

Primer Congreso Institucional
"El Sistema Tributario Peruano:
Propuesta para el 2000"

Derecho Constitucional Tributario
Expositor: Dr. Aníbal Quiroga León
Miércoles, 17 de Noviembre de 1999

UNA APROXIMACION AL DERECHO CONSTITUCIONAL TRIBUTARIO

INTRODUCCION

Hace algunos años que diversas asociaciones de profesionales comprometidos con el **Derecho Tributario**, a iniciativa de amigos que han sido, o son, directivos o miembros, nos han brindado la oportunidad y confianza, no siendo propiamente **tributarista** -quizás por eso mismo- de desarrollar la temática de los diversos "**instrumentos**" que el Derecho Constitucional ofrece para la determinación de los Principios Tributarios, su adecuada interpretación, desarrollo y defensa; tal como lo informa la Constitución. Esto, que parte de la especial **interpretación constitucional**¹, llega a los confines del **Derecho Procesal Constitucional** desarrollando toda su gama, no siempre bien comprendida y lamentablemente, muchas veces, mal considerada en la norma, en la sentencia o en la vida práctica del Sistema Jurídico nacional.

El **Derecho Procesal Constitucional**, al decir del eximio Profesor mexicano Héctor FIX-ZAMUDIO, tiene por objeto el estudio del esquema de la defensa y control de la Constitución a partir de los sistemas que la doctrina del derecho comparado contiene y que fueron diseñados en la Constitución de 1979(D), y que permanecen grandemente reformulados en la Constitución de 1993 de actual vigencia. Al desarrollarlos, se efectúa una revisión de cada uno de los instrumentos jurídico-procesales para lograr esta defensa y control de la constitucionalidad, en este caso dirigido al Derecho Constitucional Tributario.

¹ QUIROGA LEON, Aníbal.- La Interpretación Constitucional, en DERECHO 39, Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú, F. Ed., Lima, 1985, pp. 323 y ss.

Estos instrumentos tienen como escenario de acción tanto en el Poder Judicial, a través de los mecanismos de control inter-órganos, como aparece de la **Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes**, y los derivados de las Acciones de Garantía, cuanto en el Tribunal Constitucional a partir de la Acción de Inconstitucionalidad, la posibilidad de conocer en Revisión Extraordinaria de última instancia respecto de las Acciones de Garantía denominadas Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento cuando sean denegadas o inadmitidas por el Poder Judicial, en una atribución en que evidentemente se funden los planos jurisdiccionales de estas dos instituciones constitucionales, autónomas en su conformación, pero relacionadas en este extremo ("**Jurisdicción de la Libertad**", al decir del insigne Maestro italiano Mauro CAPPELLETTI). También comprende la determinación de la Contienda de Competencia Constitucional -positiva y negativa- de los diversos órganos constitucionales y, finalmente, la Acción Contencioso-Administrativa destinada a impugnar ante el Poder Judicial los actos administrativos y los hechos de la administración de efecto intersubjetivo.

Un aspecto importante que en esto debe ser tratado es el estudio del verdadero "intérprete auténtico" de la Constitución, habida cuenta del silencio que sobre ese punto contiene la Carta Política, el rol del Parlamento, el funcionamiento de Poder Judicial, la natural función del Tribunal Constitucional y el apasionante tema del valor normativo de las sentencias del propio Tribunal Constitucional en materia de Acción de Inconstitucionalidad y de Contienda de Competencia Constitucional² que hacen de esta atribución, una trilogía no siempre conocida, ni mejor entendida.

Toca en ello la revisión de la génesis y naturaleza jurídica de las normas constitucionales, el carácter específico de su interpretación, estructura y alcances, para ingresar al estudio de los dos grandes sistemas comparados de control de la constitucionalidad: la **Judicial Review**, o Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes, o Sistema Americano de Control de la Constitucionalidad de las Leyes; y el **Sistema Concentrado**, o Sistema Europeo, o Sistema Ad-Hoc de control de la constitucionalidad de las leyes que deriva en la existencia del Tribunal Constitucional; para arribar al esquema mixto que trae el modelo peruano, tanto de la Constitución de 1979(D), como en la actual Constitución de 1993³.

² QUIROGA LEON, Aníbal.- El Modelo de la Constitución de 1979; en: La Constitución Diez Años Después; AAVV; Fund. F. Naumanny Cons. & Soc., Lima, 1989; p. 38 y ss.

³ QUIROGA LEON, Aníbal.- Control "Difuso" y Control "Concentrado" en el Derecho Procesal Constitucional Peruano; en: DERECHO PUC N° 50, Revista de la Facultad de Derecho de la PUC del Perú, Fdb. Ed. Lima, DIC. 1996; pp. 207 y ss.

Junto a ello aparece la Acción de Hábeas Corpus, la Acción de Amparo Constitucional, con la posibilidad de lograr suspensión del acto reclamado en vía de medida cautelar, la Acción de Hábeas Data, la Acción de Cumplimiento, la Acción Popular como control directo y abstracto de revisión judicial de la legislación derivada de alcance general proveniente de la administración pública, la Acción Contencioso-Administrativa, para culminar con la Contienda de Competencia Constitucional -positiva y negativa- ante el propio Tribunal Constitucional; todos ellos como instrumentos del Derecho Procesal Constitucional peruano previstos en la Carta Constitucional en defensa de la legalidad y de la constitucionalidad de los Principios Constitucionales y Derechos Fundamentales de las personas, cada una de ellas con sus respectivas características jurídicas y normatividad aplicable.

I. LA NATURALEZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCION Y LA ADMINISTRACION PUBLICA

1.1 La Teoría de la “Separación de los Poderes”

1.1.1 Antecedentes y desarrollo

La búsqueda del respeto de la “libertad del hombre” determinó que se esbozara en el Siglo XVIII la estructuración del Estado Moderno, a partir de una teoría a la cual se llamó de la “separación de poderes”. Expuesta por LOCKE en un primer momento, y luego desarrollada íntegramente por MONTESQUIEU⁴, sobre la base de lo enseñado mucho tiempo atrás por ARISTOTELES, es esta la teoría que sentará las bases de la constitución de los futuros estados modernos. Sobre la base de que el poder absoluto corrompe absolutamente, por lo que “sólo el poder controla al poder”; y por ello deben ser divididas sus manifestaciones más importantes.

El establecimiento de Estados no dependientes de una única autoridad gubernamental, representada en el Monarca, sino por el contrario, Estados donde se buscaba conjugar de modo equitativo los poderes que

⁴ MONTESQUIEU, Barón de.- *Esprit des Lois*, 1, Cap. VI. “ILn’y a point de liberté si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’executive”, cit. por QUIROGA LEON, Aníbal.- *Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*, en: *La Constitución Diez Años Después*, Inst. Const. & Soc. y Fund. Naumann, Lima, 1989.

anteriormente se hallaban concentrados en una sola persona o un grupo determinado; habida cuenta de ello, la toma de conciencia de la fuente de legitimidad de la cual provenía el poder, el pueblo, determinó la necesidad de otorgar las funciones antes desempeñadas por el Monarca a los llamados poderes del Estado y, con ello, independizar en principio a cada uno de éstos, lo que en la práctica no se puede dar realmente, pues como con posterioridad se vio, siempre existirá un grado de interrelación entre los poderes del Estado, habida cuenta de la función que desempeñan y el origen de su poder.

Durante el Siglo XIX dicha idea fue asentándose, la promulgación de sendas Cartas Constitucionales como consecuencia de la desmembración de los Estados monárquicos y la independización de las colonias europeas en América. Dichos textos fueron adoptando en su contenido las ideas que se desarrollaron luego de la Revolución Francesa y la independencia de Estados Unidos, así como el gran interés que se dio por el estudio de las instituciones que fueron integrándose a ese nuevo Estado, lo que contribuyó decididamente en el impulso del estudio del Derecho Constitucional, así como en el desarrollo de importantes Escuelas de donde fueron surgiendo conceptos que, con el devenir del tiempo han ido amoldándose al mundo contemporáneo, sin perder en ello su base o esencia.

La “teoría de la separación de poderes” fue plasmada en aquellas Constituciones del siglo pasado con la inclusión de normas destinadas a organizar la estructura de ese moderno Estado de Derecho o, mejor dicho, repartir las atribuciones antes concentradas en una sola persona entre diferentes Organos Estatales, cuya autoridad provenía de la fuerza normativa y vinculante de la Constitución. En este punto es importante señalar, a decir de HESSE⁵, de cómo el valor supremo del texto constitucional proviene de la naturaleza que tiene de ser una norma política, y es intrínseco a la misma, puesto que no depende de nada ni de nadie para que se consagre frente a la comunidad como la norma de mayor jerarquía dentro de la misma⁶, y dentro de la tipología de las normas contenidas en el texto constitucional, encontraremos

⁵ HESSE, Konrad.- *Escritos de Derecho Constitucional (Selección)*; CEC, Madrid, 1983; pp. 59 y ss.

⁶ A modo de ejemplo, cabría señalar que, el Artículo 51 de nuestra vigente Carta Constitucional no otorga ningún derecho subjetivo, ni es la razón de ser de la supremacía normativa de nuestra Constitución. Es en consecuencia, únicamente una norma enunciativa de un hecho jurídico o una manifestación de la realidad.



a las denominadas **normas estructurales**⁷, estas tienen por finalidad establecer la estructura, como su propio nombre lo indica, del Estado sobre el cual regirá la Constitución, al lado de las **normas autoaplicables** o **self executing**, y al lado de las **normas programáticas** o de **aplicación diferida**.

El desarrollo en la interpretación de la “**teoría de la separación de poderes**”, determinará que la misma vaya reconvirtiéndose. Así tenemos que a principios del pasado siglo se cuestionará la tesis de la división de poderes, llegando algunos estudiosos de la materia a la conclusión que el poder proveniente del Estado no puede ser dividido, (crítica que se había podido apreciar desde el origen de dicha teoría), habida cuenta que este es uno solo, y se manifiesta a través de las diferentes competencias que se le asignan a los diversos Organos del Estado creados por las normas que organizan la estructura de dicho Estado. En consecuencia, ya no hablaremos de una división de poderes, sino más bien, de una repartición de facultades o competencias al interior del Estado, repartición que se dará entre estos Organos Estatales. Esta idea formulada en principio por JELLINEK, fue luego reafirmada y complementada por KELSEN, quien desarrolla además a partir de lo expuesto que el establecimiento de un Estado de Derecho y el respeto a la democracia, dentro del mismo, requerirá necesariamente que los Organos que conformen el Estado, tradicionalmente llamados los “**poderes del estado**”, se controlen entre sí, a lo cual la doctrina constitucional denomina “**control interórganos**”, y además de ello que se de un control al interior de los mismos, a lo que se denominará “**control intraórganos**”. Ello será posteriormente estudiado con mayor profundidad por LOWENSTEIN⁸.

Como vemos de los párrafos precedentes, nos encontramos frente a una entelequia, una abstracción llamada “**Estado**”, cuyo cúmulo de atribuciones y competencias ha sido asignado (repartido) mediante una norma suprema (la Constitución), a los diferentes Organos que conforman dicho Estado, y que

⁷ Las normas constitucionales pueden ser de tres tipos: (i) autoejecutables, (ii) programáticas (esto es para su cumplimiento requieren de desarrollo legislativo), y, (iii) estructurales (se refieren a la estructura formal del Estado).

⁸ LOEWENSTEIN, Karl.- Teoría de la Constitución, 2da. Ed., Barcelona, 1970, cit. por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo.- La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional, Ed. CIVITAS, 3era. Ed., Madrid, 1985.

los mismos, se controlarán entre sí, para con ello fortalecer el sistema democrático, y evitar, de alguna manera la prevalencia de alguno de dicho Organos respecto del otro.

1.1.2 La asignación de competencias o facultades en la Organización del Estado

Tradicionalmente se han determinado como tres las competencias o facultades que se desarrollan en el seno de un Estado: (i) legislar; (ii) ejecutar; (iii) administrar justicia. De éstas se desprenderá la nomenclatura asignada a los poderes del Estado. Ahora bien, cabe hacer notar que las labores antes señaladas no son exclusivas de ser ejercitadas por el “poder” al cual le ha sido encomendada. En otras palabras, los antes llamados “Poderes del Estado” (hoy mejor conocidas como “Organos del Estado”), para poder desarrollar la función principal que le ha sido asignada requieren hacer uso de todas las facultades antes mencionadas, puesto que su desarrollo no se da aisladamente, se da en interrelación tanto dentro de la denominada “Administración Pública” como con los ciudadanos, o “administrados” (“justiciables administrativos”).

1.2 El concepto de Administración Pública

Al formularse la Constitución, el Poder Constituyente delimita las competencias estatales teniendo en cuenta un determinado modelo de organización política del Estado que se expresa, en primer término, a través de las ya mencionadas normas de naturaleza estructural; pero, en un segundo lugar, se expresa también a través de las normas constitucionales de naturaleza programática, esto es aquellas que requerirán de un necesario desarrollo legislativo para poder ser aplicadas, y suponiendo con ello una necesaria interpretación del texto constitucional, pues precisamente se podrá establecer una determinada estructura estatal mediante dichas normas que desarrollan y con ello interpretan el texto constitucional.

Dentro de este modelo de Estado es que se asignan competencias a los diversos entes estatales. Ello se hace de manera general a través de normas, principios, propósitos que constituyen marcos dentro de los cuales se desarrolla el Estado, por lo que se requiere instrumentalizarlas a través de normas específicas que cada órgano estatal dicta. Esta distribución de



funciones de los órganos competenciales del Estado es la que permite a los diferentes órganos del Estado ejercer su función de manera especializada. Como señala BIDART⁹, el poder del Estado se ejerce a través de los órganos-individuos (Presidente, Ministros, Congressistas, etc.) y los órganos-instituciones con una determinada esfera de competencia. Los denominados "órganos-instituciones" tienen un área de competencia y un conjunto de atribuciones y facultades. La competencia es la asignación de "su" función a un órgano-institución.

