejercicio correcto de los derechos en el proceso,

aunque tenga poder sancionatorio se debe ejecutar los mandatos de ley acorde a las normas de Derecho Constitucional.

Es necesario leer el ordenamiento convencional porque como prescribe el artículo 51 de la carta fundamental vigente, la Constitución debe prevalecer sobre cualquier otro ordenamiento jurídico, sin embargo, el Tribunal ha advertido aquí es tratados que versen sobremateria de Derechos Humanos pues sí la misma jerarquía que la Constitución.

En el ordenamiento nacional los derechos procesales fundamentales se encuentran consagrados en el inciso 3 del artículo 139. Aunque muchos autores de la doctrina nacional consideran que los derechos fundamentales del proceso únicamente deberían limitarse a la protección de la forma y el aspecto del iter procesal, en realidad deben interpretarse desde un sentido amplio, en el cual estos derechos realizan un análisis del contenido y del fondo de las decisiones judiciales o de los procedimientos

propriadamente dichos, así por ejemplo hablamos de debido proceso incluso al solicitarle a un juez la debida motivación de las resoluciones, porque el debido proceso y sus derechos conexos abarcan aquellos criterios que revisten de justicia toda acción realizada por el estado.

Se puede evidenciar la acepción sobre esta figura jurídica en el ordenamiento peruano en los principios consagrados en los títulos preliminares de los dispositivos legales que prescriben los procesos en materia administrativa, civil, penal y demás, como por ejemplo en el T.U.O de La Ley 27444.

2.2.4.4. Derecho Debida Motivación De Resoluciones Judiciales

Prescrito en el artículo 139 de la Constitución política, la debida motivación de resoluciones es uno de los derechos del debido proceso el cual implica, el derecho de obtener por parte de los órganos jurisdiccionales una respuesta razonada en derecho y motivada, ello implica que las resoluciones deben contener una decisión motivada y congruente respecto de las pretensiones solicitadas por las partes procesales; asimismo debe especificar con mención expresa las normas aplicables que fundan la decisión y debe ser congruente a lo señalado por la carta fundamental.

La jurisprudencia señala lo siguiente:

“El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una

determinada decisión, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso, pero, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debeni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios". (f.j.2 del Exp. N.º 1480-2006-AA/TC)

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos queproporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todoni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente una violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

2.2.4.5. Progresividad De Derechos Humano

Esta institución jurídica tomará vital relevancia para esta investigación en tanto es uno de los principales fundamentos para la aplicación del control de convencionalidad en sede administrativa, que permitan la aplicación del control difuso mediante el derecho a una sentencia justa motivada y célere.

El principio de progresividad implica un desarrollo de los Derechos Humanos, con la finalidad de que, no existan retrocesos en su reconocimiento, y que eficacia en su gradualidad, para la toma de medidas necesarias en la protección de libertades humanas.

“En un primer sentido la expresión se refiere al gradualismo admitido por varios instrumentos internacionales y textos constitucionales para la puesta en aplicación de las medidas adecuadas, como admitía el artículo 427 del Tratado de Versalles”.

“En un segundo sentido la progresividad puede ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales, perfectamente aplicable a los laborales, el orden público internacional tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de mayor extensión y protección de los derechos sociales” (Bedjanui 1994, p.28)

Aunque se relaciona comúnmente con los derechos humanos de tercera generación, este mecanismo o principio es inherente a todas las libertades fundamentales reconocidas por las convenciones internacionales, como sustenta Gusi:

“El método de expansión puede depender de la aplicación directa de las disposiciones previstas en el propio tratado, o mediante enmiendas o protocolos adicionales que complementen, elaboren o perfeccionen los derechos ya establecidos en el tratado”.

2.2.4.6. Jurisprudencia Internacional

- **Caso**

Gelman Vs.Uruguay

El control de convencionalidad presupone la interrelación de los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, posee dos niveles, el primero del internacional, el mismo que presupone realizar un control de compatibilidad respecto de las decisiones que asuman las Cortes Convencionales, el segundo de ellos, interno, consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos. A continuación, se detallará un estándar que podría aplicarse al Derecho peruano con la finalidad de ser una salida alternativa a la aplicación del Control Difuso por parte de las Cortes de la Administración Pública.

Mediante los estándares internacionales del caso Gelman vs. Uruguay, relativamente nuevo, supone que toda autoridad estatal, ya sea legislativo, judicial, ejecutivo e incluso organismos constitucionalmente autónomos, en todos sus niveles, queda sujeta a la verificación de las normas internas con la CADH y la interpretación jurisprudencial que de este instrumento internacional haga la Corte IDH.

La consecuencia de este “control difuso de convencionalidad” es que si el juez; “tribunal u órgano administrativo”; legislador o incluso magistrado del TC encuentra que una norma nacional no se halla en consonancia con la CADH y la interpretación que de ella ha realizado el máximo tribunal regional, deberá inaplicarla, sustituyéndola por el estándar supranacional. Incluso la Corte IDH ya ha sido enfática al sostener que este control de convencionalidad se debe ejercer

respecto de la propia constitución, lo que ha llevado a países como Chile o Barbados a modificar determinados artículos de sus normas que devienen en convencionales. Por lo que, se propone el control difuso de convencionalidad, una vía alterna para que los órganos administrativos, en ejercicio de sus funciones, puedan cumplir con su verdadero fin último para la o la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados.

