



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



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

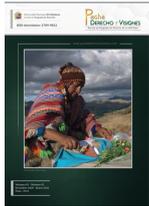
THEORETICAL AND NORMATIVE FOUNDATIONS FOR THE APPLICATION OF DIFFUSE ADMINISTRATIVE CONTROL WITHIN THE FRAMEWORK OF THE CONSTITUTIONAL STATE

ARTURO SAUL ZIRENA ASENCIO

Universidad Nacional del Altiplano de Puno, Perú

RESUMEN

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



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Palabras Clave: Estado, constitucional, derechos fundamentales, fuerza normativa, supremacía constitucional, control difuso y administrativo.

ABSTRACT

The present investigation supports the theoretical and normative reasons that justify that administrative tribunals can perform diffuse control of constitutionality. The problem addressed is to question the foundations of the STC No. 04293-2012-PA / TC where the Constitutional Court has restricted the power of diffuse control to the Public Administration, within it, to administrative courts. In this context, the general problem addressed gravitates in the following question: Are there reasons of a theoretical and normative nature that justify the faculty of carrying out diffuse control by administrative tribunals within the framework of the Constitutional State? In this regard, the present investigation has proposed, as a general objective, to demonstrate the existence of reasons of a theoretical and normative nature supported by the constitutional paradigm that justify the faculty of carrying out diffuse control by a public administration tribunal within the framework of the Constitutional State. The research approach is qualitative and the following methods are used: descriptive-explanatory, analytical and systematic interpretation. Finally, the result of the investigation concludes that, within the framework of the Constitutional State, fundamental rights, the normative force and legal supremacy of the Constitution and constitutional democracy, as well as the approaches of normative and principialist constitutionalism, to its Once, the treaties on human rights and the Constitution of 1993 give sustenance so that the administrative courts interpreting the legal provisions according to the constitutional text can make diffuse control of constitutionality.

Keywords: State, constitutional, fundamental rights, normative force, constitutional supremacy, diffuse and administrative.

INTRODUCCIÓN

El Estado de derecho, “Estado bajo el régimen del Derecho”, es propio de un proceso *político-jurídico* del siglo XIX, que se distingue del “Estado bajo el régimen de fuerza”- Estado absoluto característico del siglo XVII. (Zagrebelsky, 2011), Al respecto, debe destacarse que, la distinción de las expresiones de “Estado bajo el régimen de derecho” y “Estado bajo el régimen de fuerza”, son de utilidad para resaltar los caracteres principales de la sucesión de etapas históricas del Estado moderno. (Zagrebelsky, 2011). En ese



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

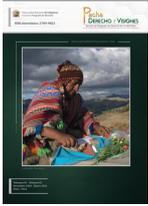
2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



sentido, el Estado moderno se caracteriza como aquella entidad que logra la legitimación de su contenido con la “aceptación del poder” (Cardenas, 2017), y la eliminación de la imposición de la fuerza y la arbitrariedad. En tal sentido, el Estado de Derecho, en su versión inicial, (siglo XVIII), tuvo por objeto establece un documento legal (Sagüez, 2007), con el que, se procurara “racionalizar el poder político”; en cuanto la Constitución es considerada como un texto orgánico con supremacía jurídica sobre el resto de las normas (Sagües, 2007)

En ese contexto, el Estado liberal como Estado de derecho, al remitirse a la primacía de la ley comprendía un Estado Legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad (Zagrebelsky, 2011). Principio que “expresa la idea de la Ley como acto normativo supremo en el que no es oponible por *ningún Derecho más fuerte*” por ello, en referencia al estado constitucional, debe destacarse que no es igual a un Estado de derecho legislativo.(Bonorino,2010).Ahora como antecedentes históricos del Estado Constitucional son: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos(1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre (1789), estos forman el nacimiento del estado a favor de los habitantes “catálogo de derechos”. (Carbonell, 2015),sin embargo, se advierte del artículo de la Declaración”, lo siguiente ‘los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos’. Al respecto, el objetivo era dar a conocer los derechos y asegurar el bienestar de todos. (Carbonell, 2015),asimismo después de la Segunda Guerra Mundial (con el establecimiento de Tribunales Constitucionales en varios países europeos) se consolida el Estado Constitucional. (García, 1991), Entonces, a partir del momento en el que surge el constitucionalismo, se va desarrollando, “La ley, en la época moderna, una relación de subordinación a un estrato más alto de derecho establecido por la constitución”.(Zagrebelsky, 2011), En suma, el Estado constitucional recoge la síntesis de un proceso histórico que hace posible la institucionalidad de la democracia y la garantía jurisdiccional de los derechos (Zagrebelsky, 2011), al estar orientado a la posición de la ley en subordinación a la Constitución ha llegado a implicar una profunda transformación en la concepción del Derecho y su sistema de fuentes (Hernández & Mazabel, 2010). Y para Dworkin (1989),el Estado Constitucional desde el constitucionalismo principalista está formado tanto por reglas (normas) y los principios



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



(moral); es decir el derecho no está constituido exclusivamente en normas, sino que es una práctica interpretativa en el que tiene un papel determinante los fines y valores.