Hemos hecho referencia en el subtítulo precedente al concepto de "**Administración Pública**", concepto que será el centro de estudio del **Derecho Administrativo**. Podemos entender, a partir de los párrafos precedentes, como Administración Pública al conjunto de "**organizaciones personificadas que tienen encomendadas la satisfacción de fines de interés general**"¹⁰, cuyo origen normativo se encuentra en el texto Constitucional, o en las normas legales que lo desarrollan, a partir de lo cual podremos advertir la jerarquía o rango de la organización u órgano de la Administración Pública a la cual nos refiramos; dicho así, encontramos que aquellas organizaciones de la Administración Pública cuya partida de nacimiento se encuentra en el texto constitucional, recibirán el nombre de Órganos Constitucionales, como por ejemplo el Banco Central de Reserva, la Defensoría del Pueblo, el Tribunal Constitucional, etc. De otro lado tenemos que existen dentro de la organización del Estado, órganos u organismos cuyo nacimiento data de una Ley (en sentido estricto del término) como por ejemplo INDECOPI, OSIPTEL, OSINERG, el Consejo Nacional del Medio Ambiente (CONAM), o el Consejo Nacional de Minería, a los que denominaremos en general **Órganos de la Administración Pública**. Los primeros más los segundos conformarán al íntegro de la Administración Pública.

Todos estos órganos y organismos del Estado tienen de alguna u otra forma la capacidad de ejercer funciones legislativas, jurisdiccionales, y ejecutivas, y se manifestarán a la ciudadanía (a decir del derecho administrativo a los

⁹ BIDART CAMPOS, Germán.- Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Editorial EDIAR. Buenos Aires 1993. Tomo I, p. 9.

¹⁰ ESCUIN PALOR Vicente.- Introducción al Derecho Público (Instituciones); TECNOS, Madrid 1997, p. 98.

administrados), mediante ACTOS ADMINISTRATIVOS.

1.3 El concepto de Acto Administrativo

A decir nuevamente de ESCUIN¹¹, podemos definir al Acto Administrativo como;

“(…) una decisión unilateral ejecutoria de una Administración Pública, realizado en el ejercicio de una potestad administrativa, por el que se crea, modifica o extingue una situación jurídica individualizada. Destaca en el acto administrativo su carácter unilateral, esto es, que no requiere de la voluntad de su destinatario para que produzca efectos. (…)

Consistiendo todo acto jurídico en una declaración de voluntad, deseo, conocimiento o juicio productor de efectos de esta naturaleza, la doctrina italiana perfiló los actos administrativos como “cualquier declaración de voluntad, deseo, conocimiento o juicio, realizado por un sujeto administrativo, en el ejercicio de una potestad administrativa, por el que se crea, modifica o extingue una situación jurídica individualizada” (…)

De lo antes expuesto, tendremos como características esenciales del Acto Administrativo: (i) son actos jurídicos; (ii) provienen de la Administración Pública; y, (iii) son consecuencia del ejercicio de la competencia o potestad asignada al ente administrativo emisor.

Hemos sostenido que los Actos Administrativos están dirigidos a los administrados; ahora bien, cabe en este punto precisar que los mismos pueden tener naturaleza general o particular. Los primeros son aquellas manifestaciones de la Administración Pública de efectos generales; pueden ser consecuencia de la actividad legislativa del Poder Ejecutivo, el típico caso de los denominados “Reglamentos”, o la actividad reguladora de un Órgano de la Administración Pública, por ejemplo, una Resolución que determine lineamientos específicos a ser acatados por un sector determinado. Los segundos, esto es los actos administrativos que tienen efectos particulares, al contrario de los primeros, tendrán efectos únicamente respecto de un administrado, generarán una consecuencia jurídica particular, que sólo afecte a dicho administrado, y responde a alguna pretensión de orden administrativa formulada por éste, o de otro lado, pueden suponer la manifestación del ente público ante determinada conducta del administrado.

¹¹ ESCUIN PALOP, Vicente.- Op. Cit. p. 104.

Finalmente, cabe señalar respecto de los Actos Administrativos, que su valor y eficacia estará, determinado, por el análisis de los elementos que debe contener dicho Acto Administrativo, los que pueden enumerarse básicamente en¹²: subjetivo, objetivo, causal, teleológico y formal. De la carencia o deficiencia en alguno de estos elementos se podrá desprender consecuentemente la irregularidad de un Acto Administrativo.

II. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

2.1 Concepto

Comenzaremos remitiéndonos al origen y definición del concepto de Justicia o Jurisdicción Constitucional:¹³

“El concepto de Justicia Constitucional o, como también se le denomina, Jurisdicción Constitucional¹⁴ surge con el proceso mismo de la constitucionalización del Estado Moderno. Surge cuando el avance del Constitucionalismo determina la supremacía de las normas constitucionales por sobre aquella de la legislación ordinaria, cuando para ello se requiere de la defensa -y de su mecanismo- de esa categoría especial de norma positiva determinada en el texto constitucional.

¹² Op. Cit. p. 105

¹³ QUIROGA LEON, Aníbal.- Una aproximación a la Justicia Constitucional: El Modelo Peruano EN: Sobre la Jurisdicción Constitucional; AAVV, Fondo Editorial PUC del Perú, Lima 1990; pp. 152 y ss.

¹⁴ Sobre la denominación parecería contradicción y discrepancia. Así, FIX-ZAMUDIO (Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. (1940-1965); Op. Cit.), como en el trabajo que tiene con Jorge CARPIZO (La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente; Revista parlamentaria Iberoamericana, 2. Madrid, 1986) la denota incuestionablemente como Justicia Constitucional; en tanto que GARCIA BELAUNDE (Protección Procesal de los Derechos Fundamentales en la Constitución Peruana de 1979; en Revista DERECHO PUC 35; P.A. de Derecho de la PUC del Perú, Lima, 1981, así como en el ensayo Sobre la jurisdicción constitucional que es materia de esta misma obra colectiva) opta sin lugar a dudas por la de Jurisdicción Constitucional. KELSEN, como bien apunta GARCIA-BELAUNDE las denota indistintamente -quizás por la variedad idiomática o la traducción-. En el fondo, bien visto, no hay diferencia conceptual sustantiva entre ambos términos y así serán utilizados, como equivalentes, aún cuando el segundo aparezca más sugerente, y quizás a ello debemos la opción de GARCIA-BELAUNDE en el título de este libro. Sin embargo, la denominación de Justicia Constitucional que parece más completa, pues apunta a la búsqueda del valor “justicia” dentro del texto constitucional, diferente del valor justicia en su acepción común. Si la Constitución contiene valores y principios, la justicia constitucional es el mecanismo para su búsqueda y protección. En el fondo, no pasa de ser un problema de diferente óptica de partida, entre un procesalista en búsqueda axiológica (FIX-

En consecuencia, se puede afirmar que la jurisdicción o Justicia Constitucional surge entre finales del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX, luego de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa, a la par con el especial proceso de constitucionalización que ocurre en Inglaterra a la muerte de CROMWELL en 1858¹⁵. Como lo apunta el propio SCHMITT¹⁶, en Alemania también se produjo el mismo fenómeno en el Siglo XIX, aunque las luchas constitucionales germánicas no puedan compararse con las grandes revoluciones mundiales no cambiaron la historia del hombre moderno. No obstante, señala, las constituciones de la Monarquía Constitucional alemana no olvidan el problema de la supremacía constitucional como se aprecia de las Constituciones de Baviera de 1818 de Sajonia de 1931¹⁷.

Por Justicia Constitucional, o Jurisdicción Constitucional, entonces, podemos entender aquel proceso histórico surgido del propio desarrollo constitucional de los Estados Modernos de derecho, que establecieron mecanismos de control, autocontrol y de defensa de la supremacía y vigencia constitucional”.

ZAMUDIO) y un iusfilósofo (GARCIA BELAUNDE) en el afán concreto de lograr la defensa constitucional. Acerca de la óptica axiológica en el Derecho Constitucional, se puede ver FERNANDEZ SEGADO, Francisco.- La necesaria dimensión valorativa del Derecho Constitucional; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1, Ed. REUS. Madrid, 1988, CAPPELLETTI, Mauro Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional; en: Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; y LOPEZ AGUILAR, Juan Fdo. Notas sobre la aportación de la Justicia Constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos de España; en: Revista de las Cortes Generales N° 12, Madrid, 1987; al propio FIX-ZAMUDIO, Héctor.- La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración general de inconstitucionalidad; doc. de trabajo, fotocopia. Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, (La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica) Bogotá, 1977. Ver también el Prólogo de GARCIA BELAUNDE a la obra de BOREA ODRIA, Alberto.- El Amparo y el Habeas Corpus en el Perú de hoy; Biblioteca Peruana de Derechos Constitucional, Lima, 1985; p. 11; así como el importante ensayo que ya usa esta denominación, titulado El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general; SOUSA CALLE y DANOS ORDONEZ en: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación; Ed. Cuzco S.A., Lima, 1987. pp. 281 y ss. Más recientemente, véase GARCIA BELAUNDE, Domingo.- De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional; en: Libro Homenaje a Peter Haberle; Mimeo, Lima, 1999.

¹⁵ SCHMITT, Carl. La Defensa de la Constitución; Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1983; pp. 27 y ss. Prólogo de Pedro DE VEGA y traducción de Manuel SANCHEZ SARTO.

¹⁶ Op. Cit.

¹⁷ Precisamente la Constitución de Sajonia de 1831, bajo el epígrafe De la Defensa de la Constitución, se refiere además a las atribuciones del Tribunal de Justicia Constitucional, instituido desde entonces para fallar sobre las dudas que se susciten sobre la interpretación de los textos constitucionales, cuando no haya acuerdo entre el Gobierno y los Estamentos, op. cit. y cita N° 5 STOERK. Handbuch der deutschen Verfassungen, p. 343.



Ahora bien, a partir de esto podemos referirnos a la definición que la doctrina le da al denominado “**Derecho Procesal Constitucional**”, al decir de GONZALES PEREZ¹⁸, quien señala lo siguiente:

“Si el Derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes al proceso, del Derecho procesal constitucional podrá afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional.

(...)

El Derecho procesal podrá ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso, luego el Derecho procesal constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional.”

En tanto que BIDART CAMPOS¹⁹ refiere sobre este tema lo siguiente:

“En forma muy vinculada con la jurisdicción constitucional ha tomado curso y adquirido crédito el llamado “derecho procesal constitucional” o derecho constitucional procesal²⁰, que sintéticamente es el que regula el proceso constitucional, y que tiene como objeto la materia constitucional. En otros términos, la materia sometida a la jurisdicción constitucional en el proceso constitucional es constitucional, y las normas en juego -tanto las de fondo que rigen la causa, cuanto las de forma que rigen el procedimiento- son constitucionales (las últimas cuando menos lo son en sentido material, aunque acaso no estén contenidas en la constitución formal).”

Las definiciones conceptuales antes expuestas nos permiten en este punto determinar que aquellos instrumentos procesales que contiene una Carta Constitucional han sido incorporados a la misma con la finalidad de brindar a los justiciables la posibilidad de solicitar como pretensión procesal la defensa y prevalencia de la norma constitucional. Ello, claro está, determinado por ciertos límites, los mismos que en principio los podremos encontrar en el propio texto constitucional, y responderán en algunos casos a una opción política, habida cuenta que el texto constitucional es una norma de eminente

¹⁸ GONZALES PEREZ, Jesús.- Derecho Procesal Constitucional, Ed. CIVITAS, Madrid, 1980, p. 49.

¹⁹ BIDART CAMPOS, Germán J.- La interpretación y el control constitucionales en la Jurisdicción Constitucional; Ed. EDIAR, Bs.As. 1987, p. 257.

²⁰ En este extremo de la definición no concordamos con el autor, pues creemos que, el Derecho Procesal Constitucional y el Derecho Constitucional Procesal, abordan dos temáticas diferentes, al respecto ver: QUIROGA LEON, Aníbal.- Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia; EN: La Constitución 10 años después; op. cit. pp. 289 y ss.

contenido político; en tanto que, en otros casos dichos límites podremos encontrarlos en las normas legales que regulen los procesos constitucionales, las mismas, que no obstante no ser parte integrante del texto formal de la Constitución, materialmente deberán ser consideradas como normas de orden constitucional, puesto que su contenido se refiere al mismo, sin ello significar que tengan el mismo nivel jerárquico de la Carta Constitucional, el que, como hemos visto en la parte primera de la presente Ponencia, emana de la naturaleza normativa de la misma.

Una primera y rápida revisión de nuestra Constitución nos podría llevar erróneamente a apreciar que solamente se han determinado como instrumentos procesales de protección constitucional, o procesos constitucionales, a aquellos enumerados en el Artículo 200 de la Carta Constitucional, puesto que si revisamos con mayor minuciosidad la Constitución de 1993 encontraremos que adicionalmente a los procesos constitucionales contenidos en el ya mencionado Artículo 200, tenemos que el Artículo 138 en su primera parte, el Artículo 148 y el Artículo 202 Inciso 3 forman parte también del Derecho Procesal Constitucional. Así encontramos que son 9 los Procesos Constitucionales contemplados en nuestra Carta Constitucional, los mismos que a continuación pasamos a enumerar:

1. Control Difuso o Judicial Review de la Constitucionalidad de las normas legales (Artículo 138);
2. Acción Contenciosa Administrativa (Artículo 148);
3. Hábeas Corpus (Artículo 200 Inciso 1);
4. Acción de Amparo (Artículo 200 Inciso 2);
5. Hábeas Data (Artículo 200 Inciso 3);
6. Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes (Artículo 200 Inciso 4);
7. Acción Popular (Artículo 200 Inciso 5);
8. Acción de Cumplimiento (Artículo 200 Inciso 6); y,
9. Contienda de Competencia Constitucional (Artículo 202 Inciso 3).