2.2.4.7. Análisis de las siguientes sentencias del control difuso administrativo relevantes para la investigación.

2.2.4.7.1. Sentencia del caso Salazar Yarlenque

En el caso Salazar Yarlenque, el demandante Ramón Hernando Salazar interpuso una acción de amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se elimine la exigencia de una tasa administrativa como condición para impugnar una multa impuesta por dicha entidad. Salazar argumentó que este requisito vulneraba sus derechos constitucionales de petición y defensa, ya que condicionaba su acceso a la justicia administrativa al pago previo de una tasa. El caso llegó al Tribunal Constitucional del Perú, quien debía decidir si era constitucionalmente válido que una entidad pública exigiera el pago de una tasa para admitir a trámite una apelación, y si la administración pública, a través de sus tribunales administrativos, podía aplicar un control de constitucionalidad o "control difuso" cuando las normas infringen derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional decidió a favor de Salazar, estableciendo un precedente importante en el control difuso dentro de la administración pública. En su sentencia, el Tribunal desarrolló los siguientes puntos clave:

Control de Constitucionalidad en la Administración Pública: El Tribunal Constitucional aclaró que, conforme al artículo 138 de la Constitución, la potestad de control difuso no está restringida únicamente a los jueces ordinarios; por el contrario, debe ser ejercida también por los tribunales administrativos cuando se enfrentan a normativas que contravengan los principios o derechos constitucionales. Esta sentencia expandió el alcance del control difuso, indicando que cualquier acto administrativo que afecte derechos fundamentales debe ser evaluado no solo bajo la legalidad infraconstitucional, sino principalmente bajo el prisma de la supremacía constitucional.

Supremacía de la Constitución sobre la Legalidad Ordinaria: El Tribunal Constitucional subrayó que la administración pública no puede aplicar normas legales que sean contrarias a la Constitución, ya que esto iría en contra de los principios de supremacía constitucional y de fuerza normativa de la Constitución. En palabras del Tribunal, la validez de los actos administrativos no se deriva solo de la ley, sino de su compatibilidad con los derechos y principios establecidos en la Constitución. Así, el fallo reafirma la obligación de la administración de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos y la idea de que las leyes que vulneren estos derechos no pueden prevalecer.

Responsabilidad de la Administración Pública en la Protección de Derechos Fundamentales: La sentencia establece que la administración pública debe no solo ejecutar la ley, sino también defender activamente los derechos constitucionales de los administrados. Esta protección se materializa a través del control difuso en sede administrativa, es decir, mediante la inaplicación de normas contrarias a la

Constitución en casos concretos. En este sentido, el Tribunal Constitucional recalca que el Estado constitucional de derecho demanda que los actos administrativos se fundamenten en la Constitución y no en la sola obediencia a una norma infraconstitucional que podría ser inconstitucional.

Este fallo marcó un hito en la jurisprudencia constitucional peruana al ampliar el control difuso al ámbito administrativo, habilitando a los órganos administrativos a inaplicar normativas que vulneren los derechos fundamentales. La sentencia subraya que el principio de legalidad en sede administrativa no debe ser entendido de forma absoluta, y que la administración debe respetar y defender los derechos de los administrados frente a disposiciones que pudieran resultar lesivas o contrarias a la Constitución. Este precedente no solo afianza la supremacía constitucional, sino que también protege a los ciudadanos frente a posibles abusos o arbitrariedades en la aplicación de normas por parte de la administración pública.

Finalmente, la sentencia del caso Salazar Yarlenque refuerza el papel de los órganos administrativos en la defensa de los derechos constitucionales y establece que el control difuso no es exclusivo de los jueces ordinarios. Este criterio fortalece la idea de que la administración pública, en su actuación diaria, debe estar sujeta a la Constitución y evitar la aplicación de normas contrarias a esta, protegiendo así los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos(03741-2004-AA).

Del mismo modo, la sentencia Salazar Yarlenque fue pionera en la jurisprudencia peruana al otorgar a los órganos de la administración pública la facultad de realizar control difuso, permitiendo la inaplicación de normas infraconstitucionales que vulneren derechos constitucionales en casos concretos.

2.2.4.7.2. Sentencia caso consorcio Requena

El caso Consorcio Requena surge cuando el demandante impugnó una decisión de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el cual descalificó su propuesta técnica en un proceso de licitación pública por supuestas deficiencias en el perfil profesional del gerente de obra. El demandante alegó que el tribunal administrativo había introducido un nuevo punto controvertido no mencionado en la fase inicial del proceso, y que esto afectaba sus derechos de defensa y al debido proceso. La administración pública añadió el requisito de acreditación del título profesional del gerente de obra sin haberlo mencionado previamente, lo cual generó una situación de indefensión y violación del principio de congruencia procesal. El Tribunal Constitucional falló en favor del demandante, señalando que la administración pública está obligada a respetar el derecho de defensa y el principio de congruencia procesal en todos sus procedimientos. Este fallo enfatiza la importancia del debido proceso en sede administrativa, incluso en situaciones que involucren la evaluación técnica de postulantes en licitaciones.