Tal como lo indica (Bonorino, 2010), al mencionar que su teoría es la de construir un derecho que aspire a ser más flexible y se maneje dentro de los predios de la moral. Esto, supone “los derechos sean tomados en serio; Por su parte (Atienza, 2009), centra también su crítica al concepto positivista del derecho en ella existe una conexión conceptualmente necesaria entre el Derecho y la moral. En relación al planteamiento (Atienza & Ruiz, 2007), han identificado la concepción de normas con la incorporación de elementos de carácter moral en la concepción de derecho, estos postulados descansan en el argumento de la corrección, de la justicia y de los principios.

En el caso de Alexy (1993) con relación a la distinción entre reglas y principios, se presentan; las reglas jurídicas que requieren del cumplimiento irrestricto de su contenido, y los principios que exigen ser “optimizados” porque están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado, (Atienza & Ruiz, 2007) realizando un análisis crítico al positivismo jurídico, ya que la tesis plantea (de que el positivismo jurídico es incapaz de operar dentro del Estado Constitucional), de ello se entiende que la identificación del Derecho no puede depender de criterios morales.

Atienza & Ruiz (2007) son sumamente críticos del positivismo jurídico excluyente porque la relación entre derecho y moral si es posible, entonces el derecho del Estado constitucional está caracterizado por la fuerte presencia de la moral. En esa línea (Atienza, 2017), sustenta que el derecho no puede ser reducido “a una sola dimensión: la autoritativa, entonces, el post positivismo propone que tanto la dimensión autoritativa y moral se dan encuentro en el Estado Constitucional. (Atienza & Ruiz, 2007) Entonces, la teoría post positivista defendida por Atienza se determina como constitucionalista porque entiende al derecho no solo como puesto por la autoridad, sino como: “una creación humana cuyo sentido reconocer los valores que son derechos fundamentales”.

Para Dworkin (1989) el razonamiento jurídico está formado tanto por reglas (normas) y los principios (moral); adicionalmente, el positivismo jurídico, no está constituido exclusivamente en normas, también están los fines y valores que definen la misma. En la



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



misma línea (Bonorino, 2010), refiere que el constitucionalismo principalista, tiene por finalidad construir un derecho que aspire a ser más flexible y se maneje dentro de los predios de la moral, entonces (Atienza, 2017), toma en cuenta la teoría *Constitucionalismo post positivista*, el cual sustenta que el Derecho es entendido desde una perspectiva estructural (lo establecido) y el funcional (práctica jurídica) que trata de lograr algún propósito. Al respecto, (Ferrajoli, 2009), desde un planteamiento del constitucionalismo rígido (normativista), sosteniente que éste no es adecuado en el paradigma constitucional. Finalmente, de lo referido del post positivismo el derecho tiende a verse como una realidad social, es decir, que el derecho depende muy centralmente de su práctica social. (Aguiló, 2010)

Respecto a los derechos fundamentales, desde el ámbito teórico del *constitucionalismo principalista*, (Alexy, 1993), tomando en cuenta la distinción de género a especie, los derechos fundamentales, vendría a ser un conjunto de normas y proposiciones de derecho fundamental. (Barberis, 2019), Pero la diferencia específica radicaría en el carácter “fundamental” de los derechos, que solo sería exclusivo de este tipo de derechos. Las propiedades formales se refieren al hecho que la jurisdicción constitucional reconozca su validez y las propiedades materiales, se corresponden en referencia a que existen derechos fundamentales morales (Bernal, 2015). Por otro lado, desde el ámbito teórico del constitucionalismo normativista y desde una perspectiva formal, se propone que los derechos subjetivos le corresponden universalmente a “todos”, personas considerados ciudadanos, adscritos a un sujeto por una norma jurídica, (Ferrajoli, 2014), cabe destacar que, si bien tal definición toma en cuenta a los derechos fundamentales, ello no significa que se trata de una definición dogmática, pues se basa en el carácter universal de su imputación (derechos a la libertad personal, derechos políticos y derechos sociales), (Ferrajoli, 2004). Finalmente, cabe destacar también que, desde un enfoque del Derecho natural racionalista, el estudio de los derechos fundamentales en la sociedad moderna esta orientado a la organización como sistema de organización social, de acuerdo con la dignidad de la persona, (Peces, 1997)

La supremacía jurídica de la Constitución es una ley superior no modificable por el procedimiento ordinario, o se halla en el mismo plano que los actos legislativos ordinarios



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

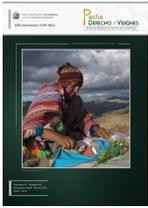


y por ello un acto contrario a la Constitución no es ley, (Álvarez & Tur, 2013) En ese sentido, la Constitución es una norma superior que condiciona todo el sistema jurídico, asimismo, ocupa y/o se posiciona en el vértice del ordenamiento jurídico. (Álvarez & Tur, 2013), también es considerada como norma jurídica suprema que irradia a todo el sistema jurídico, adicionalmente, incide en el sistema de fuentes del derecho porque es norma suprema y regula la normativa. (Exp. N° 047-2004-AI/TC f.j. 9) Del mismo modo, es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51°), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38° y 45°). En consecuencia, los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (Exp. N° 047-2004-AI/TC f.j. 10).