Podemos organizar todos estos procesos constitucionales en dos diferentes clases: las Acciones propiamente de Garantía; y, las Acciones de Control Constitucional. La diferencia entre ambos tipos de procesos constitucionales radicará en el objeto de los mismos, y el foro de ubicación de su desarrollo, manifestado en el proceso a través de la pretensión que se solicite al Juzgador Constitucional.



En nuestro ordenamiento jurídico es nota de gran importancia el resaltar que coexistan al interior del texto constitucional los dos sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes, esto es (i) el Difuso (Judicial Review) o Americano; y el (ii) Concentrado o Europeo.

“También hemos señalado que el control de la constitucionalidad tiene tres grandes sistemas²¹. Entre ellos: el europeo o de Justicia Constitucional concentrada o Ad-Hoc, generalizado a partir de la Constitución austríaca de 1920 y de la obra de HANS KELSEN; en el que un órgano autónomo especializado y constitucionalmente designado para ello, tiene la potestad de revisar la constitucionalidad de las normas legales y los actos de poder, estableciendo al respecto declaraciones generales ERGA OMNES de plenos efectos derogatorios o rescisorios. El Sistema Americano o de control difuso (también denominado de la Judicial Review), permite -como ya se ha dicho- que sea el aparato judicial ordinario el que desarrolle la función del control de la constitucionalidad, sea con efectos derogatorios o rescisorios ERGA OMNES (sea por la peculiaridad del sistema judicial como el caso del Stare Decisis) norteamericano o porque así se legisle) o con efectos particulares limitados al caso concreto materia del litigio donde sea determinada la norma inconstitucional.

Nuestro ordenamiento Jurídico Nacional contiene, hoy por hoy, estos dos grandes sistemas²², en lo que podríamos válidamente considerar un Sistema Mixto de Justicia Constitucional, pues por un lado la Constitución de 1979 en sus Arts. 296 y siguientes, ha creado un órgano Ad-Hoc de control de la Constitucionalidad de las normas y actos de poder en el Perú, diferente y diferenciado del Poder Judicial, y que recibe la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales, cuyas decisiones en

²¹ Ver Supra 3. Categorías Fundamentales.

²² Sin embargo Domingo GARCIA BELAUNDE, en autorizada y fundamentada opinión contenida en Carta personal de 31 de enero de 1989, señala que la denominación al sistema peruano es la de Sistema Dual “(...) la justicia constitucional en el Perú es de carácter mixto. Así lo dices tú, y creo que la idea la lancé yo hace algún tiempo. Ahora he cambiado de opinión. Un sistema mixto es aquel que tiene mixtura; o sea, dos o más elementos que por ser tales, dan origen a uno nuevo, distinto y diferenciado de los demás, alejándolo de la pureza de algunos de sus elementos y creando un nuevo tipo, un Tertium Genus. Así, mixto es el sistema venezolano (...). En nuestro caso el asunto es distinto. Existe desde 1936 un sistema americano, mixto es el sistema venezolano (...). En nuestro caso el asunto es distinto. Existe desde 1936 un sistema americano, difuso, de no aplicación, que se ha ido incrementando y perfeccionando. En 1979, se creó al lado de éste, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que es propio del sistema europeo y que funciona como tal. Son pues dos sistemas que andan por su lado y que no se cruzan. Tan sólo en la casación se encuentran, pero sin fallar nada. (...) Son pues dos los sistemas en los cuales nos movemos, el americano muy avanzado en teoría; el europeo muy en embrión y limitado ¿Cómo lo podemos calificar? En una reciente ponencia en Madrid, lo llamé “sistema dual” de control jurisdiccional; también podría denominarse “sistema doble”, “sistema paralelo”, etc. Creo que vale

materia de inconstitucionalidad de leyes y normas tienen efectos derogatorios ERGA OMNES²³; en tanto que, por otro lado, se mantiene la facultad de los Jueces y Tribunales ordinarios, en cualesquiera de sus instancias, grados y jerarquías (inclusive la Justicia de Paz Letrada) de calificar la constitucionalidad de una norma que debe ser materia de aplicación en una causa de su conocimiento y competencia.”^{24,25}

Lo antes expuesto determinará, a diferencia de los ordenamientos jurídico-constitucionales donde solo encontramos la presencia del sistema de control concentrado, que la “jurisdicción constitucional” pueda ser válidamente ejercida no solamente por los Magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los Magistrados del Poder Judicial, cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria. En consecuencia, en nuestro medio la “jurisdicción o justicia constitucional” podemos decir se entiende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, tanto cuando sus Magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) contemplada en el ya mencionado Artículo 138 de la Constitución; cómo cuando conocen y resuelven las Acciones de Garantía Constitucional.

Hemos señalado en el párrafo precedente, que no todos los procesos

la pena ahondar el asunto (...). Sin lugar a dudas, esta posición, pedagógica en sí misma, merece tenerse en cuenta. En abono de la tesis de la denominación de “Sistema Mixto” puede revisarse el trabajo ya citado de SOUSA, Martha y DANOS, Jorge. Op. Cit. p. 296 y cita 15, quienes comparten esta misma opinión, dando cuenta que igual posición tienen PELAEZ BAZAN, CARDENAS QUIROZ, el propio GARCIA BELAUNDE (en 1981), BLUME FORTINI, BOREA ODRÍA y CORZO MASIAS. Cit. Por QUIROGA LEON, Anibal.- Una aproximación a la Justicia Constitucional: El Modelo Peruano EN: Sobre la Jurisdicción Constitucional, AAVV, Fondo Editorial PUC del Perú, Lima, 1989, pp. 180 y ss.

²³ “Art. 296.- El Tribunal de Garantías Constitucionales es el Órgano de Control de la Constitución (...)” “Artículo 301. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional una norma en todo o en parte.” “Artículo 302. El Tribunal comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo. El Congreso en mérito del fallo aprueba una ley que deroga la norma inconstitucional. Transcurridos cuarenticinco días naturales sin que se haya promulgado la derogatoria, se entiende derogada la norma inconstitucional. El Tribunal ordena publicar la sentencia en el Diario Oficial”.

²⁴ QUIROGA LEON, Anibal.- Una aproximación a la Justicia Constitucional: (...); Op. Cit. p. 180 y ss.

²⁵ Si bien es cierto, que hoy está vigente una nueva Constitución, es cierto también que ello no ha modificado el Sistema Constitucional Mixto de Control que tuvimos diseñado con la Constitución de 1979, el cual se ha repetido.



constitucionales son iguales, y que su diferencia radical está en la pretensión que se formule al Juzgador Constitucional así tenemos que son dos los tipos de procesos constitucionales, los de Garantías Constitucionales, y cuya pretensión está destinada a la defensa de los derechos fundamentales de las personas; y las Acciones de Control Constitucional, cuya pretensión, en todas sus variantes, estará dirigida a preservar y defender la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus Organos y Organismos y, derivadas del uso de las facultades o poderes que la Constitución y las leyes les ha atribuido a los mismos.

De acuerdo a lo antes expuesto son propiamente Acciones de Garantía Constitucional: (i) el Hábeas Corpus; (ii) la Acción de Amparo; (iii) el Hábeas Data; y, (iv) la Acción de Cumplimiento. En tanto que serán Acciones de Control Constitucional: (i) la Acción de Inconstitucionalidad; (ii) el Control Difuso de la Constitucionalidad de las leyes; (iii) la Acción Popular; (iv) la Contienda de Competencia Constitucional; y, (v) la Acción Contencioso Administrativa.

2.2 Las Acciones de Garantía Constitucional

Habría que mencionar, en primer término, que éstas se encuentran legisladas en conjunto dentro del texto constitucional, habiéndose incurrido en el error de agruparlas a la par de las acciones de control, lo que genera confusiones y no pocos errores conceptuales. Ello, a decir de GONZALES PEREZ²⁶, responde a un denominador común en los ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que los mismos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama del derecho, ha sido abordado en su mayor parte por estudiosos del Derecho Constitucional, y no del Derecho Procesal.

En adición a lo antes expuesto habría que señalar que no obstante haberse dispuesto constitucionalmente que se deberá dictar una Ley Orgánica que regule todas las "**Acciones de Garantía Constitucional**"²⁷, hasta la fecha no se han dado pasos en serio que conduzcan a tal finalidad, ni de que se promulgue un **Código Procesal Constitucional** como ya lo hemos apuntado con

²⁶ GONZALES PEREZ, Jesús.- Op. Cit. p. 50.

²⁷ Entiéndase ello como todos los Procesos Constitucionales.

anterioridad, y es por ello que encontramos dispersas en los diferentes ordenamientos procesales normas legales de naturaleza procesal constitucional, lo que ha conllevado la existencia en nuestro medio de un tan escaso como confuso desarrollo jurisprudencial en esta materia. Ello, aunado adicionalmente a los problemas de naturaleza política que necesariamente se dan en todo juzgamiento constitucional, habida cuenta de la ya mencionada naturaleza política del texto constitucional, trae problemas de interpretación, aplicación práctica, entendimiento y acatamiento de estos instrumentos de la defensa constitucional.

2.3 La interpretación de las normas

Conforme a lo antes señalado, es indispensable en el presente punto, referirnos tanto a la "Interpretación Constitucional" como a la "Interpretación legal", partiendo de la harto debatida tesis de que ambas son diferentes.

2.3.1 Interpretación Legal

Es aquella que se realiza respecto de toda Ley, en sentido lato, y que se circunscribe a determinadas fórmulas que a través del desarrollo de los principios generales del Derecho y de la Ciencia Jurídica se han ido plasmando. La interpretación de las leyes, no es exclusiva del Juzgador, constitucional u ordinario; se realiza tanto por la misma Administración Pública al expedir actos legislativos y ejecutivos y con ello interpretar las normas legales de las cuales provienen las facultades que está utilizando, cuanto por los ciudadanos y justiciables, cuando por ejemplo acuden a la Administración Pública alegando ser poseedores de un derecho determinado, por haberse ello plasmado en una norma legal. Mientras que en el último de los casos nos encontramos ante un supuesto de interpretación no vinculante, pues será la Administración Pública en primer término, quien determine si la interpretación realizada por los administrados es la adecuada, en el primero de los casos, nos encontramos ante una interpretación legal que tiene efectos vinculantes, pues de ella derivan tanto los actos legislativos como administrativos-ejecutivos que adopte el Estado a través de sus diferentes instancias. Finalmente al respecto, y aún con mayor trascendencia en el mundo jurídico, se encuentra la interpretación que realizará el Órgano Jurisdiccional pues ésta no sólo vincula al sujeto administrado, sino también al órgano u organismo estatal que la



realiza, debiendo ser estrictamente cumplida por ambos. Ahora bien, esta interpretación, que se da a diario como tarea integrante de la resolución de conflictos concretos y subjetivos, que es la labor primordial de los Organos Jurisdiccionales, se convierte en una labor abstracta para el Juzgador Constitucional, cuando se pone bajo su conocimiento, de modo abstracto la calificación de una norma legal, pues para ello previamente deberá someterla a un examen abstracto de interpretación, que no sólo se limitará a la norma legal cuestionada sino al entorno legal que la rodea.

2.3.2 Interpretación Constitucional

Mientras que en el caso anterior teníamos como fuente de la interpretación a la norma legal en sentido amplio, en éste nos encontramos con que el operador jurídico deberá dar un paso más, pues tendrá frente a sí al Texto Constitucional, que intrínsecamente contiene un valor jerárquico supremo (**Higher Law**) a todas las demás normas legales, por el propio valor normativo que contiene el texto constitucional, que lo convierte en el vértice superior del sistema jurídico piramidal²⁸. La interpretación constitucional también se puede dar por diversas entidades, e incluso por los justiciables; pero será nuevamente el Juzgador -al interpretar el texto constitucional en que se convierte en un Juzgador Constitucional- quien determine de manera vinculante la interpretación de determinada norma constitucional. Al ser el texto constitucional una norma de marcado carácter político, su interpretación también nos lleva a que ésta tenga un carácter jurídico-político, como señala BIDART CAMPOS²⁹:

“El control judicial de constitucionalidad guarda estrecho nexo con la interpretación constitucional, o interpretación de la constitución. El tema de la interpretación de la constitución ofrece características que, dentro de la interpretación de las normas jurídicas, lo diferencian y particularizan.

En primer lugar, la constitución formal es, más que una norma, un conjunto o complejo

²⁸ QUIROGA LEON, Aníbal.- La Interpretación Constitucional, en: Revista de DERECHO 39; Facultad de Derecho; PUC del Perú, Lima 1985, pp. 323 y ss. Ver también: PEGORARI RODRIGUEZ, Carla.- La Interpretación Constitucional; Tesis, Bachiller en Derecho; Fac. de Derecho de la PUC del Perú, Mimeo, Lima, 1988.

²⁹ BIDART CAMPOS, Germán.- La interpretación y control constitucionales en la jurisdicción constitucional; EDIAR; Bs.As. 1987, pp. 207 y ss.

normativo (de varias normas) que obliga a interpretarla como conjunto, es decir, a correlacionar y coordinar unas normas con otras, por formar todas ellas parte de una unidad normativa (o plexo) coherente.

En segundo lugar, esa constitución formal es suprema, y reviste calidad de fundamental: en ella se funda todo orden jurídico-político del estado.

En tercer lugar, la constitución contiene, expresa o implícitamente, una serie de principios (algunos de ellos generales) que bien podrían titularse del derecho constitucional, y que por ser la constitución suprema y fundamental, irradian su proyección a todos los sectores o compartimentos del mundo jurídico, en tanto tales casilleros no rompen la unidad del orden jurídico, ni se comunican entre sí, y menos con la constitución.

En cuarto lugar, la constitución contiene también valores, o dicho con más propiedad, presupone valores, sea que los propugne explícitamente en cláusulas expresas, sea que los albergue implícitamente en su techo ideológico.

(...)

- a) La constitución suministra un parámetro o canon objetivo (u objetivado) de interpretación, y que el control constitucional ha de ajustarse a él, porque resulta indisponible (...);

La interpretación constitucional como acto de decisión así condicionado implica valoración (...);” (Subrayado agregado).