Principio de Congruencia y Debido Proceso: El Tribunal Constitucional remarcó que el principio de congruencia es fundamental en sede administrativa, especialmente en procedimientos sancionadores o que afecten los derechos de los administrados. Esto garantiza que los administrados tengan una oportunidad justa de defenderse y no se enfrenten a criterios inesperados que puedan desvirtuar el proceso.

Control Constitucional de los Actos Administrativos: La sentencia señala que el derecho al debido proceso y el derecho de defensa son garantías fundamentales aplicables también en sede administrativa, y que cualquier acto administrativo que los vulnera puede ser sometido a control constitucional. El Tribunal refuerza la idea de

que el control difuso también abarca a la administración pública en casos que comprometan derechos fundamentales, independientemente de que se trate de decisiones relacionadas con contratos estatales u otros actos administrativos.

Implicancias para el Control Difuso en la Administración: Este fallo refuerza la doctrina establecida en el caso Salazar Yarlenque, destacando que los derechos fundamentales no solo deben ser protegidos en sede judicial, sino también en los procedimientos administrativos. La administración tiene la responsabilidad de respetar los derechos de los administrados y de aplicar el control difuso para inaplicar normas o requisitos que sean inconstitucionales o violen derechos fundamentales.

La decisión en el caso Consorcio Requena refuerza el control difuso en la administración pública y destaca que el respeto al debido proceso es esencial en todas las etapas de un procedimiento administrativo. El fallo subraya que el principio de legalidad en sede administrativa no puede justificar decisiones que vulneren los derechos constitucionales, consolidando el compromiso de la administración pública en la protección y respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Finalmente, la sentencia del caso Consorcio Requena es un paso importante en la consolidación del control difuso en sede administrativa, ya que subraya que los tribunales administrativos deben observar rigurosamente los derechos constitucionales, especialmente en cuanto al debido proceso y el derecho de defensa. Este caso fortalece el rol de la administración pública en la protección de los derechos de los ciudadanos y asegura que sus decisiones estén alineadas con los principios constitucionales(04293-2012-AA).

2.2.4.7.3. Caso Gelman va Uruguay

El caso Gelman vs. Uruguay se refiere a la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena y a la supresión de identidad de su hija, en el contexto de la dictadura militar en Uruguay y de la Operación Cóndor. Uruguay aprobó una ley de amnistía que impedía investigar y sancionar estos crímenes, lo cual llevó a los familiares de las víctimas a recurrir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La Corte debía decidir si Uruguay había violado los derechos humanos al aplicar dicha ley y si debía implementar medidas para asegurar justicia y reparación. La Corte IDH declaró que la ley de amnistía era incompatible con los derechos humanos, ordenando a Uruguay a eliminar esta norma y a adoptar medidas para investigar los hechos. Los puntos claves de la decisión incluyen:

Control de Convencionalidad en la Administración Pública: La Corte estableció que los Estados deben realizar un "control de convencionalidad" de sus normas internas, lo que significa que todos los órganos del Estado, incluyendo los administrativos, deben asegurarse de que las normas nacionales estén alineadas con los tratados de derechos humanos.

El caso Gelman vs. Uruguay es un hito en la jurisprudencia de derechos humanos en América Latina, y uno de sus aportes más significativos es la consolidación del concepto de control de convencionalidad. Este control involucra la interrelación entre los tribunales nacionales y los tribunales internacionales (principalmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH) para garantizar que las normas y decisiones de cada país sean consistentes con los estándares de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

2.3. Marco conceptual:

- **Control de Constitucionalidad:** “Es el mecanismo jurídico por el cual para asegurar el cumplimiento de las normas constitucionales y se invalidan las normas de rango inferior que no hayan sido hechas de conformidad conaquellas”. (Diccionario Jurídico, 2020)

- **Control Concentrado y Control Difuso:** Doctrinariamente y en la práctica existen dos sistemas de control de la constitucionalidad y legalidad de las normas jurídicas, según sea el órgano al cual la Constitución encargue dicho cometido. “Uno de ellos se denomina CONTROL CONCENTRADO porque se crean órganos constitucionales con la específica finalidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes”; y, “el otro sistema se llama CONTROL DIFUSO, porque cualquier operador del derecho, en caso de conflicto entre unanorma de superior jerarquía con otra de inferior jerarquía, debe preferir la primera al resolver un caso concreto. Por su origen, al primer sistema se le llamaaustriaco o europeo y al segundo americano”. (Puyo Jaramillo, 1981)

- **Administración Pública:** Administración pública es un término de límites imprecisos que comprende el conjunto de organizaciones públicas que realizan la función administrativa y de gestión del Estado y de otros entes públicos conpersonalidad jurídica, ya sean de ámbito regional o local. (Diez, 1970)