Moresso (2014) en referencia a la interpretación de la constitución, puede entenderse la idea de la primacía de la constitución; primacía que advendría en poseer un carácter semántico. Por otro lado, las concepciones que poseen características de interpretación de la ley sea analizada de modo que su contenido normativo se haga coherente con la constitución. (Guastinni, 2001)

En el ámbito de la concepción de la democracia en relación con los derechos, según Waluchow (2009) pueden identificarse dos tipos: El procedimental (procedimientos mediante los que las decisiones legislativas se adoptan), y el constitucional. (las condiciones democráticas), Según Freeman, la democracia procedimental es una forma de toma de decisiones políticas en la que a cada uno se garantiza la concepción constitucional de la democracia donde rige el principio de la igualdad de status para todos. (Waluchow, 2009), siendo así que los procedimientos democráticos y los resultados de su empleo se justifican sólo en la medida que contribuyen al estado donde a la comunidad se les trata con igual consideración y respeto. (Ferrajoli, 2014). En ese contexto, debe advertirse que en el marco de una democracia constitucional, “las normas que contradigan a los principios y los derechos dictadas por la constitución, son sustancialmente inválidas (Ferrajoli, 2014)

La constitucionalización, se proyecta en la esfera del derecho administrativo en los



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Tribunales administrativos donde ejercen poder en la resolución de un caso determinado, cumpliendo el “sistema de valores constitucionales”. (Ramón, 2006). En esa línea, resulta explícito que la administración pública está vinculada a la Constitución y los derechos fundamentales. (Castillo, 2006). En suma, cabe mencionar que “la Constitución es un modo de decir el derecho diferente y que ella habla de un modo diferente a la ley” lo cual implica que la Administración Pública está vinculada a la Constitución. (Roldan, 2015),

El control difuso de constitucionalidad recae en manos de todo tribunal que tenga la facultad de resolver un conflicto intersubjetivo y en el marco del Estado constitucional se encuentran comprometidos con la defensa de la Constitución y los derechos fundamentales. (Ríos, 2002). Al respecto debe destacarse que quienes resuelven si una ley es adecuada o no a la Constitución, lo hacen al hilo de un proceso del que el tribunal está conociendo y que va a otras pretensiones, algunas de las partes le plantean excepción de inconstitucionalidad”. (Garrorena, 2014). Por otro lado, debe tenerse en cuenta también que el control difuso de constitucionalidad, sirve solamente para analizar casos concretos y particulares. (Ríos, 2002)

Según Baca (2008) y Castro (2007), el alcance de esta disposición en la Constitución de 1979, el cual se ha replicado en la Constitución de 1993, donde establece que: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En este mismo orden (Quiroga, 1996), también es oportuno precisar que, en el Código Procesal Constitucional, la aplicación del control difuso debe darse solo en caso de que ello sea relevante para resolver la controversia y que se utiliza cuando no se puede encontrar una solución acorde a la Constitución.

El control difuso administrativo entre dos “precedentes vinculantes” emitidos por el tribunal constitucional peruano:

De la sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004 AA/TC (Caso Salazar Yarlenque): Como precedente vinculante de la aplicación del control difuso en el ámbito administrativo, se tiene la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3741-2004 AA/TC, de fecha 14 de noviembre del 2005.



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

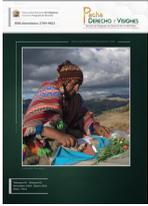
This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Este caso, consiste en que, en su oportunidad, el recurrente, tras la Municipalidad de Surquillo haberle impuesto una multa, se habría presentado ante esta entidad a efectos de impugnar tal decisión; no obstante, al recurrente se le habría exigido previamente el pago de quince soles por concepto de tasa de impugnación, conforme al TUPA de la referida entidad edil. En ese contexto, interpone su demanda de amparo, sustentando que “la exigencia de dicho pago vulnera su derecho de petición, así como su derecho de defensa como elemento del debido proceso que consagra la Constitución” (STC. 3741-2004-AA/TC). Sin embargo, el Ad Quem, habría declarado infundada la demanda considerando que el monto establecido por concepto de impugnación se encuentra previsto en el TUPA de la municipalidad emplazada. Y, la recurrida habría confirmado la apelada con argumentos similares. Ante ello, el Tribunal Constitucional ha precisado que: En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conforme a los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Este deber como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200, inciso 4 de la Constitución), sino, también de todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138). Así el Tribunal Constitucional, concluye que, en el caso materia de análisis, “el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercer el derecho de impugnar la propia decisión de la Administración vulnera el debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la constitución” (STC. 3741-2004-AA/TC. F. 22).

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

Finalmente, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que el precedente recaído



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

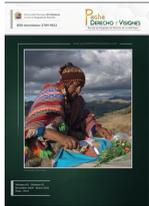


en el expediente N.º 03741-2004-PA/TC, “desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad”. Asimismo,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

En el ámbito nacional, sobre la aplicación del control difuso por tribunales administrativos, cuestionan el supuesto de que los Tribunales administrativos no pudieran considerarse facultados para inaplicar normas por inconstitucional, ya que, de ser ese el caso, el administrado tendría que ir al Poder Judicial y recién ahí podría cuestionar la validez. Así el administrado podría ser embargado en sus bienes y sujeto a la violación de su derecho (Bullard & Higa, 2007). Considerando la afirmación de que “en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el criterio del mayor peso para el caso en concreto”. Concluyen que, “en algunos supuestos, según las características del problema que enfrentamos el principio de legalidad debe primar sobre el de jerarquía.” (Bullard & Higa, 2007)