2.4 Las Acciones de Control Constitucional

Son aplicables también a las Acciones de Control Constitucional las antes mencionadas deficiencias que hemos anotado en el tratamiento legislativo de las Acciones de Garantías Constitucionales, puesto que la dispersión de la normatividad en esta materia es de orden general, esto es se da en todo el ámbito del Derecho Procesal Constitucional.

Hemos señalado en la parte general relativa a los procesos constitucionales que, la pretensión que es objeto de juzgamiento en una Acción de Control Constitucional estará constituida por la defensa del texto constitucional, y su prevalencia sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía. En todos los procesos constitucionales de control se buscará por finalidad el respeto irrestricto del texto constitucional, a través de su necesaria interpretación por parte de la autoridad (llámese Poder Judicial o Tribunal Constitucional) que



tenga bajo su conocimiento una causa de control constitucional. Ello sin perjuicio de señalar que, en las Acciones de Garantía Constitucional al juzgarse la violación o no de un derecho fundamental, se está realizando también interpretación constitucional.

El Juzgador de una causa que verse sobre control constitucional, tendrá bajo su conocimiento una pretensión “abstracta”; esto es, deberá apreciar a la luz de los hechos expuestos, en una tarea de “subsunción legal”, si realmente la norma legal (en sentido amplio), o el acto administrativo (en sentido particular), transgrede o no los límites impuestos por el texto constitucional. Estaremos en consecuencia ante procesos que versan sobre puro derecho, donde la evaluación que se realiza de lo cuestionado debe ceñirse estrictamente a los parámetros del control de la constitucionalidad y la legalidad. Reiteramos que en este punto débese tener presente la diferencia que existe entre la interpretación legal y la interpretación constitucional, dadas las diferencias notorias entre una norma legal y el texto constitucional y que se derivan fundamentalmente de la diferente naturaleza que ambas tienen.

2.5 El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el “**Órgano de Control de la Constitución**”. Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V “**De las Garantías Constitucionales**” ha optado de manera clara y meridiana por el denominado control ad-hoc de la constitucionalidad, también conocido como el “**Modelo Europeo**” o de “**Justicia Constitucional Concentrada**”³⁰, con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control: i) la interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos

³⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor.- Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. (1940-1968); Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968.

los ciudadanos; y, ii) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás Organos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la Nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del Derecho Constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la "fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional"; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño pre-moderno; donde en el Estado moderno de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional -que hoy está más vigente que nunca- ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario "Government by men" por el actual, democrático y jurídico "Government by laws"³¹. Entonces, la Constitución no es sólo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que es precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la **Lex Superior** o la **Higher Law**.

Si lo anterior es así, resulta evidente que la primera de las tareas del Tribunal Constitucional es definir y delimitar sus propias facultades y alcances, de modo tal que para sí mismo tenga claro el largo del alcance de su poder de control, y frente a los poderes del Estado y la Nación entera tenga definido el límite de sus poderes de control. Esto es, corresponde al Tribunal Constitucional, dentro de esta misma premisa de ser el intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional **Erga Omnes**, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que con ello pueda determinar el alcance de las trascendentes facultades que por la Constitución del Perú le han sido conferidas.

Así, aparece que el Tribunal Constitucional se halla definido, como ya ha quedado dicho, en el Artículo 201 de la Constitución, y que en su primera

³¹ KAEGI y VON IHERING, cit. por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo.- La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional; Ed. Civitas S.A., Madrid, 1985, pp. 49 y ss.



parte puede ser escindido en tres supuestos diferentes:

- a. Ser el órgano del control constitucional;
- b. Ser autónomo e independiente; y,
- c. Estar compuesto por siete miembros, denominados Magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años.

En su segunda parte, la norma constitucional establece taxativamente que las calidades del Magistrado del Tribunal Constitucional son equivalentes a las calidades del Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En su tercera parte la Constitución se ha preocupado de establecer que los Magistrados del Tribunal Constitucional gozan de inmunidad personal y de las mismas prerrogativas para el ejercicio de su función que aquellas que la Carta Política ha reconocido a los Congresistas de la República. Asimismo, señala que les alcanza las mismas incompatibilidades, y que el mandato de Magistrado no es susceptible de reelección para un período igual e inmediato.

En su última parte, la norma constitucional precisa que los integrantes del Tribunal Constitucional tienen una legitimidad popular derivada, al ser electos por el Congreso de la República (que, como es obvio, tiene una legitimidad directa) con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros. Finalmente, en su parte *in-fine*, la norma prescribe que los Fiscales del Ministerio Público y Magistrados del Poder Judicial en actividad y que cumplan con el requisito ya indicado, deberán dejar el cargo que tuvieran cuando menos un año calendario antes a su postulación al Tribunal Constitucional.

La función de control que la Constitución ha asignado al Tribunal Constitucional, se halla definida en tres facultades o potestades específicas, a saber:

- a. La determinación en instancia única de que una Ley, o norma con rango de tal, o normas regionales de alcance general u ordenanzas municipales, debe ser derogada **Erga Omnes** por contravenir la Constitución en la forma o en el fondo (esto es, por ser incompatible con el alcance de la interpretación que el Tribunal Constitucional haya hecho de un principio o

- postulado de la Constitución (Artículo 200, Inc. 4, Artículo 202, inciso 1 y Artículo 204 de la Constitución);
- b. La resolución en última y definitiva instancia de las resoluciones provenientes del Poder Judicial en las Acciones de Garantía Constitucional de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, siempre que su sentido haya sido desestimatorio al demandante en sede judicial y por la vía del Recurso Extraordinario de Revisión en la llamada “**Jurisdicción de la Libertad**”; y
 - c. La dirimencia de los conflictos de competencia o de atribuciones de los Organos Constitucionales, sea este positivo o negativo, según la interpretación del alcance de las mismas en la Constitución, con arreglo a su Ley Orgánica.

Para el cabal cumplimiento de cada una de estas atribuciones taxativamente dispuestas por la Carta Constitucional, el Tribunal Constitucional debe definir, de modo previo y claro, el alcance de sus facultades y poderes, explícitos e implícitos, dentro del enunciado o marco general de ser el “**órgano de control de la Constitución**”.

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, bajo el modelo “**européo**” o kelseniano, nacido bajo la inspiración de Hans Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929³², implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la constitución, intérprete vinculante u obligatorio en virtud de la concordancia Artículo 204 **ab-initio** de la Constitución y Artículo 35 de la LOTC³³, esta tarea debe estar dirigida a interpretar en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del parlamento en particular cuando del control

³² QUIROGA LEON, Aníbal.- Una aproximación a la Justicia Constitucional: el Modelo Peruano; en: Sobre la Jurisdicción Constitucional; AAVV, A. Quiroga L.- Compilador; F. De. PUC del Perú, Lima, 1990, pp. 153 y ss.

³³ En la redacción del Proyecto de LOTC (Proyecto 1419/93 y Dictámenes Nos. 1419/94 y 1421/94) se definía en el Art. 1 esta interpretación como “Suprema”(Suprema: (del lat. supremus); adj. Sumo, altísimo. II 2. Ser supremo. II3. Que no tiene superior en su línea (...)) Dicc. de la Lengua

de la constitucionalidad de las leyes se trate.

En efecto, como aparece obvio, la sola creación y presencia en una Constitución escrita de un Tribunal Constitucional supone, *per se*, la creación y el designio por el constituyente de un modelo específico de control al Congreso, pues si la tarea primordial del Tribunal Constitucional es la determinación excepcional de que una ley debe ser derogada del sistema jurídico por vicio de inconstitucionalidad, y si la ley es fundamentalmente la obra esencial del Congreso, la conclusión aparece obvia: la creación y presencia de un Tribunal Constitucional implica la opción del constituyente por generar un sistema idóneo, y a la vez eficaz, de control de los actos parlamentarios traducidos en leyes de la República, pues de otro modo no hallaría explicación ni sentido su presencia. Manuel GARCIA PELAYO³⁴ sostiene al efecto que:

“Una primera característica de los órganos constitucionales consiste en que son establecidos y configurados directamente por la Constitución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención, ni a su mera enunciación de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o institucionales “constitucionalmente relevantes”, sino que determina su composición, órganos y métodos de designación de sus miembros, su status institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben ipso iure de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de los órganos. Esta configuración directa por las normas constitucionales es una consecuencia lógico-institucional de la importancia decisiva que la Constitución concede a ciertos órganos, de un lado, porque en ellos se condensan los poderes últimos de decisión del Estado siendo, así, el vértice dell’ organizzazione statale³⁵, y, de otro, porque son la expresión orgánica no sólo de la división de las tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también y ante todo de la idea del Estado proyectada por la Constitución”.

En efecto, el sistema jurídico debe ser ordenado conforme a la Constitución. Ya Kelsen, a quien la doctrina unánimemente atribuye la paternidad del

Española, Real Academia Española; XXI De. Espasa-Calpe, Madrid, 1992, T. II, p. 1922). En el debate parlamentario esta adjetivación cualificadora fue suprimida. Igual enunciado aparece en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, L.O. 2/1979, de 3 de octubre. Cit. por GONZALES PEREZ, Jesús.- Derecho Procesal Constitucional; 1era. ed., Ed. Civitas S.A., Madrid, 1980.

³⁴ GARCIA PELAYO, Manuel.- El “Status” del Tribunal Constitucional; Rev. Española de Derecho Constitucional, Vol 1, No. 1, CEC, Madrid, 1981, pp. 13 y ss.

³⁵ SANTI ROMANO.- Principi di Diritto Costituzionale Generale; Milano, 1946, p. 156.

“Sistema Concentrado”, había sostenido desde principios de este Siglo que:

“el orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas hállase constituida por el hecho de que la creación de una norma -la de grado más bajo- se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. Sobre la base de las precedentes consideraciones (...) la aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, tan sólo puede hallarse efectivamente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional, y de anularla cuando -de acuerdo con la opinión de ese órgano- sea ‘inconstitucional’. Puede existir (...) un órgano especial establecido para este fin; por ejemplo, un tribunal especial, el llamado Tribunal Constitucional; o bien el control de la constitucionalidad de las leyes, la llamada ‘revisión judicial’, puede encomendarse a los Tribunales Ordinarios y, especialmente, al Tribunal Supremo (de Justicia Ordinaria)³⁶.”

La interpretación constitucional, como ya se ha visto, es la tarea esencial del Tribunal Constitucional, la que también debe hacerse conforme a la Constitución. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual harto diferente de la interpretación jurídica ordinaria (hermenéutica), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas (sean “autoaplicables”, sean “programáticas”, sean “estructurales”), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo. De dicho modo, la hermenéutica tradicional resultará insuficiente al intérprete constitucional, que para el efecto deberá de recurrir a los propios métodos de interpretación (p.e. el **contrapeso de los valores**, el **principio de la unidad de la Constitución** y el **principio de la interpretación con arreglo o conforme a la Constitución**), ya que las normas constitucionales, al ser esencialmente normas

³⁶ KELSEN, Hans.- *Teoría General del Derecho y del Estado*; cit. por FERNANDEZ SEGADO, Francisco.- *La Jurisdicción Constitucional en España*; Ed. Dykinson, Madrid, 1984, p. 25.

políticas, distributivas del ejercicio legítimo y legitimado del poder constituido, son continente de valores, principios y postulados fundamentales para la organización política, social y económica de una Nación, los mismos que tienen una dimensión históricamente dinámica³⁷. Ya en 1862 el jurista alemán Ferdinand de Lassalle, en su célebre conferencia berlinesa titulada “**Sobre la esencia de la Constitución**”³⁸ había sostenido que la idea de la Constitución escrita no pasa de ser una “**mera hoja de papel**”, pues si quiere uno conocer la realidad de las cosas hay que atender al sustrato efectivo de poder que está por debajo de las declaraciones formales de la Constitución³⁹, de donde se concluye que la Constitución moldea los pilares básicos del país, y la realidad de éste a su vez condiciona la vigencia constitucional en una interacción constante que es menester descubrir y manejar con acierto de modo permanente, sobre todo por parte del intérprete constitucional⁴⁰.

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado “**Control Concentrado**” o “**Control Ad-Hoc**”, esto es, de índole abstracto -y por tanto incompatible en ese punto con el “**Control Difuso**” o “**Judicial Review**”⁴¹- en donde corresponde al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a un **caso concreto** alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y en donde el referente constitucional,

³⁷ QUIROGA LEON, Aníbal.- La Interpretación Constitucional; en: DERECHO No. 39, Rev. de la Fac. de Der. de la PUC del Perú, Lima, 1985; pp. 323 y ss. Véase también HESSE, Konrad.- La Interpretación Constitucional; en: Escritos de Derecho Constitucional-Selección; CEC, Madrid, 1983, pp. 33 y ss. Asimismo, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo.- La Constitución como (...); p. 95 y ss.

³⁸ Über Verfassungswesen; Cit. por GARCIA DE ENTERRIA, Edo. Op. Cit., p. 42.

³⁹ FERNANDEZ SEGADO, Francisco.- La Jurisdicción ...; Op. Cit.

⁴⁰ QUIROGA LEON, Aníbal.- La Interpretación ...; Op. cit. Para evaluar la vigencia de estos postulados, ver a quienes sostienen que dicho ensayo es uno de los pocos trabajos que sobre la Interpretación Constitucional se han hecho en el Perú, en: BERNALES, Enrique y RUBIO, Marcial.- Constitución: Fuentes e Interpretación; Mesa Redonda S.A. Eds., Lima, 1988; p. 101.