2.3. Variables:

Variable Independiente

2.2.1. Control difuso administrativo en el Perú.

Variable Dependiente

2.2.2. Razones de su viabilidad

III. METODOLOGÍA

3.1. Métodos

- Método Hermenéutico:

El autor Gadamer refiere que el método Hermenéutico:

“Lo que en las ciencias de la naturaleza son los hechos no es realmente cualquier magnitud medida, sino únicamente los resultados de las mediciones que representan la respuesta a alguna pregunta, la confirmación o invalidación de alguna hipótesis. Tampoco la organización de un experimento para medir cualquier magnitud se legitima por el hecho de que la medición se realice con la mayor precisión y de acuerdo con todas las reglas del arte. Su legitimación solo la obtiene por el contexto de la investigación” (Aránguez, 2016)

En el marco de esta tesis, el restablecimiento del control difuso en los tribunales administrativos no debe ser visto como una simple aplicación literal de las leyes, sino como un ejercicio interpretativo que busca armonizar las disposiciones legales con los principios constitucionales. El control difuso, entendido desde una perspectiva hermenéutica, se legitima en tanto responde a las demandas de justicia y protección de derechos fundamentales dentro del sistema jurídico peruano. Asimismo, se utilizó este enfoque, para interpretar las disposiciones.

- Método Doctrinario:

Para el autor Carlos Fernández Sessarego explica que "la doctrina jurídica no solo clarifica las normas, sino que también contribuye a la formación del derecho a través de sus interpretaciones" (Sessarego,

2016)

El método doctrinario se refiere a un enfoque en la investigación jurídica que se basa en el análisis de las opiniones y teorías de juristas y académicos. Este método se centra en interpretar y entender las normas legales a partir del estudio de la doctrina jurídica, es decir, las reflexiones y análisis de los expertos en derecho, en lugar de depender únicamente de la legislación y la jurisprudencia.

A partir de este enfoque, se revisaron y evaluaron las opiniones doctrinarias en sentencias que aportaron perspectivas críticas sobre la situación actual del control difuso en el sistema jurídico peruano, lo que permitió identificar vacíos y posibles mejoras en el sistema jurídico.

- Método Analítico:

Para los autores, Suárez, Herrera y Pérez, el método analítico se refiere a dos procesos intelectuales inversos que operan en unidad dialéctica, análisis y la síntesis, el mismo que es utilizado para facilitar el análisis y la clasificación de las fuentes de información recopiladas en busca de la esencia de las ideas. (Jacinto, 2017)

el método analítico consistió en un proceso de separación de las sentencias y las normas vinculadas, lo que permitió identificar los argumentos esenciales en torno a la interpretación de los derechos fundamentales y la aplicación del control difuso. Se analizó minuciosamente una sentencia del TC que marcó un precedente en el uso

del control difuso, destacando los fundamentos constitucionales que protegen los derechos de los ciudadanos frente a disposiciones legales inconstitucionales. De igual manera, se examina una sentencia de la CIDH que subrayaba la responsabilidad de los Estados en garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales, lo que reforzó el argumento de que los tribunales administrativos deben contar con herramientas como él. A través de este enfoque, el análisis de estas sentencias no solo permitió desglosar los principios fundamentales establecidos en ambos tribunales, sino también sintetizarlos en una propuesta coherente que sustentaba la necesidad de restablecer el control difuso. De esta manera, el estudio de las decisiones del TC y la CIDH facilitó una comprensión más profunda de la importancia de esta figura jurídica en la protección de los derechos fundamentales, proporcionando una base sólida para justificar su aplicación en el ámbito.

Este método fue crucial para integrar las ideas extraídas de la doctrina, la jurisprudencia y las normas, logrando así una argumentación coherente que apoyara el restablecimiento del control difuso en los tribunales administrativos peruanos, con el objetivo de reforzar el marco constitucional.

3.2. Tipo y nivel de investigación:

La presente investigación fue de tipo de Investigación básica porque buscó ampliar más los conocimientos respecto a la aplicación de

control de constitucionalidad de tipo difuso que está regulado en el Perú, señalando las razones por las cuales es necesario la aplicación del control difuso en sede administrativa.

El Nivel de Investigación es Descriptiva porque analizamos una problemática jurídica que tiene gran impacto en la realidad.

3.3. Población y muestra de estudio:

Por la naturaleza descriptiva dogmática, no cuenta con población.

Muestra:

Para efectos de la muestra se consideró:

3.4. Diseño de investigación

En la presente tesis se aplicó la investigación no experimental – transversal: pues se caracteriza por estudiar, recopilar información teórica dogmática en un momento y tiempo concreto.

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

- **Análisis documental:** permitirá analizar y discernir el contenido de documentos como la doctrina, la legislación comparada y las sentencias del Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El método desarrollado en el presente estudio es el Método Dogmático, ya que ello nos permite realizar un enfoque más amplio del Derechos Constitucional, del Derechos Administrativo y, del control que se puede ejercer en ambas ramas,

recurriendo para ello, a la legislación nacional, extranjera, el

derecho comparado y ocasionalmente a la jurisprudencia.