Desde la posición en contra de la aplicación del control difuso por parte de Tribunales administrativos, se considera que, la función administrativa está sujeta a la norma constitucional; pero, existe una amplia distancia para derivar de ello, con carácter excluyente, que entonces la Administración pública deba incumplir con su deber de ejecutar la voluntad de la ley y abstenerse de aplicarla en el caso concreto. (Moron, 2007)

A continuación, en la presente tesis se dan a conocer el objetivo general : Demostrar la existencia de razones de carácter teórico y normativo que justifiquen la facultad de realizar control difuso por parte de un tribunal de la administración pública en el marco un Estado Constitucional y los **objetivos específicos** son: Determinar si los fundamentos



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



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

MÉTODOS

Ámbito de estudio

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

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

Para el acceso al campo de investigación, se empleó los siguientes métodos:

- 1) Descriptivo-explicativo, por cuanto desde el ámbito de la teoría del derecho se explicaron los fundamentos en que se sustenta el Estado Constitucional.
- 2) Analítico, por cuanto se analizó sus implicancias en la aplicación del derecho, concretamente, su implicancia en el sustento de la aplicación del control difuso por tribunales administrativos.



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



3) Interpretación sistemática, por cuanto se realizó la interpretación de disposiciones constitucionales y de disposiciones normativas establecidas en convenios internacionales y demás disposiciones normativas del ordenamiento jurídico, en atención al paradigma constitucional, ello, para advertir su incidencia como sustento normativo que legitima la aplicación del control difuso por tribunales administrativos.

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

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

Análisis de datos y categoría: este análisis de los objetivos fue realizado en base a teorías, conceptos, categorías, en base a documentos y datos concretos, bajo la observación directa intensiva de material bibliográfico.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

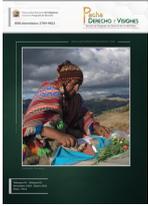
This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



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

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

Tomando en cuenta que, desde el ámbito del proceso histórico de nuestra sociedad se ha advertido la transformación de la concepción de Estado de derecho al Estado constitucional, debe destacarse también que, en el ámbito de la teoría del derecho y la práctica jurídica, se ha generado el cambio de propuestas teóricas y paradigmas; tal como se advierte del surgimiento (neo) constitucionalismo(s) y del denominado “principalismo”. Transformación, en el que, “se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista” (Aguiló, 2010), toda vez que, como ya se ha advertido en el apartado de revisión de literatura, el paradigma pospositivista (identificando tanto al constitucionalismo normativista y constitucionalismo principalista), a diferencia del paradigma positivista (formalista), postulan tesis en aras de garantizar en la mayor medida posible la tutela de los derechos fundamentales de la persona. En ese contexto, si bien, tanto la teoría del constitucionalismo normativista- garantista (planteada por Ferrajoli) y el constitucionalismo principalista (sostenida por Atienza), no parten desde una misma teoría del derecho, debe destacarse que ambas convergen en la defensa de la supremacía de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales de la persona. La tesis planteada por Ferrajoli parte de la concepción de los derechos fundamentales desde una teoría caracterizada por una normatividad constitucional fuerte, de tipo regulativo (Ferrajoli, 2014: 28-29). Es decir, a partir de un *positivismo constitucionalista* (distinta al denominado paleopositivismo o positivismo formalista), es por ello, que el citado autor,



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



sostiene que en el paradigma constitucional el derecho no se identifica ya exclusivamente con las leyes, sino con las leyes y la constitución y que los derechos fundamentales son reglas y no principios, por lo que, deben ser aplicadas (pero no ponderadas).

En ese orden, cabe desatacar que el denominado constitucionalismo normativista, al tener como presupuesto el “rasgo estructural de las constituciones, ligado a su colocación en el vértice de la jerarquía de las normas” (Ferrajoli, 2014)

Considerar que la validez de una norma no solo puede calificarse desde un punto de vista validez formal o vigencia sino desde una validez substantiva, que implica satisfacción de criterios de contenido que están incorporados los derechos fundamentales (Atienza, 2009); parte del contexto del Estado Constitucional y no un tipo de Estado de derecho legislativo. Asimismo, respecto a esta teoría, debe resaltarse que se sustenta en que, en la aplicación del derecho debe tenerse siempre presente la tutela de los derechos fundamentales, toda vez que, los “derechos subjetivos corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiéndose, por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrito a un sujeto por una norma jurídica (...) (Ferrajoli, 2004) y al corresponder a intereses y expectativas de todos, formarían el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la “dimensión” sustancial de la democracia. (Ferrajoli, 2004).

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



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

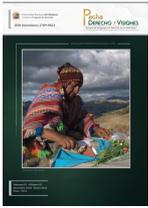


también postpositivismo), comprende “como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas” (Ferrajoli, 2014).

Función del control difuso en sede administrativa y los sustentos teóricos que legitiman su Aplicación Por Tribunales Administrativos

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

El control difuso supone en todos los casos la inaplicación de una norma jurídica, esto como producto de haberse encontrado incompatibilidad entre una ley y la Constitución. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado que el acto de inaplicar supone la “acción de un operador jurídico consistente en “no aplicar” una norma jurídica a un supuesto determinado”; en ese contexto, es un efecto negativo que recae sobre la norma por la constatación de inconstitucionalidad, esto es, en caso se advierta la no conformidad de la norma controlada con otra de rango superior, o la afectación del principio de competencia como criterio de articulación de las fuentes en un sistema normativo (Exp. N° 00025-2010-PI/TC). En síntesis, la función del control difuso administrativo sirve para garantizar que los tribunales administrativos apliquen o hagan prevalecer la Constitución frente a una norma contraria a ella. Este mecanismo, también, implica la inaplicación de una norma a un caso concreto, esto es, en el contexto de la evaluación de un problema – especialmente, en el marco de procedimiento administrativo donde tenga que preferirse la Constitución.