⁴¹ “En tal virtud, si examinamos en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano es necesariamente difuso, incidental, especial, declarativo; y viceversa el que califica como

previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de subsunción, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como -al decir de Kelsen⁴² Legislador Negativo, esto es, con poder derogatorio directo (Artículo 204 ab-initio de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una “**norma sub-constitucional**”⁴³, de la que es titular el Tribunal Constitucional como “**constituyente delegado**”. Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico que toda ley se deroga sólo por otra ley y que expresa, p.e., el Artículo I del Título Preliminar del Código Civil, se halla necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: toda ley se deroga sólo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional. Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una demanda en los términos que formula la Teoría General del Proceso como pretensión de un derecho público-

autónomo, es decir, el austríaco, es concentrado, principal, general y constitutivo”.- FIX-ZAMUDIO, Héctor.- La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración General de Inconstitucionalidad; en: Latinoamérica: Constitución, Proceso y Derechos Humanos; M.A.Porrúa, México, 1988; pp. 337 y ss.

⁴² El calificativo de “legislador negativo” que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional pretende “desjurisdiccionalizar” ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce (...) las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. (...) Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su independencia (...); cuando habla de “legislador en sentido negativo” lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austríaco. Escribe Kelsen: “un tribunal facultado para anular leyes -en forma individual o de manera general- funciona como un legislador en sentido negativo”. Cit. por PEREZ TREMPES, Pablo.- Tribunal Constitucional y Poder Judicial; CEC, Madrid, 1981; pp. 6 y ss. (subrayado y entre paréntesis agregado). La Cit. de Kelsen se refiere a: KELSEN, Hans.- Teoría General del Derecho y del Estado; (trad. de García Maynez), UNAM, México, 1979; pp. 303 a 334.

⁴³ ALONSO GARCIA, Alonso.- La Interpretación Constitucional; CEC, Madrid, 1984; p. 13.



subjetivo, sino propiamente una “iniciativa legislativa negativa” que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el Artículo 203 de su texto normativo.

Siendo lo anterior así, debe determinarse si una ley dubitada, puesta en el debate constitucional por los legitimados para solicitar su derogación por la vía del control directo que ejerce el Tribunal Constitucional, no ingresa limitada, ni condicionada a lo que diga el Tribunal Constitucional: la ley ingresa plenamente vigente y con presunción **luris Tantum** de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional, y todos los agentes del Estado y la ciudadanía deben respetar y obedecer por mandato de la propia Constitución (Artículo 204 de la Constitución, en especial in-fine), de modo tal que si el Tribunal Constitucional estima que no hay inconstitucionalidad o no logra la legitimidad especial para lograr la voluntad jurídica y constitucional suficiente para oponer su fuerza a la ley dubitada, deberá necesariamente dejarla ir en las mismas condiciones en las que ingresara a su examen de subsunción, esto es, en vigencia jurídica y con la presunción de constitucionalidad también vigente por no habérsela enervado conforme a la propia Constitución. Al efecto, cabe precisar que antes de que el juez constitucional deba realizar tal tarea de subsunción entre la norma constitucional y la norma legal dubitada, tiene el deber principal de salvar la constitucionalidad de la ley, de buscar en primer lugar una vía interpretativa que concuerde positivamente la ley dubitada con la Constitución. La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía “quirúrgica” del Sistema Jurídico (al decir de FIX-ZAMUDIO) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero si hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea “quirúrgica” que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el “vacío” que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, una “**situación de mayor inconstitucionalidad**” en la

solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba. Es este “**horror vacui**” el que determina el principio formulado así por el Tribunal Constitucional Federal alemán: “**es válido el principio de que la Ley no debe ser declarada nula (inconstitucional) cuando puede ser interpretada en consonancia o conforme con la Constitución**”⁴⁴. El mismo Tribunal Constitucional Federal Alemán, así también como el Supremo Tribunal norteamericano, no han dudado en conectar este principio con la “presunción de constitucionalidad de las leyes”, no como la simple afirmación formal de que toda ley se tendrá por válida hasta que no se logre declarar válidamente su inconstitucionalidad, sino que implica materialmente: i) la confianza que se otorga al legislativo en la observancia y en la interpretación adecuada de los principios y postulados constitucionales; ii) una ley no será declarada inconstitucional a menos que no exista en el Juez Constitucional ninguna “**duda razonable**” sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución; y, iii) cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que permita una interpretación inconstitucional se habrá de presumir, siempre que sea “**razonablemente posible**”, que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha norma legal es precisamente aquella que le permita mantenerse dentro de los límites constitucionales⁴⁵.

2.6 La Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes

A este efecto, parece conveniente recordar que aún en un sistema tan disímil como el americano de Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes, o “**Control Difuso**” o de la “**Judicial Review**” en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos se ha acuñado desde antiguo el principio esencial de que “**La validez constitucional es la última cuestión que la Corte habrá de considerar con respecto a una Ley**”, lo que constituye un lema esencial para la Corte Suprema Federal estadounidense, una pauta básica, de que jamás tocará la cuestión de constitucionalidad de una ley a menos que razonablemente no le quede otra cuestión a la cual recurrir. Es decir, el Tribunal Supremo se dirigirá al examen de la cuestión de constitucionalidad de la ley del Congreso sólo después de haber agotado todo otro aspecto razonable que pudiera haber servido como una base jurídica en la solución del

⁴⁴ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo.- La Constitución como (...); Op. Cit. pp. 96 y ss.

⁴⁵ Op. Cit.



caso sub-júdice. La Corte Suprema Federal nunca buscará una confrontación directa e innecesaria entre la Constitución y la Ley. La evitará hasta con todos los métodos lícitos de interpretación de las leyes hasta que no haya otra salida razonable, y solo entonces, por fin, la llevará adelante siempre cautamente y con relucencia. La Corte Suprema Federal norteamericana lo expresó así en una de sus sentencias que señaló:

“si hubiera una doctrina que ha echado raíces más profundas que cualquier otra en el proceso de adjudicación constitucional, es la doctrina que no debemos tocar cuestiones de constitucionalidad ... hasta que sea inevitable”⁴⁶.

Lo que determina por fin la cuestión es la pregunta ¿Pudiera otro Poder del Estado -el Congreso- haber promulgado esta ley creyendo razonablemente en su validez constitucional? o dicho de otro modo, la cuestión no es ¿Cuál será el verdadero sentido de la Constitución según el criterio de los jueces constitucionales, sino si la legislación será sostenible como ejercicio razonable del Poder Legislativo?⁴⁷ Quizás para ilustrar aún más claramente el punto, cabe citar la anécdota que se cuenta en la historiografía constitucional norteamericana: el jurista COOLEY, notó de acuerdo con la limitación bajo comento, que un miembro del Congreso puede luchar contra un proyecto de ley y por fin votar en contra a su promulgación si considera que el mismo entra en conflicto con la Constitución. Como legislador, su mera opinión le basta para determinar su voto. Nombrado subsecuentemente como Magistrado de la Suprema Corte Federal, si la misma ley se presentara para una determinación de constitucionalidad, el ex-legislador podría encontrar su deber judicial el sostener la validez de la ley, aunque no haya cambiado de ninguna manera su opinión personal sobre el asunto. Es que, como Juez de la Corte Suprema, tiene el deber de preguntarse objetivamente ¿Puede haber tenido alguna razón para creer en su constitucionalidad la mayoría legislativa que votó en favor de la ley? Si la respuesta es positiva, como Juez tiene el deber de fallar en favor de la validez de la ley.⁴⁸

⁴⁶ FURNISH, Dale.- La “Revisión Judicial” de la Constitucionalidad de las Leves en los Estados Unidos; en: Sobre la Jurisdicción Constitucional AAVV (Aníbal Quiroga León-Compilador), F. Ed. PUC del Perú, Lima, 1990; p. 91.

⁴⁷ THAYER.- The Origin and Scope of the American Doctrine as Constitutional Law; No. 7, Harvard Law Review, 149 (1893), cit, por FURNISH, Dale.- Op. Cit. p. 96.

⁴⁸ Op. Cit.

Dentro de este rubro de ideas, conviene en este punto determinar si el Tribunal Constitucional posee, en la acción de control directo de la constitucionalidad de las leyes, la facultad del “Control Difuso” o de “Judicial Review” de que trata la segunda parte del Artículo 138 de la Carta Constitucional.

El “Control Difuso de la Constitucionalidad de las Leyes” nace, como lo reconoce de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, como consecuencia de la expedición de la ahora ya célebre sentencia del caso **Marbury vs. Madison**, en un **Writ of Mandamus**, una suerte de “Acción de Cumplimiento” bajo la presidencia del **Chief Justice John C. Marshall**, en la cual se sentó el precedente vinculante (*stare decisis*) de que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de “**legislatura repugnante**” y, por lo tanto, como teoría fundamental, nula e ineficaz ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita y, que por ello mismo, la Suprema Corte Federal la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho⁴⁹.

El llamado “**Sistema Difuso**” o de “**Judicial Review**” de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características, una funcional y otra espacial; a saber: la primera, que se halla sistemáticamente ubicado como atributo constitucional “**innominado**” de toda Constitución escrita⁵⁰. Hoy en día, en los países en que se la ha incorporado, ello aparece expresamente y siempre dentro del Capítulo del Poder Judicial (por eso la denominación de “**Sistema Difuso**”, esto es, atributo “**distribuido**” o “**difundido**” entre todos los órganos del Poder Judicial, entre todos los agentes del Poder Judicial en cuanto funcionen u operen como tales. Se dice “**difuso**” porque no hay ni un órgano

⁴⁹ FURNISH, Dale.- La “Revisión Judicial”...; op. Cit. p. 88. Allí se puede hallar la transcripción literal de la parte “más importante” de este célebre fallo. Se le puede encontrar completo en: Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 2; Lima, 1988; pp. 100 y ss.

⁵⁰ Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía en 1803 en la Constitución de los EEUU y que, hasta la fecha, no se la consigna expresa ni literalmente. Corresponde a una exclusiva y auténtica “creación” o “redefinición jurisprudencial” efectuada por el Supremo Tribunal Federal, siempre dentro del Poder Judicial. Ver FURNISH, Dale; Op. Cit. pp. 96 y 97.

específico ni un procedimiento directo para tal, pues se halla difuminado, difundido entre todos los Jueces del Poder Judicial), como un atributo de éste y no susceptible de “transvase” por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado. En segundo lugar, es absolutamente unánime que en su modelo de origen, el sistema sólo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del congreso, dando por resultado la descalificación de la segunda, siempre para el caso concreto y sólo con efectos **inter-partes** y mediante declaración judicial de “**inaplicación**”, sólo será constitucionalmente válida y jurídicamente posible, en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea dubitada por ser precisamente aquélla con la que el juzgador ordinario debe decidir ineluctablemente la controversia judicial. Esto es, el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, sólo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible⁵¹. Así aparece de modo uniforme entre nosotros en los Artículos 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)(D) de 1963, 236 de la Constitución de 1979(D), 138, Segunda parte, de la Constitución de 1993 en vigencia, y 14 del vigente Texto Único Ordenado

⁵¹ Dice Dale Furnish “La potestad de la Corte Suprema de los EEUU es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sabe buscar oportunidades para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo. (Con el curso del tiempo) (...) la Corte ha (auto)establecido que ciertas reglas incontrovertibles que (auto)limitan su función de revisión judicial (Una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la judicial review (...), sin embargo, hay una pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar esas limitaciones, para alcanzar la justicia social u otros factores innegables). Un jurista que quiere acatar la facultad y la función de la Corte Suprema estadounidense, tiene que apreciar estas limitaciones, o no podrá comprender cuál es la realidad y la práctica de la **Judicial Review**. A) La validez constitucional es la última cuestión que la Corte Considerará con respecto a una ley, (...) B) Se requiere un “caso o controversia” auténtica para probar la validez de una Ley del Congreso (La Corte (...) no revisará la validez de una ley del Poder Legislativo, salvo en un juicio auténtico entre partes adversarias. (...) Se puede asumir jurisdicción solamente sobre casos concretos. (...) Es decir, el Tribunal no declarará hipotética, abstracta o contingentemente sobre la constitucionalidad de la ley. **Tiene que haber un efecto real e inmediato sobre la suerte de las partes en juicio, un efecto que se pueda modificar o prevenir exclusivamente por la intervención de la Corte Suprema**); (...) C) La Corte Suprema no intervendrá en una “cuestión política” (esto es, en

(TUO) de la LOPJ, que a la letra dice:

“Artículo 14.- De conformidad con el Artículo 236⁵² de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Los son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular”.

Esto quiere decir que la Justicia Constitucional determinada bajo el esquema o modelo anglosajón de la “**Judicial Review**” es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva. Subsidiaria porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria de los Tribunales de Justicia y donde esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer, además, de juez constitucional. Residual, porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está “añadida” a su tarea principal, donde el control constitucional indirecto y limitado al “caso concreto”, “interpartes”, nunca le puede relevar de su función de hacer “reparto” o “distribución de los bienes jurídicos tutelados” -cualquiera sea la naturaleza, dimensión o denominación de éstos- materia de la controversia judicial. Y subjetiva, porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función

actos no judiciales); (...) y, D) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso (...). FURNISH, Dale.- Op. Cit. pp. 90 a 96. Respecto de la necesidad de un “caso concreto” ver: BLUME FORTINI, Ernesto.- El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución, en: Pensamiento Constitucional no. 3, Año III, F.Ed. PUC del Perú; Lima, 1996.

⁵² Cf. Artículo 138 de la Constitución Política de 1993.



judicial con la de “**contralor concreto de la Constitución**” sólo parte -como fuente- de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario. Esto define a la justicia constitucional americana como una “**justicia subjetiva**” porque es el derecho de los sujetos, su derecho subjetivo concreto, determinado y determinable -y su actuación en una realidad determinable-, el que servirá de base y sustento del examen de constitucionalidad.