3.1. Procesamiento y análisis de datos

Se describe la metodología a utilizarse, cuyo enfoque de investigación es cualitativo, de análisis y síntesis, con un tipo de investigación jurídica dogmática propositiva, con los instrumentos de recolección de datos, encuesta, entrevista, análisis documental. Se expone también, el análisis, interpretación y discusión de los resultados, arribando a conclusiones importantes; es decir la sentencia del Tribunal Constitucional, debilita ostensiblemente la protección de derechos fundamentales de los administrados y resquebraja el principio jurídico de supremacía constitucional. Igualmente se establece como conclusión que, en una interpretación literal de la Constitución Política del Perú, la función jurisdiccional, es atribución exclusiva del Poder Judicial; empero acorde a una interpretación, extensiva, sistemática y teleológica; la administración Pública, también ejerce función jurisdiccional.

IV. RESULTADOS Y ANÁLISIS

En materia de justicia ordinaria, es decir, aquella justicia impartida por el Poder Judicial existe un mecanismo que le faculta a los juzgadores la determinación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma aplicable en el marco de una controversia jurídica concreta, el cual es denominado por los estudiosos del Derecho constitucional como control difuso o judicial.

Dicho instrumento, viene a ser un modelo de control de la constitucionalidad, siendo la finalidad de este último el aseguramiento del principio de supremacía constitucional, el cual se encuentra consagrado en el artículo 51 de la Constitución, norma constitucional que señala que esta prevalece sobre toda norma legal.

Ahora bien, a lo largo de esta investigación, se ha evaluado el debate sobre la aplicación del control difuso en sede administrativa, tomando en cuenta la evolución de las posturas doctrinarias y jurisprudenciales en el Perú. Este capítulo presenta los principales resultados derivados del análisis doctrinal y jurisprudencial, agrupando las dos corrientes más relevantes y finalizando con una posición reflexiva.

Del análisis doctrinal hemos recabado diversas posturas y posiciones marcadas que ayudaron a profundizar esta presente investigación, la primera es la postura del Profesor Abad Yupanqui (2019), el criterio anteriormente señalado “(...) lo expuso con mayor claridad en la Sentencia recaída en la demanda de

Inconstitucionalidad impuesta por el Defensor del Pueblo contra la Ordenanza N° 003 aprobada por el Concejo Distrital de San Juan de Lurigancho (STC Exp. 007-2001-AI/TC, resuelta el 09 de enero del 2003)”, la cual sostuvo:

“(…) la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138° de nuestra Constitución Política, solo 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”.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional emitió el Precedente Ramón Salazar Yarlenque, recaído en el Exp. N° 03741-2004-AA/TC, el cual cambió el criterio anteriormente adoptado y confirió a los tribunales y órganos colegiados con competencia nacional, adscritos al Poder Ejecutivo, podían emplear el control difuso para dejar de aplicar normas que resulten contrarias a la constitución. Al respecto, se sostuvo lo siguiente:

“Que, si bien los funcionarios de la Administración Pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es compatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N° 3741-2004-AA/TC, esto es, que ‘(…) todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)’. (...), el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos

colegiados administrativos que imparten ‘justicia administrativa’ con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados”.

En base a ello, la segunda postura generó una gran controversia en el plano académico. Pues el doctor esgrimido, Pando (2002), señaló incluso tiempo antes de la emisión del precedente que el ejercicio del control constitucional en sede administrativa generaría una serie de problemas, pues “el ejercicio por parte de la administración de una facultad “implícita” de control constitucional difuso, podría llevar precisamente a la arbitrariedad o al favoritismo de intereses subalternos. En efecto, (...) la mayoría de las situaciones de inconstitucionalidad no se encuentran en el ámbito de una inconstitucionalidad manifiesta”. Asimismo, comenta que, “la administración debe siempre intentar interpretar el reglamento como acorde al marco constitucional y solo en el caso que ello no sea posible de ninguna forma, entonces elevar un informe a su superior evidenciando el aspecto inconstitucional del reglamento para proponer su modificación o derogación”.

Tiempo después, los magistrados del Tribunal Constitucional dejaron sin efecto el Precedente “Salazar Yarlenque” a través de la emisión de la sentencia recaída en el Exp. N° 04293-2012-PA, conocido como caso “Consortio Requena”. Aquí, la controversia suscitada versaba curiosamente acerca de otros aspectos distintos a si debería la administración pública aplicar o no el control difuso, pues nunca se cuestionó una resolución administrativa que aplique el control difuso, sino que lo que en si se cuestionaba fue una resolución dictada por la Primera Sala del OSCE la cual descalificó la propuesta técnica del Consortio Requena en el

marco de una licitación pública.

Así, entre algunas críticas a la emisión del Precedente Salazar Yarlenque fue la realizada por Del Pozo (2005), quien sostuvo que, “dicho control no contempló un mecanismo de consulta ante el Poder Judicial de la decisión administrativa que inaplica una norma y que había sido propuesto por algunos autores”.