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



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

Al respecto, cabe partir indicando que la Constitución en un Estado Constitucional “no supone solo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales (el principio dinámico del sistema jurídico-político), sino la existencia de ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho”, adicionalmente, supone el “incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica” (Atienza, 2005). En ese sentido, se advierte que, los órganos públicos, cómo organismos de poder, están sometidos a la Constitución y sus diversas disposiciones, asimismo, quedan obligados a ofrecer justificaciones que estén en relación con el contenido de la carta constitucional.

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

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

En el Estado Constitucional es esencial garantizar la tutela los derechos fundamentales, ya que su fundamentalidad radica en el hecho de que descansan en la idea de la dignidad del ser humano, asimismo, legitiman y fundamentan el sistema jurídico, esto es, las normas y todas las disposiciones existentes en determinado ordenamiento jurídico son válidos en la medida que no vulneren los derechos fundamentales; si es que sucediese lo



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



contrario, invalidándose la disposición normativa que contravenga la constitución y vulnere algún derecho fundamental para su aplicación tendría que ser expulsado del mismo. En ese sentido, en el marco de un Estado constitucional, un orden jurídico resulta válido sólo en la medida que sea coherente con la protección de los derechos fundamentales, lo cual supone que las normas jurídicas y las interpretaciones que hagan los operadores jurídicos deben estar apegadas a la Constitución –coherencia y unidad del texto constitucional al momento de interpretarla. En ese contexto, tomando en cuenta que, los derechos fundamentales dan contenido y legitimidad a las normas del sistema jurídico, los operadores jurídicos se encuentran vinculados a la efectivización del mismo, ya que, no pueden obrar fuera del marco constitucional y mucho menos alejados de la protección derechos fundamentales. Así, siendo la existencia de derechos fundamentales un parámetro material del Estado constitucional, el razonamiento jurídico de los operadores jurídicos han de estar permeados por las proyecciones efectuadas por los derechos. En ese contexto, en el marco de un Estado constitucional la interpretación jurídica no puede llevarse a cabo suprimiendo o desconociendo el contenido de los derechos fundamentales, debido a que vinculan con efectos similares que la ley (regla). Los derechos fundamentales como una realidad vigente obligan a que todos los operadores jurídicos apliquen su contenido, por tanto, esta premisa calza perfectamente en el razonamiento de los tribunales administrativos. Ello en la medida en que en sus interpretaciones siempre deben tener presente a la Constitución y, por supuesto, a los derechos fundamentales.

Ningún tribunal del poder público está sustraído de la fuerza y eficacia vinculante de los derechos, aún más, están en obligación de respetar y promover. En ese orden, normalmente, podemos establecer que los tribunales administrativos, necesariamente, tienen que exhibir compromiso con la Constitución al momento de interpretar las disposiciones legales.

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



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

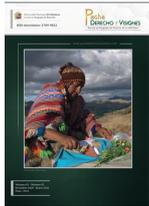
This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



están por encima de las razones de la ley. En el Estado Constitucional todos los órganos del poder se encuentran sometidos al imperio de la Constitución, por consiguiente, es un deber esencial que, también, todos estén en la facultad de proteger y resguardar la carta constitucional, es más, hasta se podría sostener que la legitimidad para defender la Constitución debe ser amplia porque es una norma común que rige la vida y funcionamiento de varios sectores del sistema jurídico. En suma, si se advierte que en determinada resolución de conflicto en el ámbito administrativo existe ruptura o disonancia entre la Constitución y una ley, los tribunales administrativos como última instancia administrativa y tener la facultad de interpretar disposiciones normativas para la aplicación del derecho al momento de resolver conflictos en el ámbito administrativo, en el marco de un Estado Constitucional, les corresponde realizar control difuso de constitucionalidad. En ese contexto, cabe advertir que la tutela de los derechos fundamentales no es exclusiva de órganos jurisdiccionales. Si se observa que una ley es manifiestamente inconstitucional, entonces, los órganos o tribunales administrativos tienen la facultad de inaplicarla, esto es, defender la Constitución y tutelar los derechos fundamentales por encima de todo. En concreto, esto busca reflejar que están vinculados a la Constitución, en tal sentido, una norma inválida e inconstitucional debe ser desplazada para el caso concreto – restricción de la esfera o ámbito de aplicación de la ley para el caso concreto.

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

La supremacía normativa de la Constitución refleja la importancia y trascendencia que tiene la misma en el sistema jurídico, esto es, se constituye en la norma fundamental que irradia y proyecta su contenido en el ordenamiento jurídico. La supremacía de la Constitución va directamente conectado con la idea de la fuerza normativa, esto es, la vinculatoriedad de las disposiciones constitucionales se genera a partir de su fuerza normativa, lo cual se traduce en que los operadores jurídicos están en la obligación de considerar dentro de su canon interpretativo a todas las disposiciones con la misma fuerza, ya que en la Constitución las disposiciones gozan de la misma jerarquía y no gozan de privilegios –todas las disposiciones son iguales–. En ese sentido, los operadores jurídicos,



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



al momento de interpretar disposiciones legales y la misma Constitución, debe hacerse esta operación respetando sobre la base de todos los aspectos y contenidos del texto constitucional (Espinosa, 2018).