Como se puede apreciar, la justicia constitucional concentrada, o ad-hoc, bajo el modelo kelseniano, y que corresponde al Tribunal Constitucional es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente opuesto al anterior. Son entonces conceptos antitéticos, hasta opuestos. Y ello surge así desde la no receptividad del sistema americano en la Europa de finales del siglo pasado e inicios de la presente centuria (la doctrina francesa la llegó a denominar la “dictadura de los jueces” aludiendo a su no legitimación directa), y que se hacen sobre la base de metodologías opuestas. No cabe hacer un juicio valorativo, axiológico, de cualidad de la una sobre la otra, ni viceversa; simplemente cabe enunciar sus diferencias objetivas. Mientras aquélla es subjetiva, esta es abstracta puesto que no requiere de contención subjetiva ninguna, ni se hace en sede judicial. Mientras aquélla es para el caso concreto, esta es **Erga Omnes**. Mientras aquélla está difuminada entre todo el sistema judicial, con todas sus variantes, ésta se halla concentrada en un sólo órgano expresa y específicamente diseñado en la Constitución. Mientras aquélla surge del valor que determina el derecho en conflicto con la realidad, la realidad que enmarca su proceso judicial, ésta proviene de un examen objetivo de subsunción dentro de la simple confrontación de las interpretaciones del referente constitucional y de la interpretación de la norma dubitada. Tal diferenciación y antagonismo ya había sido puesto de relieve por Mauro CAPPELLETTI y John CLARKE ADAMS⁵³, cuando afirmaron que:

“Esta coexistencia, cuando no incluso conjunción, de modelos dispares, nos enfrenta a la necesidad de abordar una cuestión nada pacífica entre la doctrina: la compatibilidad

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro y ADAMS, John C.- Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations; Cit. por FERNANDEZ SEGADO, Francisco.- El Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica; Pensamiento Const. No. 3, Año III, F.Ed. PUC del Perú, Lima, 1996, pp. 238 y ss. y Cits. Nos. 33 a 36.

o incompatibilidad del sistema difuso de control de la constitucionalidad con todos los sistemas jurídicos, esto es, con los sistemas anglosajones o de common law y con los de tradición romano-canonista o civil. (...) existe una incompatibilidad fundamental entre el control difuso de la constitucionalidad de las normas y los sistemas de tradición romanista. (...) la experiencia italiana y alemana anterior a la constitucionalización de sus respectivos Tribunales Constitucionales revela la desadaptación del modelo difuso respecto de los países con sistemas jurídicos de derecho civil. Entre los varios argumentos esgrimidos en defensa de (esta) posición (...) (se) advierten (los riesgos) que el método difuso pueda conducir a una grave incertidumbre y confusión cuando un Tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional. Esta inseguridad es salvada en los sistemas jurídicos del common law mediante el recurso a la doctrina del stare decisis (...). Cuando el principio del stare decisis es extraño a los jueces en los sistemas jurídicos romanistas o de derecho civil, (...) un método de control de la constitucionalidad que permita a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, puede conducir a que una (misma) ley pueda ser inaplicada por algunos jueces por inconstitucional y ser considerada aplicable por otros jueces en sus decisiones”.

Si lo anterior es así, cabe concluir que no se debe, ni se puede, esperar que el Tribunal Constitucional ejerza válidamente la atribución de la **Judicial Review** cuando conoce de una acción de inconstitucionalidad de las leyes, por ser esta abstracta, por ser aquella perteneciente a la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial conforme a la inequívoca acepción de la segunda parte del Artículo 138 de la Carta Constitucional, sistemáticamente situado dentro del Poder Judicial (lo que la Constitución reserva expresamente para un órgano, lo veda implícitamente para otro). Por otro lado, las competencias constitucionales no se pueden analogizar, ni extender interpretativamente, pues son taxativas y excepcionales -baste ver el principio general del derecho contenido en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil-. De lo contrario, si se asumiera que al Tribunal Constitucional le corresponde algo que está reservado expresamente para el Poder Judicial ¿No se consagraría peligrosamente con ello el precedente que la sagrada y exclusiva facultad del Tribunal Constitucional de deponer de modo directo las leyes contrarias a la Constitución puede también ser extendida a cualesquiera otro órgano del Estado aunque no esté designado por la Constitución para ello? Finalmente en cuanto a este punto, es deber racional reconocer que la doctrina del Tribunal Constitucional en la Justicia Constitucional Ad-Hoc o Concentrada es mucho más poderosa, excelsa y directa en la defensa de la Constitución, en tanto que el control constitucional del Poder Judicial es derivado subsidiario y mediatizado al caso concreto. Por eso mayoritariamente la tendencia moderna opta sin ambages por el sistema del Tribunal Constitucional en el modelo de justicia constitucional concentrado o Ad-Hoc antes que por repetir la fórmula



jurisprudencial de la “**Judicial Review**” basada en el Poder Judicial, no siempre dispuesto o en aptitud de repetir el modelo norteamericano, con sus alcances y limitaciones, y no siempre dotados de la ventaja comparativa que el sistema del “*Stare Decisis*”, o de precedente vinculante como fuente principal de derecho, confiere a la sentencia judicial en el “*Common Law*”⁵⁴.

Sin embargo, lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la **Jurisdicción Negativa de la Libertad** (Artículo 202, Inciso 2 de la Constitución), dado que dicha facultad expresa, pero excepcional por cierto, implica el necesario control de parte de la tarea judicial en el funcionamiento de las acciones de garantía constitucional siempre que hayan sido **denegadas** al pretensor por el Poder Judicial y siempre que al mismo tiempo medie **Recurso Extraordinario de Revisión** -Artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)-. Esto significa que en la facultad excepcional de la **jurisdicción negativa de la libertad** el Tribunal Constitucional realiza una tarea judicial antes que una función de controlador de la actividad judicial, la de control directo de la constitucionalidad de las leyes. En el primer caso, sí hay un caso concreto, sí hay partes adversarias y sí hay derechos subjetivos en controversia (no se debe olvidar que las acciones de garantía sólo son procedentes frente a la violación de derechos constitucionales de orden subjetivo, y con legitimación activa real, vigente y existente). Por ello, como aparece obvio, en la **jurisdicción negativa de la libertad** el Tribunal Constitucional sí tiene, bajo las características ya señaladas, la facultad de la **Judicial Review** como derivación judicial (reconducción del Poder Judicial) de la facultad de control sobre las acciones judiciales de garantía, lo que no se debe confundir en ningún momento, ni por cierto ignorar⁵⁵, con las verdaderas competencias del Tribunal Constitucional, dentro de una actitud de **autocontrol de sus poderes o self restraint** que ha caracterizado siempre la actividad y funcionamiento del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus poderes explícitos e implícitos.

2.7 El Control de la Legalidad y Constitucionalidad de la Legislación derivada y de efectos generales - La Acción Popular

⁵⁴ DE BERNARDIS, Luis Marcelo.- *La Garantía Procesal del Debido Proceso*; Bib. Universitaria de Derecho Procesal -Aníbal Quiroga León-Director-; Cult. Cuzco, Eds., Lima, 1995, p. 82 y ss.

⁵⁵ Ver supra No. 21 ab-initio.

La Acción Popular es uno de los instrumentos de control constitucional y legal del Derecho Procesal Constitucional que provee la Constitución Política del Estado a los justiciables para el control de la legalidad y constitucionalidad de la legislación derivada, esto es para el control en **sede judicial** de las normas administrativas con carácter general cuando éstas contravengan la Constitución o las leyes. Es, por tanto, una acción de control directo de la legislación derivada (ley en sentido material), de orden abstracto (de puro derecho en trabajo de **subsunción interpretativa**) y de **legitimación abierta** sin requerir factor de conexión entre la norma dubitada y el agente que aparece como reclamante, cuya titularidad, en puridad, corresponde al Poder Judicial como agente del control constitucional.

No es ésta, reiteramos, en puridad, una “acción de garantía constitucional” (como erróneamente se la expresa en el texto del Artículo 200 de la Carta Constitucional), sino una de control directo por parte del Poder Judicial sobre de la legalidad y/o la constitucionalidad de las leyes administrativas (reglamentos en especial, y normas reglamentarias en sentido lato) de la administración pública en general, cualquiera sea su origen o posición.

La doctrina y la legislación ponen en sede del Poder Judicial, la posibilidad de que éste de un modo abstracto pueda determinar si aquello normado por la Administración Pública, en la denominada legislación derivada, se adecúa o no a los parámetros establecidos en la Ley y en la Constitución.

El control directo que la Acción Popular establece dentro del ámbito de competencia del Organismo Jurisdiccional es, en primer lugar, un control legislativo; en tanto que en segundo lugar éste puede llegar a ser un control constitucional y convierte al Organismo Jurisdiccional en Juez Constitucional de la legislación derivada de la administración pública. Ello supone que no siempre el control que ha de establecerse mediante una Acción Popular será de orden constitucional, puesto que puede ser de orden legal, p.e. (reglamento vs. ley) sin necesidad de afrontar principio constitucional alguno.

En la doctrina nacional respecto a este Instrumento Procesal Constitucional podemos encontrar lo siguiente:

“En tal contexto, la Acción Popular se configura como un instrumento procesal constitucional capaz de movilizar a la jurisdicción ordinaria para que se pronuncie acerca



de la legitimidad constitucional y/o legal de las normas de rango inferior a la ley.

Este instituto de la Acción Popular tiene como característica el ser un mecanismo de control constitucional a "posteriori" de las normas de carácter general, ejercitable en vía de acción y principal, y con efectos generales y abstractos.

Decimos que es de "control posterior" porque se ejerce respecto de normas jurídicas vigentes y, por tanto, con plena capacidad para afectar derechos fundamentales, infringir la Constitución o las leyes; a diferencia de otros ordenamientos (como Colombia, Chile, Francia y España en algunos casos) en que el control de la constitucionalidad de las normas opera en forma "preventiva" porque se ejerce sobre los proyectos de ley u otros dispositivos, a fin de impedir el nacimiento a la vida jurídica de una norma inconstitucional.

La Acción Popular es ejercitable en vía de acción y principal en razón de que se accede al control judicial de la inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas de carácter general, a través de la demanda interpuesta por cualquier ciudadano y que da origen a un procedimiento especial en vía directa dedicado solamente a ventilar la legitimidad de las normas cuestionadas; a diferencia del control de inaplicabilidad, que se ejerce al interior de un procedimiento cualquiera, ya sea a pedido de alguna de las partes o en forma oficiosa por el juez.

Los efectos generales y abstractos de las sentencias pronunciadas en los procedimientos de Acción Popular, se explican porque la referida garantía no tiene por finalidad buscar la protección de un derecho específico, en un caso judicial concreto e individual, como sí sucede con el control de la inaplicabilidad, sino que en la Acción Popular se plantea la acusación con carácter abstracto para que los magistrados, a través del Juicio de Constitucionalidad respectivo dejen sin efecto la norma descalificada.⁵⁶

Nuestra Carta constitucional ha optado por otorgar competencia al Poder Judicial para que en su sede se determinen a través de la Acción Popular, si los Reglamentos y normas administrativas que tienen efectos generales colisionan con la Ley y con la Constitución, debiéndose de realizar el examen de la legalidad y constitucionalidad de la norma acusada de violación, en el orden antes señalado, pues no toda "ilegalidad" supone una necesaria "inconstitucionalidad".

Como consecuencia de lo antes expuesto, la Acción Popular, no tendrá otra finalidad que la de preservar la legalidad y constitucionalidad de los

⁵⁶ DANOS ORDONEZ, Jorge.- La Garantía Constitucional de la Acción Popular; en Lecturas sobre Temas Constitucionales 4; CAJ, Lima, 1990, pp. 154-155.

Reglamentos y normas administrativas de carácter general, y para que ello sea determinado por el Juzgador Constitucional deberá necesariamente de llevarse a cabo un exhaustivo análisis de la norma que supuestamente vulnera la ley y/o la Constitución, partiendo éste de la indispensable labor interpretativa de la Ley y la Constitución. Débese considerar en este análisis la premisa de que toda norma nace bajo una presunción de ser constitucional.

2.7.1 Los denominados “Conflictos de Competencia” y su control por parte del Tribunal Constitucional

Como hemos señalado precedentemente, un Conflicto de Competencia es un Proceso Constitucional, siendo que, la finalidad del mismo es la interpretación del Texto Constitucional y con ello el control por parte del Tribunal Constitucional del ejercicio de las facultades que le son atribuidas a las diferentes entidades del sector público; es un proceso que lo podemos clasificar dentro de la jurisdicción constitucional como un proceso de control de la constitucionalidad, legalidad y cumplimiento de las normas legales. Los procesos sobre Conflicto de Competencia pueden ser clasificados en dos: (i) conflicto negativo de competencia, cuando un órgano demanda ante el Tribunal Constitucional para que se le atribuya una competencia a su contendor, quitándosela de encima mediante una interpretación vinculante; y, (ii) conflicto positivo de competencia, cuando un órgano constitucional demanda al Tribunal el que se le atribuya una competencia determinada, que es contestada o disputada por su contendor, a quien se la deberán restar explícitamente mediante interpretación vinculante.

2.8 La Acción Contenciosa Administrativa

Este instrumento de control constitucional se encuentra normado en el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado, que señala literalmente:

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

La Acción Contenciosa Administrativa es el proceso que el texto constitucional prevé con la finalidad de que el administrado pueda solicitar al Poder Judicial el control de los actos administrativos (representados formalmente en Resoluciones Administrativas) de efectos particulares, y con



ello la prestación de orden subjetiva que este le ha negado de modo previo.

Hemos expuesto en la parte primera de la presente Ponencia las definiciones concernientes a la Administración Pública, los Actos Administrativos, sus características, naturaleza, clases etc. Nos toca ahora, referirnos a la “**Jurisdicción Administrativa**”, para lo cual empezaremos por definir el término “jurisdicción”.