En un principio, el Tribunal Constitucional Peruano mantuvo una posición renuente sobre el tema, al afirmar en otras palabras que los órganos administrativos no son órganos jurisdiccionales, razón por la cual estos no estarían facultados para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma aplicable a procedimientos administrativos. En esa línea, a través del Caso Triplay Iquitos

S.A. recaído en el Expediente N° 0499-2022-AA/TC, el máximo intérprete de la constitución sostuvo que:

“(…) tratándose de la inconstitucionalidad del cobro de un tributo y su cuestionamiento en sede administrativa, (...) existe Jurisprudencia reiterada y constante del Tribunal Fiscal en el sentido de que, en la medida de que éste no posee el rango de órgano jurisdiccional, no es competente para declarar la inaplicabilidad de leyes o normas con rango de ley, pues tal actuación contravendría la constitución”.

Sin embargo la tercera postura, del doctor Meléndez (2019), “el debate alrededor de la admisibilidad del control difuso administrativo se sugiere por primera vez con ocasión de un procedimiento concursal administrado por el Indecopi, en el que mediante la Resolución 0259- 2001/TDCINDECOPI, dictada

por la Sala de Defensa de la Competencia el 16 de abril de 2001, uno de sus miembros; el Dr. Alfredo Bullard Gonzáles manifiesta a través de un voto en minoría que los Tribunales Administrativos tienen la potestad implícita de ejercer el control difuso, pues la labor que desempeñan se asemeja a la realizada por los jueces, -todavía que son entes que deben actuar de manera neutral, imparcial e independiente, siendo sus decisiones producto del análisis del ordenamiento jurídico al caso particular y para el cumplimiento de su función resolutoria (...)"

humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad", que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial".

Si bien las tres posturas sobre el control difuso en sede administrativa ofrecen argumentos sólidos y merecen ser analizadas con detenimiento, la posición que más se ajusta a los fines de esta investigación es la defendida por autores como Meléndez (2019), quienes abogan por la ampliación del control difuso a ciertos órganos administrativos especializados. Esta postura sostiene que, bajo circunstancias específicas, como las actuaciones de tribunales administrativos con competencia nacional, como Indecopi, se puede justificar el ejercicio del control difuso.

La naturaleza resolutoria de estos órganos, su imparcialidad, y el carácter técnico de sus decisiones les confieren características comparables a las de los jueces en el ejercicio del control de constitucionalidad. Por tanto, otorgarles la facultad de inaplicar normas infraconstitucionales que vulneren manifiestamente la Constitución no solo resulta lógico, sino también eficiente en la protección de

derechos fundamentales en un contexto donde los procesos judiciales pueden ser prolongados y costosos.

Del mismo modo del análisis jurisprudencial se desprenden diferentes enfoques respecto a la aplicación del control difuso en sede administrativa, el primer caso emblemático desarrollado fue la sentencia del caso “Consortio Requena”, sostuvo el criterio de que, si se deja sin efecto el control difuso administrativo, de esta forma se protege el sistema de control dual de la jurisdicción constitucional, el que se puede afectar si se permite que un tribunal administrativo (integrante del Poder Ejecutivo) controle la constitucionalidad de las normas, la misma que reafirma la posición de proteger el sistema de control dual de la jurisdicción constitucional, impidiendo que los tribunales administrativos ejerzan el control de constitucionalidad, ya pesar de anular el precedente "Salazar Yarlenque", no estableció un nuevo criterio .

No obstante, las sentencias de la corte Interamericana de Derechos Humanos y opiniones como la de Bustamante (2002) han propuesto la posibilidad de que la administración pública también participe en el control de constitucionalidad, argumentando que esto facilitaría la emisión de precedentes vinculantes y permitiría una mejor. protección de los derechos fundamentales. Desde el plano supranacional, La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, ha mostrado una tendencia favorable a la ampliación del ámbito de aplicación del Control Difuso no solo limitándolo al ámbito del poder judicial de los Estados parte, sino también a cualquier tipo de autoridad estatal. Así, en el Caso Gelman Vs Uruguay.

En esa misma sintonía, como tercer análisis jurisprudencial tenemos la sentencia del Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana ha señalado:

*497. “Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia **“todas las autoridades y órganos de un Estado [p] arteen la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’”**.*

Resulta conveniente citar la Opinión Consultiva OC-21/ 14, la cual ha señalado lo siguiente:

*Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al [D]erecho [I]nternacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aqu[e]l. **Es por tal razón que estima necesaria que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad**, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia nocontenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos*

Debe tenerse en cuenta que, la inaplicación de control difuso en sede administrativa, no se encuentra totalmente prohibida, pues, de acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano, es posible que la administración pública realice control difuso de la legalidad de los reglamentos administrativos, tal como lo expuso en el caso Exp. 01266-2001-AA/TC, como a continuación se muestra:

“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 jerárquico inferior al de la ley, cuyo control de validez sí están obligados a efectuar los tribunales administrativos”.