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

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

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

El valor normativo de la Constitución se manifiesta cuando sus efectos deben ser acatados de forma obligatoria por todos los operadores jurídicos. Es ineludible aplicar su contenido. Así, en un Estado constitucional, los derechos fundamentales, la supremacía y el valor normativo de la Constitución, necesariamente, exigen un razonamiento especial



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



al momento de resolver conflictos, asimismo, es indispensable que los operadores jurídicos tengan que efectuar la operación de interpretación y comprensión del alcance y sentido de las disposiciones legales a la luz de la Constitución, esto es, el intérprete tiene la “obligación de promover aquellas interpretaciones que coadyuven a la eficacia de la norma constitucional, haciendo a un lado aquellas que más bien promueven, o bien el incumplimiento de sus disposiciones, o que algunas de ellas caigan en desuso”, por ende, sobre todo, es fundamental “asegurar y contribuir a la eficacia de la Constitución” (Espinosa, 2018). En suma, la fuerza normativa de la Constitución tiene la intención firme de condicionar la producción jurídica, ya que el sistema jurídico debe mantener la unidad y coherencia de acuerdo al texto constitucional –es norma fundante y esencial–. Este rasgo no se limita únicamente a la dimensión constitucional, sino que también permea toda la actividad y dinámica jurídica, en consecuencia, los órganos o tribunales administrativos también están vinculados a la Constitución, en este caso, la vinculación es más fuerte y plena porque el texto constitucional condiciona la aplicación del derecho –es fuente de derecho–. Entonces, cuando adviertan que una norma se opone a la Constitución están habilitados y son competentes para hacer prevalecer las disposiciones constitucionales por sobre las legales.

Los fundamentos normativos que habilitan el control difuso en sede administrativa

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

La Convención Americana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

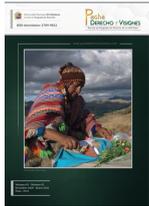
2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



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

En ese orden, tenemos que extraer las siguientes situaciones: 1. Los tribunales administrativos están facultados –son competentes– para inaplicar una norma cuando esta sea incompatible con la Constitución; 2. Los tribunales administrativos están en la obligación de preferir las normas de derechos fundamentales, ello cuando se presente incompatibilidad entre las normas y la Constitución. Se aplica el principio de preferencia interpretativa de los derechos fundamentales, 3. Los tribunales interpretan a la luz de los tratados e instrumentos del derecho internacional – por bloque de constitucionalidad y convencionalidad–. No pueden desconocer normas sobre derechos humanos, 4. Los tribunales administrativos en los casos concretos o situaciones particulares que estén analizando, naturalmente, tienen que utilizar las disposiciones constitucionales, esto es, buscar –casi siempre– una salida compatible con la Constitución. En suma, teniendo en cuenta que la vinculación que emana de las normas que desarrollan los derechos humanos es absoluta, entonces, corresponde aclarar que los órganos o tribunales administrativos (así como los que ejercen la función jurisdiccional ordinaria y excepcional) están sujecionados a la misma, en consecuencia, desde esta perspectiva también quedan habilitados para efectuar control difuso de constitucionalidad. La preferencia por las normas que desarrollan los derechos humanos y fundamentales es un hecho evidente que debe ser replicado y aplicado por los tribunales administrativos. Esto como correlato a que los derechos se irradian en todo el sistema jurídico, en consecuencia, todos los operadores jurídicos están en la obligación de respetar y aplicarlos, en este caso, incluidos los tribunales administrativos –como parte componente de poder.



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Análisis crítico de la sentencia recaída en el expediente N° 04293-2012-PA/TC (caso consorcio requena), precedente vinculante que restringe la aplicación de control difuso administrativo.

El precedente vinculante emitido en la sentencia recaída en el expediente N° 04293-2012-PA/TC, aduce tres fundamentos para dejar sin efecto el precedente vinculante recaído en la STC N° 3741-2004-AA/TC, el mismo que facultaba a todo tribunal y órgano colegiado de la administración pública la aplicación de control difuso administrativo, esto es, la facultad y el deber de preferir la constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnerara manifiestamente. La primera, consistente que “los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que no les corresponde ejercer tan importante atribución” (Exp. N° 04293-2012-PA/TC, f. 33-a). Al respecto, debe destacar que los tribunales administrativos tienen la función de resolver, en última instancia, las apelaciones contra actos administrativos, los mismos que surten efectos jurídicos en el marco de la administración pública y los administrados, es decir, como operadores de derecho, realizan interpretaciones de determinada normatividad para la resolución de conflictos en sede administrativa. En ese contexto, debe evidenciarse que, el tribunal constitucional al emitir este precedente que restringe a los tribunales administrativos la facultad realizar control difuso, ha omitido pronunciarse respecto a la interpretación constitucional, la misma que implica la prioridad en garantizar los derechos fundamentales de la persona, en este caso del administrado, ya que, únicamente, se ha circunscrito dicho órgano constitucional a efectuar una interpretación literal de la constitución, interpretación que no corresponde al modelo de Estado Constitucional. La segunda, consiste en que los tribunales administrativos, no podrían realizar control difuso porque no tendrían un mecanismo de control de la actividad de los operadores del derecho cuando aplicarían referido control, ya que, esta no se encontraría regulada, como si se encontraría en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo N° 017-93-JUS respecto al control difuso por órganos jurisdiccionales. Al respecto, se debe cuestionar que la falta de implementación de un procedimiento formal no puede operar como una justificación para restringir o prohibir la garantía de tutela de los derechos