2.8.1 Definición de Jurisdicción Administrativa

Por jurisdicción puede hablarse, desde la Teoría General del Proceso⁵⁷, en una doble acepción: en sentido lato⁵⁸ y en sentido estricto⁵⁹. La diferencia radica, en puridad, en que la jurisdicción que no es la del Poder Judicial (la administrativa, la privada, la arbitral, la asociativa, la política, etc., con excepción de la “jurisdicción militar” por expresa previsión constitucional, Artículo 139, Inciso 1, segundo párrafo) normalmente se encuentra sujeta al posterior control judicial (con las muy contadas excepciones de los reconocidos casos “no judiciales”, básicamente referidos a excepcionales decisiones políticas o de política exterior que no pueden, por su naturaleza, ser materia de controversia en un estrado Judicial); en tanto que la jurisdicción del Poder Judicial no es recontrovertible y, por ende, es la única que genera el efecto y la cualidad de la Cosa Juzgada material también por expreso mandato constitucional⁶⁰.

Nada obsta entonces para que la Administración Pública realice una

⁵⁷ QUIROGA LEON, Aníbal.- Conceptos Básicos en el Estudio del Derecho Procesal: a propósito de la Ciencia del Proceso, Rev. de Derecho 40, PUC, Lima, Diciembre 1996.

⁵⁸ Su definición sería: “Por jurisdicción (iuris-dictio=decir derecho) puede entenderse toda declaración de derecho que se hace en nombre del Estado en un caso concreto para la determinación de un conflicto o de incertidumbre de derecho, entre sí y los particulares, o entre los particulares entre sí.”

⁵⁹ Su definición sería: “Por jurisdicción (iuris-dictio=decir derecho) debe entenderse la posibilidad del Poder Judicial, en nombre del Estado, de decir el derecho que corresponda en un caso concreto en la determinación de un conflicto o de incertidumbre de derecho entre los particulares, o entre los particulares y el Estado por medio de la Administración Pública.”

⁶⁰ La cualidad que la doctrina de la Teoría General del Proceso le reconoce a la cosa juzgada (res iudicata) se define en tres aspectos: su inimpugnabilidad, su inmutabilidad y su coercibilidad; atributos de los que no goza, normalmente, una decisión de la justicia administrativa. Ver QUIROGA LEON, Aníbal.- Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia, Op. Cit.

verdadera tarea jurisdiccional en el orden administrativo; esto es, para que conozca de una controversia concreta o de orden particular entre su realidad administrativa y los particulares, o entre particulares arbitrando una controversia entre éstos; interprete y aplique el derecho pertinente a dicho caso concreto tal como lo haría cualquier Juez (no hay diferencia entre una y otra actividad), con las mismas facultades, alcances interpretativos y de aplicación de la ley sustantiva y procesal⁶¹. La diferencia con la **“jurisdicción judicial”**, es que la **“jurisdicción administrativa”** no es terminal o definitiva, pues es casi siempre susceptible de posterior control judicial, a través de la Acción Contenciosa Administrativa, que sí determina una conclusión terminal.

La emisión de un Acto Administrativo supone muy claramente que los Organos de la Administración Pública, en ejercicio de las facultades que les confiere la Constitución y el TUO de la Ley General de Procedimientos Administrativos, están ejerciendo la jurisdicción administrativa, entendida ésta dentro de los alcances de lo expuesto en el presente acápite.

La jurisdicción administrativa es entonces la facultad de todo Organo que es parte de la Administración Pública de **“decir derecho”** en un caso concreto de naturaleza administrativa, con efectos intersubjetivos (inter-partes), lo que requiere que el Organo emisor del Acto Administrativo, luego de apreciar el hecho que será materia de la declaración que se expida, sea interpretado dentro de los alcances de las normas legales vigentes y se sancione como legal o no. No es ajena a la jurisdicción administrativa la interpretación de las normas que deberá aplicar, bajo cualesquiera de los métodos que la hermenéutica jurídica reconoce, aplicar analogías, cubrir deficiencias o defectos en la ley frente a la resolución de casos concretos e, inclusive, hacer interpretaciones integradoras frente a los vacíos y lagunas normativas, respetando sin duda los principios generales del derecho y los presupuestos y presunciones jurídicas que el Ordenamiento Jurídico reconoce, admite y aplica diariamente.

⁶¹ En realidad la única facultad de la cual no goza aquel Juez que no sea del Poder Judicial es la de realizar la función del control judicial de las leyes que prevé la concordancia del Artículo 138, segundo párrafo de la Constitución y el Artículo 14 del TUC de la Ley Orgánica del Poder Judicial, potestad restringida de modo exclusivo y excluyente para los Jueces del Poder Judicial.



2.8.2 Sistemas de Control de los Actos Administrativos

Tradicionalmente se considera que los actos administrativos, hechos de la administración y actos de gobierno gozan de una condición privilegiada dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que se presume su validez y se les otorga eficacia inmediata. Sin embargo, ello no exime a la Administración Pública de responsabilidad ante la ley y los administrados por tales actos. Si bien la doctrina reconoce en forma unánime el principio de eficacia de los actos administrativos, ello no quiere decir que los administrados carezcan de protección cuando el ejercicio de dicho poder excede los marcos legales establecidos.

Hoy en día, se considera como valores superiores del ordenamiento jurídico aquellos derechos, libertades y garantías que el Estado reconoce a los ciudadanos y entidades que conforman la sociedad civil y que se han plasmado tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales. Los administrados, por tanto, tienen el derecho de cuestionar ante el organismo competente los actos administrativos que pudieran generar tratamientos arbitrarios, discriminatorios o desproporcionados en relación a sus fines.

La historia del derecho administrativo nos muestra dos sistemas de competencia que pueden considerarse típicos en cuanto al control de la actividad administrativa:

El Modelo Administrativo o Sistema Francés, donde un supremo organismo de la propia administración (**Conseil D'Etat**), que forma parte del Poder Ejecutivo pero que es independiente del órgano administrativo que decidió, y que goza de gran prestigio moral, será el que revise en forma plena y definitiva la impugnación planteada por el particular, sin que quepa una posterior contradicción, ni en el orden administrativo, ni el orden judicial, ni en ninguno otro. Su origen se remonta al derecho francés del siglo pasado de la post-revolución francesa en donde, producto del desprecio y desconfianza a los Organos Jurisdiccionales heredado de la monarquía ("**L'Ancien Regime**"), los procesos contencioso administrativos eran resueltos (hasta la fecha lo son) sólo por órganos del aparato administrativo. Cabe señalar además que, según el concepto francés de división de poderes, el aparato judicial no debe interferir en los asuntos relativos a la administración pública pues de otro modo se alteraría el principio de equilibrio de poderes.

El **Modelo Justicialista o Sistema Anglosajón**, en el cual la atribución del control de la labor de la Administración Pública corresponde a los Jueces del Poder Judicial; esto es, al organismo competente para revisar los pronunciamientos de la administración que sean expresamente impugnados por los particulares.

En el Perú hemos adoptado sin duda alguna el modelo justicialista, en el cual está reservado de modo exclusivo y excluyente al Poder Judicial ejercitar el control de legalidad y/o de constitucionalidad de los actos y hechos de la Administración Pública⁶²; siendo el único Órgano del Estado con capacidad de derogar una norma de legislación derivada de carácter general, único también con capacidad de declarar la inaplicación de una ley a un caso judicial concreto “**Judicial Review**”, “**Control Difuso**”, “**Sistema Americano de Justicia Constitucional**” o Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes- (Artículos 138, segunda Parte de la Constitución y 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y único para la determinación de la impugnación de un Acto Administrativo con efecto particular por medio de la Acción Contencioso-Administrativa. Lo primero mediante una sentencia con efectos generales (**Erga Omnes**) en un proceso judicial de orden constitucional de Acción Popular; lo segundo dentro de los límites de la institución del Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes en el procedimiento estatuido en el Artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de una Sentencia Judicial de fondo en un caso concreto de colisión de leyes con las normas de la Constitución, según la determinación judicial; y lo tercero en el caso de una sentencia judicial en una Acción Contencioso-Administrativa frente a una reclamación particular de un acto administrativo, o hecho de la administración, de efectos particulares, y sólo a petición del ciudadano que ha sido desatendido por la Administración Pública, legitimado para tal efecto. Todos esos son, como ya señalamos, instrumentos del Derecho Procesal Constitucional.

III. LA ACCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: “CAUSAR ESTADO”

Desde la vigencia del Artículo 240 de la Constitución Política del Estado de 1979(D) se definió -como ya se ha dicho- a la Acción Contencioso- Administrativa

⁶² Véase para este efecto, el Artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963(D).



como aquella **acción de control interórganos** (al decir nuevamente de Karl LOEWENSTEIN) que puede interponer el ciudadano o el administrado contra cualquier acto o resolución de la administración pública en general que “**causa estado**”, lo que ha sido expresamente reiterado en el Artículo 148 de la Carta Política de 1993 en actual vigencia, norma constitucional que a la letra dice:

“Artículo 148.- Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”. (subrayado agregado)

En ese sentido, el Artículo 23 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial en actual vigencia señala que:

“Artículo 23.- La acción contencioso-administrativa de que trata el Artículo 240⁶³ de la Constitución se rige, en cuanto a sus reglas de competencia, procedencia y procedimiento, por su propia ley”.

La remisión a una ley posterior (reserva legislativa) a que se refiere el Artículo 23 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial está cubierta actualmente por lo dispuesto en el TUO del Código Procesal Civil, en cuyo Sub-Capítulo Sexto del Capítulo Segundo del Título Segundo se establecen las reglas a las que se debe sujetar la demanda que se interponga contra actos o resoluciones de la administración (acción contencioso-administrativa), a fin que se declare su invalidez o ineficacia. Así tenemos:

“Artículo 540.- La demanda contencioso-administrativa se interpone contra acto o resolución de la administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia.

Se excluyen aquellos casos en que la ley, expresamente, declara inimpugnable lo resuelto por la autoridad administrativa.”

“Artículo 541.- Son requisitos para su admisibilidad que:

- a) Se refiera a un acto o resolución que cause estado;
- b) El acto o la resolución se hayan impugnado en la vía administrativa, agotando los recursos previstos en las leyes respectivas; y,
- c) Se interponga dentro de los tres meses de notificado o publicada la resolución impugnada, lo que ocurra primero, o de producida resolución ficta por silencio administrativo.

⁶³ Hoy referido al Artículo 148 de la Constitución Política del Perú de 1993 en vigencia.

La admisión de la demanda no interrumpe la ejecución del acto administrativo, sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre proceso cautelar.” (Subrayado agregado).

“Artículo 542.- Es competente el Juez Civil del lugar donde se produjo el acto o se dictó la resolución.

Cuando la resolución objeto de la impugnación es emitida por un órgano administrativo colegiado o autoridad unipersonal de carácter local o regional, es competente en primera instancia la Sala Civil de turno de la Corte Superior.

Cuando la impugnación se refiere a resolución suprema o resoluciones emanadas de las asambleas regionales, del Banco Central de Reserva, de la Superintendencia de Banca y Seguros, de la Contraloría General de la República, del Tribunal Fiscal, Tribunal de Aduanas o de los órganos de gestión de la Corte Suprema, es competente en primera instancia la Sala Especializada de la Corte Suprema.”

Finalmente, el Artículo 8 del Decreto Supremo 02-94-JUS, que aprueba el TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, señala los supuestos en los cuales se tendrá por agotada la vía administrativa o vía previa para los efectos de lo dispuesto tanto en el Artículo 23 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial como en el inciso 2 del Artículo 541 del Código Procesal Civil:

“Artículo 8.- Las resoluciones que pongan fin al procedimiento administrativo podrán ser impugnadas ante el Poder Judicial mediante la acción contencioso-administrativa a que se refiere el Artículo 23 del Decreto Legislativo 767 - Ley Orgánica del Poder Judicial.

Para el efecto, ponen fin al procedimiento administrativo:

- a) La resolución expedida en última instancia administrativa o cuando se diera ésta por expedida conforme a lo dispuesto en los Artículos 99 y 100 de la presente Ley, según corresponda; y,
- b) La declaratoria de nulidad de las resoluciones administrativas que hayan quedado consentidas, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 110 de la presente Ley.”

Sobre la base de los antecedentes antes reseñados, resulta pertinente que desarrollemos las bases y conceptos acerca del alcance y real significado constitucional-administrativo del concepto “causar estado” contenido en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, administrativo y procesal civil.

La manifestación de las funciones legislativas, administrativas o jurisdiccionales de la



Administración Pública se da a través de los denominados **Actos Administrativos** o **Hechos de la Administración** esto es, los actos jurídicos de la administración pública, las declaraciones de voluntad unilaterales tomadas por cualquiera de los Organos y Organismos que conforman la Administración Pública, y que suponen que ésta sea el sujeto activo de lo que determine por el sólo hecho de ser el ente que se encarga de manifestar la voluntad del Estado respecto a situaciones diversas, ya sean de carácter general o de carácter particular; o hechos de la autoridad pública de trascendencia jurídica para los particulares, sea que tengan forma de acto, sea que no la tengan.

Los Actos Administrativos pueden ser de dos tipos:

- (i) aquellos que tienen efectos particulares o que “causan status jurídico” en su destinatario; y,
- (ii) aquellos que tienen efectos generales, efectos normativos generales (es decir, actos legislativos derivados), tales como Decretos Supremos Reglamentarios, Resoluciones Supremas de efectos generales, Resoluciones Ministeriales, Resoluciones Directorales, Sub-Directorales, etc., vale decir, todos aquellos actos administrativos destinados a generar una normatividad genérica y que no contengan un acto administrativo de efectos intersubjetivos, y que constituyan en esencia leyes en sentido material, aunque no lo sean en sentido formal, según la muy conocida diferenciación de Karl Lowenstein⁶⁴; esto es, verdaderas normas legales en sentido material y que por ello son denominadas por la doctrina como de legislación derivada o leyes ejecutivas emanadas de la Administración Pública.