Así, de acuerdo con lo precedentemente señalado, la aplicación del control difuso en sede administrativa es un tema que ha sido objeto de diversos cuestionamientos, pero que al mismo tiempo constituye una herramienta importante desde nuestro punto de vista para la protección de los Derechos Fundamentales de los administrados y con ello poder garantizar su protección.

Si bien es cierto, pueden emplearse tanto el Proceso Contencioso Administrativo como el Proceso de Amparo para ello, esto no sería suficiente ya que en ambos casos el administrado tendría que agotar tanto la vía administrativa. En este sentido, la postura más favorable para la presente investigación es aquella que admite la posibilidad de un control difuso administrativo en ciertos supuestos, ya que permite una respuesta más ágil y efectiva para la protección de los derechos de los administrados, sin la necesidad de agotar procedimientos judiciales prolongados, lo cual también puede generar mayores costos y dilataciones en el acceso a la justicia.

A partir del análisis de las sentencias expuestas, la postura más favorable para esta investigación es aquella que admite la posibilidad de ejercer el control

difuso en sede administrativa en ciertos supuestos. Esta postura permite una protección más ágil y efectiva de los derechos fundamentales de los administrados, evitando la necesidad de agotar prolongados procedimientos judiciales. Si bien la jurisprudencia peruana, como en el caso "Consortio Requena", ha tendido a limitar el control difuso por parte de los tribunales administrativos, otras opiniones, tanto a nivel nacional como supranacional, han defendido la ampliación de este mecanismo como un instrumento útil para garantizar los derechos fundamentales. Es por ello que esta investigación se inclina en ella pues este enfoque equilibrado, que incluye ciertos márgenes para la intervención administrativa, evitaría los costos y dilataciones que implica depender exclusivamente del Poder Judicial, lo que resulta beneficioso para la tutela de los derechos en un contexto de inmediatez.

V. CONCLUSIONES

1. El control difuso en el Perú es una forma de control constitucional que tiene su fundamento en el deber que tiene todos los ciudadanos de respetar y hacer respetar la Constitución, y que además fundamenta la función de inaplicar normas de carácter legal o infra legal cuando estas son contrarias a los alcances interpretativos del texto constitucional. Esto tiene sentido en un Estado Constitucional de Derecho donde la Constitución es la norma fundamental y prevalece sobre cualquier otra norma. El control difuso conforme al criterio del Tribunal Constitucional, constituye el mecanismo al que hay que recurrir cuando no sea posible encontrar una interpretación constitucional, y además conforme a su jurisprudencia actual es posible realizar un control constitucional difuso administrativo.
2. El control difuso resulta ser un recurso viable en cuanto a su aplicación y utilidad en razón de que permite a los operadores del derecho impulsar una tutela efectiva de los derechos fundamentales de los justiciables ya sea en el marco de los procesos de la justicia ordinaria o de los procesos constitucionales. Asimismo, dicha herramienta como lo ha demostrado la práctica ha sido fundamental en la resolución de controversias del fuero arbitral como también el hecho de poder ser aplicado por el Jurado Nacional de Elecciones en materia de justicia electoral, lo que no lo hace exclusivo de la justicia ordinaria como erradamente se sostiene.
3. El control difuso es una herramienta que servirá para salvaguardar el principio de supremacía constitucional preceptuado en el artículo 51 de la Constitución peruana, por lo que de alguna forma se van reduciendo las zonas exentas de control constitucional, lo que trae como consecuencia un fortalecimiento de la legalidad y

la seguridad jurídica en el ordenamiento, por lo que es necesario su aplicación en el ámbito administrativo habida cuenta que no es posible que prácticamente la administración pública se vea en la insoslayable obligación de tener que aplicar una norma contraria a la Constitución. La no posibilidad de poder aplicar la “consulta” si el control difuso se hace en sede administrativa no es suficiente para que se apliquen en el ámbito administrativo normas inconstitucionales, por cuanto, en un ejercicio de ponderación debe primar el principio de supremacía constitucional.

4. En el caso del Gelman Vs el Estado de Uruguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señalando todas las autoridades y funcionarios públicos -no solo jueces- de todos los niveles están obligados a la aplicación de la convención de forma preferente por sobre las disposiciones internas, es decir, en sede administrativa se debe realizar control difuso de convencionalidad, sobre todo si tenemos en cuenta que en el Perú los tratados sobre derechos humanos que están vigentes forman parte del ordenamiento jurídico interno del país.

VI. RECOMENDACIÓN

1. Se recomienda al órgano legislativo una reforma del artículo 138 de la constitución política del Perú, segundo párrafo en los siguientes términos:

Artículo 138° Administración de Justicia. Control difuso (Politica)

(...)