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

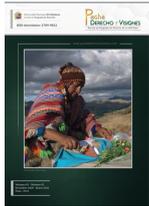
This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



fundamentales del administrado por los tribunales administrativos. Por lo que, en este fundamento que emplea el Tribunal constitucional incurre en una motivación aparente, toda vez que, no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, por consiguiente, incurre en los vicios de motivación desarrolladas por el mismo Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, f. 7-a. Además, hay que considerar que toda restricción o limitación de facultades o competencias en la esfera del poder (público) debe estar justificada, en este caso, fundamentada en razones jurídicas y teóricas consistentes; al menos, ello sucede en el marco del Estado Constitucional.

La tercera, consistente en que “afecta[ría] al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa” (Exp. N° 04293-2012-PA/TC, f. 33-c). Frente este fundamento se observa que, el Tribunal Constitucional, tampoco ha tomado en cuenta que los tribunales administrativos como operadores de derecho realizan interpretaciones sobre determinada normatividad para la resolución de conflictos en sede administrativa, por lo tanto, es probable que allí se puedan encontrar situaciones o hechos que involucren la afectación de los derechos fundamentales del administrado. Por otro lado, debe destacarse que, si bien, la administración pública en general, y los tribunales administrativos en particular, se encuentran adscritos al Poder Ejecutivo, estos al resolver una situación problemática están en la obligación de realizar una interpretación en armonía con la Constitución, ello es mucho más fuerte en el marco del Estado constitucional porque las razones que subyacen y se expresan de ella son de carácter material –realizar la interpretación de una disposición normativa conforme a la constitución a fin de garantizar los derechos fundamentales, como desarrollo de una democracia constitucional. En suma, todos estos argumentos expresados en la sentencia del Tribunal Constitucional exhiben reticencia y cierta desconfianza hacia los tribunales administrativos, al menos, en el uso y aplicación del control difuso de constitucionalidad.

Lo cual resulta opuesta al Estado Constitucional, la eficacia de los derechos fundamentales, la fuerza normativa y supremacía jurídica de la Constitución, entre otros,



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



ya que, no se permite que todos los operadores del derecho hagan interpretación constitucional, en especial, interpretación conforme a la Constitución. Esta situación resulta mucho más problemática aun cuando el Estado Constitucional promueve la lectura e interpretación abierta de la Constitución, en el que los operadores jurídicos como parte de los órganos de poder están obligados a realizar interpretación de las disposiciones ordinarias de acuerdo al texto constitucional. Esto último va en sintonía con el artículo 51° de la Constitución, la misma que menciona que la “la Constitución prevalece sobre toda norma legal”.

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

Respecto a las posiciones en defensa y en contra de la aplicación de control difuso administrativo, se debe destacar lo siguiente: En cuanto a la posición que adoptan Bullard e Higa, por los argumentos sustentados en los apartados precedentes, concordamos con la defensa de la aplicación del control difuso por tribunales administrativos; no obstante, por los sustentos del constitucionalismo (tanto normativista y/o principialista) que respaldan los sustentos teóricos para la viabilidad del control difuso por tribunales administrativos, discordamos con la posición de que el problema de viabilidad del control difuso por autoridades administrativas gire en torno al aparente conflicto entre dos principios: el de jerarquía (primacía de la constitución sobre las leyes) y el de legalidad (esto es, que la Administración pública sólo puede actuar en base a las facultades concedidas por la ley), y que bajo ciertas circunstancias concretas uno de los principios preceda al otro, esto es, que la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. (Bullard & Higa, 2007).

Al respecto, debe resaltarse que la posición argüida en el párrafo anterior, conforme lo han manifestado los citados autores, se basaría en el planteamiento de ponderación de principios, planteado por Alexy. Por lo que, según los citados autores, “en los casos concretos [los principios] tendrían diferente peso”. Así, “en algunos supuestos, según las características del problema que se enfrentara el principio de legalidad debiera primar sobre el de jerarquía, de manera que un órgano administrativo no puede preferir la norma



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

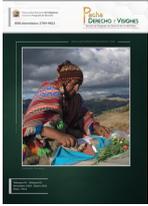


jerárquicamente superior, sino, por el contrario, debe ajustarse al principio de legalidad. Pero en otras, circunstancias puede tener sentido que el principio de jerarquía prime sobre el principio de legalidad, y que por tanto la autoridad administrativa si deba entenderse facultada a preferir la aplicación de la jerarquía sobre la legalidad”. En ese contexto, para los referidos autores, la solución de conflictos entre principios, se resolvería en el plano axiológica, para lo cual se debería identificar una tipología de casos en los que debe primar la jerarquía sobre la legalidad y otros en los que la legalidad debe primar sobre la jerarquía, por lo que, lo importante sería “que las categorías de los casos estén agrupadas con un criterio razonable y ordenado que haga predecible el resultado” (Bullard & Higa, 2007).