“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior. **Los órganos que constituyen última instancia administrativa y que poseen alcance nacional podrán realizar control difuso**”.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Alexy, R. (2006). Ley fundamental y teoría del discurso. Universidad de Buenos Aires
- Amaya, J. (2015). Control de Constitucionalidad. 2da edición. Buenos Aires:ASTREA.
- Avila Santamaria , R. (20 de diciembre de 2016). Biblioteca Juridica del Instituto de Investigaciones Juridicas UNAM. Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derechoconstitucional/article/download/3900/3428#:~:text=El%20Estado%20legal%20se%20basa,la%20Constituci%C3%B3n%2C%20incluso%20la%20ley.>
- Badeni, G. (2000). Instituciones de derecho constitucional. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Bernales Ballesteros, E. (2019) El Tribunal Constitucional Peruano. Entre lanecesidad y la incertidumbre, Lima: CIEDLA.
- Bobbio, N. (2008). Diccionario de Política, México, Siglo Veintiuno Editores.
- Böckenforde, W. (2000). Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Trotta.
- Banco Central de Reserva del Peru . (03 de julio de 2019). Obtenido de <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Proyeccion-Institucional/Museo/publicaciones/concepto-nacion.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1 de junio de 2014). ¿Como presentar una denuncia ante la CIDH? Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/como_acceder_al_sistema.cfm
- Castillo- Córdova, L. (2006) Administración Pública y Control de la Constitucionalidad de las Leyes, ¿Otro esceso del TC). En <https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1814/1982>
- Cassagne, J. (s.f). El acceso a la justicia Administrativa. En http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/El_acceso_a_la_justicia_administrativa.pdf

- Constitución Política del Perú (1993)
- Declaración de los derechos de Virginia. (1776).
- Del Pozo, C. (2005). Control difuso y procedimiento administrativo. Editorial Palestra.
- Dippel, H. (2005). Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita. Historia Constitucional, 6, 184.
- Ferrajoli, L. (1996). El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y sudivergencia de la realidad. Trotta.
- Fix Zamudio, H. (S/f) En [t3-Art05 \(unam.mx\)](http://t3-Art05.unam.mx)
- García Belaunde (1992). Esquema de la Constitución peruana. Lima: justoValenzuela Ediciones.
- ABAD, S. (2019). Manual de Derecho Procesal Constitucional. Lima: Palestra Editores.
- BUSTAMANTE, R. (2002). Control difuso y administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa? Revista Jurídica del Perú N° 41: Trujillo.
- DEL POZO, C. (2005). Control Difuso y Procedimiento Administrativo. Lima: Palestra Editores.
- LOAYZA, F. & CASMA, J. (2019). El control de convencionalidad en sede administrativa: un mecanismo para la defensa de los contribuyentes. Revista de Derecho Themis N° 76.
- MELENDEZ, M. (2019). El control difuso administrativo. Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- PANDO, J. (2002). La Administración frente a la Norma Inconstitucional: ¿Control de Constitucionalidad y Control de Legalidad Administrativa? Revista Peruana de Derecho Público N.º 5.
- García T. V. (2010). Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Lima, Perú: Editorial ADRUS.

- Gordillo, A. (1998). Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. 4.^a ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Gusi, Gabriela. (S/f). Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En [REGISTRO Nro: \(pensamientopenal.com.ar\)](http://pensamientopenal.com.ar)
- Grández. (2005). Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita. Historia Constitucional (Revista Electrónica).
- Gúzman, C. (2013). Manual del Procedimiento Administrativo General. Lima: Editorial pacifico editores.
- Gutierrez, C, W.(2013). La Constitución Comentada. Tomo III. Lima: Gacetajurídica.
- García Belaunde, D., & Palomino Manchego, J. (2013). Revista-PUCP. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/8955/9363/>
- Haberle, P. (2001). Estado Constitucional. México: Editorial de Universidad Nacional Autónoma de México
- Haberle, P. (2003). El Estado Constitucional (Traducción de Héctor Fix Fierro, Ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ivanegra, M. (2005). Principios de la Administración Pública. 6.^a edición, Buenos Aires: Abaco de Rodolfo de Palma.
- Landa, C. (2010). Los precedentes Constitucionales, en AAVV: Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal constitucional. Lima: Editorial Grijley.
- LA LEY N° 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL (11 de abril de 2001)
- Laferriere, E. (1986) Traité de la jurisdiction administrative, París.
- Manrique Zegarra, E. (2004), El Control Constitucional, la historia, y la política Judicial. En [Microsoft Word - Control Const.H y P.doc \(pj.gob.pe\)](#)
- Lozano, L. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, volumen 17

- Marienhoff, M. (2000). Tratado de Derecho Administrativo. Parte General. 5.ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Quiroga León, (1985). La Interpretación Constitucional, en <https://docplayer.es/84075419-La-interpretacion-constitucional.html>
- Retortillo, S. (2005). La Reforma de las Administraciones Públicas. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=261749>
- Rosas, J. (2015). El derecho Constitucional y procesal Constitucional y sus Conceptos Claves. Lima: Editorial Gaceta Jurídica S.A.
- Silva Santisteban, F. (2000). Introducción a la antropología jurídica. Lima: universidad de lima.
- Tices, G. (2015). Comentarios al Código Procesal Constitucional. Lima Editorial Grijley.
- Zagrebelsky, G. (2003). El derecho dúctil: Vol. 5ta edición. Trotta