Nuestra observación a tal posición parte de que los citados autores no sustentan del por qué a la “jerarquía” y “legalidad” identifican como principios y por tanto ponderables, y no toman en cuenta como regla la supremacía constitucional, máxime que éste último es uno de los presupuestos de un Estado constitucional, esto en razón de tutelar en la mayor medida posible los derechos fundamentales. Debe destacarse al respecto que, si bien, Alexy, acepta a los principios como “mandatos de optimización que están caracterizados porque pueden ser cumplidos en diferente grado” (Alexy, 1993); sin embargo, tal acepción lo realiza en referencia al carácter de los derechos fundamentales y no a las fuentes del derecho como lo son la ley y la constitución, es decir, la aplicación de ponderación propuesta por Alexy no recae en fuentes del derecho sino en derechos fundamentales identificados como principios (he ahí la identificación del constitucionalismo principalista).

CONCLUSIONES

Existen razones de carácter teórico que justifican la facultad de realizar control difuso por los tribunales administrativos, los mismos que se fundan en los siguientes aspectos: el Estado Constitucional, la tutela de los derechos fundamentales, la supremacía y fuerza normativa de la Constitución, la interpretación constitucional –en especial, la interpretación conforme a la constitución– y la democracia constitucional. Razones que en el contexto de constitucionalización de sistemas jurídicos se encuentran respaldadas



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



por teorías individuales del derecho enmarcadas en un Estado constitucional, como lo son: el constitucionalismo principalista y el constitucionalismo normativista. A su vez, existen razones de carácter normativo, como el plexo de tratados en materia de derechos humanos que actúa como parámetro de constitucionalidad, y la Constitución Política del Estado que promueve la interpretación conforme a sus disposiciones y la tutela de derechos fundamentales. En consecuencia, los tribunales administrativos pueden emplear tales razones para efectuar control difuso.

Los fundamentos esgrimidos en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 04293-2012-PA/TC (Caso consorcio Requena) no se encuentran acorde a un Estado Constitucional, toda vez que, omite pronunciarse sobre la prioridad de garantizar los derechos fundamentales de la persona, en ese sentido, prescinde tomar en cuenta de que los derechos fundamentales al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la “dimensión” sustancial de la democracia. Asimismo, no toma en cuenta que una democracia constitucional subyace a que todo órgano de poder con facultad y deber de tutelar los derechos fundamentales realice la interpretación de una disposición normativa conforme a la constitución. El citado precedente, sólo se ampara en formalismos de falta de implementación mecanismo de control de la actividad de control difuso administrativo, una interpretación literal del artículo 138° de la Constitución (distante de una interpretación constitucional de Estado constitucional) y una acepción de democracia basada en un Estado de derecho decimonónico.

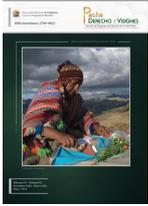
REFERENCIAS

Aguiló, J. (2010). *Interpretación jurídica y teoría de Derecho*. Palestra.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Álvarez, E., & Tur, R. (2013). *Derecho constitucional*. Tecnos.

Atienza, M. (2009). *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico.



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

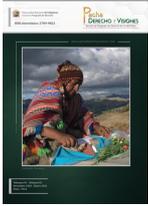
ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Trotta.
- Atienza, M., & Ruiz, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *ISONOMÍA*, (27), 7–28.
- Barberis, M. (2019). *Estado Constitucional. Acerca del nuevo constitucionalismo*. Zela.
- Bernal, C. (2015). *Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Bonorino, P. (2010). *Dworkin*. Ara editores.
- Bullard, A., & Higa, C. (2007). *La defensa de la constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Lima: Palestra Editores S.A.C.
- Carbonell, M. (2015). *Los orígenes del Estado Constitucional y de la filosofía del constitucionalismo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cardenas, J. (2017). *Del estado absoluto al estado liberal*. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones jurídicas.
- Castillo, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Palestra.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y garantías*. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Constitucionalismo y teoría del derecho*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Trotta.
- García, M. (1991). *Estado legal y Estado constitucional de derecho.*: Rodhas.
- Garrorena, A. (2014). *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.



REVISTA PACHA DERECHO Y VISIONES

de la *Universidad Nacional del Altiplano de Puno*

ISSN-e: 2709-9822

2022 - Vol. 3 (1), DOI: <https://doi.org/10.56036/rp.v3i1.38>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



- Guastinni, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hernández, C., & Mazabel, M. (2010). *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*. Ara editores.
- Moresso, J. (2014). *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Palestra.
- Moron, J. (2007). *En La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional*. Palestra Editores S.A.C.
- Peces, G. (1997). De la función de los derechos fundamentales. *Dictionnaire encyclopédique de theorie et de sociologie du droit.*, 537–551.
- Ramón, T. (2006). *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*. Palestra.
- Ríos, L. (2002). El Control Difuso de Constitucionalidad de la Ley en la República de Chile. *Ius Et Praxis*, 8(1), 389–418. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000100021
- Roldan, O. (2015). *La función garante del Estado constitucional y convencional de derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sagües, N. P. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Astrea.
- Waluchow, W. (2009). *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el common law*. Marcial Pons.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. ley, derechos, justicia*. Trotta.