En consecuencia, resulta incuestionable que la Administración Pública tiene por finalidad esencial ejecutar actos y hechos de la administración, mediante los actos jurídicos-administrativos de efectos particulares o mediante los hechos administrativos discrecionales con trascendencia jurídica (decisiones de la autoridad administrativa); y al mismo tiempo tiene una labor legislativa “derivada” al poder expedir actos administrativos de alcance general (Reglamentos) con contenido material de ley e insertos dentro del Ordenamiento Jurídico de conformidad y dentro de su rango legislativo correspondiente. Asimismo, tiene una facultad jurisdiccional administrativa en los procesos administrativos que lleva de acuerdo con sus diversos órdenes

⁶⁴ “LOWENSTEIN, Karl.- Op. Cit.

competenciales, pudiendo hablarse de una “justicia (o jurisdicción) administrativa”, sólo que ésta siempre estará bajo el control del Poder Judicial mediante la Acción Contencioso-Administrativa que prevé el Artículo 148 de la Carta Constitucional de 1993, salvo las muy contadas excepciones ya referidas de los “casos no judiciales”.

No obstante lo anterior, debemos reiterar lo ya señalado en el sentido de dejar plenamente establecido que la facultad de inaplicación de las normas legales por colisión constitucional (control constitucional de orden judicial por “**Judicial Review**” o “**Control Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes**”) se encuentra exclusivamente reservada de modo restrictivo a los Jueces del Poder Judicial, y sólo en el ejercicio de la función jurisdiccional -entendida ciertamente en su sentido estricto-, denominado por la doctrina constitucional como el “**Control Difuso de la Constitucionalidad de las Normas**”, como ya hemos visto, que se halla contenido en el Artículo 138, segunda parte de nuestra Carta Constitucional en el Capítulo referido al Poder Judicial, facultad que no es extendible ni aplicable, bajo concepto alguno, a la **Jurisdicción Administrativa**.

Tradicionalmente se considera que los actos administrativos, los hechos de la administración y actos de gobierno gozan de una condición privilegiada dentro del ordenamiento jurídico, de forma tal que se presume su validez y se les otorga eficacia inmediata. Sin embargo, ello no exime a la Administración Pública de responsabilidad ante la ley y los administrados por tales actos. Si bien la doctrina reconoce en forma unánime el principio de eficacia de los actos administrativos, ello no quiere decir que los administrados carezcan de protección cuando el ejercicio de dicho poder excede los marcos legales establecidos.

Hoy en día, se considera como valores superiores del ordenamiento jurídico aquellos derechos, libertades y garantías que el Estado reconoce a los ciudadanos y entidades que conforman la sociedad civil. Los administrados, por tanto, tienen el derecho de cuestionar ante el organismo competente los actos administrativos que pudieran generar tratamientos arbitrarios, discriminatorios o desproporcionados en relación a sus fines.

Las resoluciones administrativas no tienen, ni pueden tener bajo nuestro Ordenamiento Jurídico, carácter inmutable; ya que tales decisiones administrativas están siempre supeditadas a las circunstancias de hecho que las motivan; por eso se afirma que no tienen autoridad de cosa juzgada como ocurre en el caso de las



resoluciones judiciales, sino de “**cosa decidida**”⁶⁵. No pueden ser cambiadas de ordinario por la administración pública (ya que ya está decidido), pero podrían ser modificadas (ergo, no gozan en principio de la inmutabilidad de los fallos judiciales finales) por la autoridad judicial en la Acción Contenciosa-Administrativa, si ésta se plantea en debida forma como lo dispone la ley de la materia.

Nuestro ordenamiento constitucional considera implícitamente el principio universal de la impugnabilidad ilimitada de los actos y resoluciones administrativas ante el Poder Judicial, salvo los casos expresos y excepcionales de **no judiciabilidad de los actos administrativos** (p.e. las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de selección y destitución de magistrados, o las del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral), y reconoce el sometimiento general de la administración en garantía del control de la constitucionalidad y legalidad de sus actos. Como ya se explicó, por excepción se excluyen los casos en que expresamente la Constitución⁶⁶ o la ley declare que el acto o resolución administrativa no es susceptible de ser controlado en sede judicial, o que la condición de “**no judiciabilidad**” surja de la cualidad o naturaleza del acto o resolución cuestionada.

Si un particular fuera afectado en su derecho subjetivo o en su interés legítimo por un acto administrativo o en sus derechos subjetivos por un hecho, puede interponer contra ellos, en sede administrativa, los recursos o reclamos que le permite el ordenamiento jurídico vigente. Si el recurso o reclamo se resuelve en forma estimatoria, es decir, si la decisión administrativa satisface las pretensiones del particular, éste no tiene razón ni interés para obrar, para seguir cuestionando el acto administrativo o para forzar una solución judicial que ya logró en sede administrativa.

⁶⁵ Creemos con todo fundamento, a la luz de la Teoría General del Proceso, que la diferenciación que se pretende hacer entre “**cosa juzgada**” y “**cosa decidida**” es artificiosa y no existe en la doctrina procesal, y más parece ser una construcción verbal que real. Bien visto, no hay diferencia semántica entre ambas acepciones. La “**cosa juzgada**” (*res iudicata*) es aquella cualidad de la sentencia judicial que la hace inimpugnable, inmodificable e inmutable. Sin embargo, la propia doctrina de la cosa juzgada admite la diferencia entre la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material, y, por otro lado, una decisión administrativa lesiva a un ciudadano, con el plazo de caducidad vencido, es también inimpugnable, inmutable e inmodificable por la voluntad del afectado lesionado que no decide cuestionar el fallo administrativo en sede judicial (principio procesal de la “**libertad de la demanda**”).

⁶⁶ “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”. Artículo 142 de la Constitución Política del Perú.

Ahora bien, si se presenta el supuesto contrario, vale decir si la decisión administrativa es desestimatoria, contraria a las pretensiones del particular, a éste -y sólo a éste- le queda la posibilidad de acudir a la vía judicial en uso de la acción contencioso administrativa que es, en puridad, una acción de control constitucional del Poder Judicial sobre los actos y hechos de la administración pública que “**causen estado**”. El órgano judicial interviene en estos casos, entonces, de modo **residual** (sólo a petición del administrado, nunca de la Administración Pública), y de manera **supletoria**, es decir, en defecto de la satisfacción que ha sido negada por el propio accionar de la Administración Pública. Allí donde la Administración Pública quiere afectar al ciudadano, lo hace directamente por medio del *ius Imperium* de que goza en los actos y hechos de la administración, sin necesidad de acudir a autoridad ninguna; y allí donde la Administración Pública satisface al ciudadano en su prestación, éste carecerá de legítimo interés para obrar contra el acto o hecho administrativo que le es favorable.

La Acción Contencioso-Administrativa de que trata el Artículo 148 de la Constitución es una acción que se define, en su naturaleza jurídica, como:

“Una acción constitucional de control de la legalidad y constitucionalidad del Poder Judicial sobre los actos y hechos administrativos de carácter y efecto particular en los ciudadanos por parte de la Administración Pública”.

Allí, en el núcleo de la naturaleza jurídica es que se halla el concepto de “causar estado” en tanto define a los actos y hechos de la administración de efecto y carácter subjetivo y particular sobre los administrados (le causan *status* jurídico en su esfera de intereses, le afectan el *status* jurídico de sus derechos subjetivos) en contraposición con los actos y hechos normativos de la administración pública que, precisamente, “no causan estado” directo por ser de carácter objetivo, **Erga Omnes**, genéricos. En consecuencia, la definición constitucional de “causar estado” que actualmente se halla en el Artículo 148 de la Constitución se refiere, sin duda alguna, a la definición de su naturaleza y sentido jurídico (actos y hechos -actividad- de la administración pública que afecta los derechos subjetivos o particulares de los ciudadanos, y que por tal motivo, **legitiman de modo activo** a éstos -y sólo a éstos o quienes de ellos deriven legítimamente su derecho- a recurrir al Poder Judicial. Nada dice, ni corresponde a este estado de la definición, respecto de las **condiciones de procesabilidad para el ejercicio de la acción** que son materia de desarrollo legislativo y conceptual desarrollada por la ley, pero ya no por la Constitución.

En efecto, la operatividad del ejercicio de esta Acción Contencioso-Administrativa,



determina que la demanda se interponga contra todo acto o resolución de la Administración Pública que “causa estado”, esto es -ya lo hemos visto-, que afecte los derechos subjetivos de los particulares, a fin de que se declare su invalidez o ineficacia, concediéndose al mismo tiempo por la autoridad judicial la prestación material objeto del reclamo administrativo originario y que la autoridad administrativa ha denegado de modo previo. Por lo tanto, el objeto mediato de la Acción Contencioso-Administrativa es lograr que el Poder Judicial controle la legalidad y constitucionalidad de los actos y resoluciones administrativas de efectos intersubjetivos, esto es, de carácter particular (he ahí la definición de “causar estado” que contiene el precepto constitucional que le da sustento); en tanto que el objeto inmediato de la misma será la expectativa del administrado demandante de obtener de la autoridad judicial lo que le ha sido previamente negado por la autoridad administrativa.

Rubio y Bernaldes⁶⁷ precisan por un lado que la Acción Contencioso-Administrativa tiene por finalidad recurrir ante el Órgano Jurisdiccional a fin que revise la adecuación al Sistema Jurídico de las decisiones administrativas que versan sobre derechos subjetivos de las personas. Por eso, concluyen, que esta acción es garantía de la constitucionalidad y legalidad de la actuación de la administración frente a los justiciables.

Si bien es cierto la norma constitucional nos da como único requisito para la interposición de la Acción Contencioso-Administrativa, el que la resolución materia de cuestionamiento haya “causado estado”⁶⁸, este proceso constitucional se encuentra legislado -ciertamente de modo impropio- dentro del Código Procesal Civil, y allí encontramos una serie de requisitos de procesabilidad de la acción, de condiciones de la acción, que la ley impone por razones diversas, pero que distan mucho del concepto de “causar estado” al que se refiere la Constitución y que es objeto de nuestro análisis. Estos requisitos de la acción, o condiciones de la acción en propiedad deben ser cumplidos a fin que el Juez que resuelva la viabilidad de la causa decidida. Entre estos aspectos se halla la exigencia, de orden pragmático antes que conceptual, de que el acto o resolución objeto de la impugnación y que causa status jurídico en la esfera de intereses del administrado, haya sido adecuadamente recurrido o impugnado en la propia vía administrativa, de modo previo a la solicitud de intervención judicial,

⁶⁷ RUBIO, Marcial y BERNALES, Enrique: *Constitución y Sociedad Política*; Mesa Redonda Eds., Lima, 1985, p. 424.

⁶⁸ Causar estado significa que tenga efectos particulares e intersubjetivos.

debiendo por tanto agotarse los recursos previstos en las leyes respectivas como **requisito de procesabilidad** de la acción contencioso administrativa.

Se tendrá por agotada la vía administrativa o por cumplida la vía previa para los efectos de la procesabilidad de la interposición de la Acción Contencioso-Administrativa, cuando se hubiera expedido resolución en la última instancia administrativa; o se diera ésta por expedida de conformidad con los Artículos 99 y 100 del Decreto Supremo 02-94-JUS que aprueba el TUO de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, o cuando se hubiere declarado la nulidad de resoluciones consentidas a que se refiere el Artículo 110 de la misma norma.

Cabe señalar que el requisito del agotamiento de las vías previas como requisito de procesabilidad de la acción contencioso administrativa no es sinónimo ni igual al de causar estado. Es muy frecuente el error de concepto de confundir el uno por el otro. ¿Cuál es la razón de ser del concepto de “causar estado”? Pues no otro que el de definir los actos susceptibles del control constitucional por medio de la Acción Contencioso-Administrativa: aquellos actos y hechos de la administración pública que afectan la esfera jurídica del administrado, negándole una prestación, desconociéndole un derecho, o estableciendo una restricción o gravamen al mismo. ¿Cuál es la razón de ser de la exigencia del requisito de procesabilidad del agotamiento de las vías previas? El permitir que el ciudadano satisfaga su pretensión antes de ir al Poder Judicial, desjudicializar en un primer momento la acción de control constitucional, y dar oportunidad a que la propia Administración Pública, en sus instancias superiores, repare los defectos de su justicia administrativa. Es una razón pragmática, y no conceptual, y por ello se le denomina “requisito de procesabilidad” o “condiciones de la acción”. Que un acto o resolución cause status jurídico en el demandante, para poder ser atacado por medio de esta acción en el Poder Judicial, no significa que se han interpuesto en sede administrativa todos los recursos que permite el ordenamiento jurídico vigente ni tampoco una decisión final contra la cual nada puede argüirse en sede administrativa. Se entiende que un acto o resolución causa estado cuando el mismo contenga derechos subjetivos de orden particular.

Lo anterior se corrobora aún más, cuando el Artículo 541, del TUO del Código Procesal Civil establece ambos conceptos en dos incisos diferentes. Si los conceptos fueran sinónimos, no tendría sentido (y sería un absurdo legal) dos previsiones legales distintas para un mismo aspecto. Pero, creemos con todo fundamento que la ley citada recoge precisamente, con acierto, la diferencia jurídica y los alcances



interpretativos de los conceptos “causar estado” (Artículo 541, inciso 1), y “agotamiento previo de los recursos impugnativos previstos en la ley de la materia” (Artículo 541, inciso 2); donde lo primero se refiere a la naturaleza jurídica de la institución (competencia material, en tanto que la segunda alude a las condiciones de la acción, o de su procesabilidad (competencia procesal), y no deben ser objeto de confusión jurídica, procesal ni, menos, jurisdiccional.

3.1 El procedimiento de Acción Contenciosa Administrativa

Hemos señalado previamente cómo en nuestro ordenamiento jurídico existe una dispersión en la regulación de los procesos constitucionales, cómo ello también se aprecia en los diversos ordenamientos jurídicos y, cómo el tratamiento de dichos procesos no se ha dado de un modo unificado. Al contrario de lo acontecido en otros ordenamientos jurídicos, en el nuestro se ha pretendido ubicar a la Acción Contenciosa Administrativa dentro del ordenamiento procesal civil, sin valorizarse en ello, que no nos encontramos frente a un proceso de orden civil, sino frente a uno de orden constitucional administrativo, y por ello requiere de una legislación especial, donde se pueda claramente determinar los límites y características especiales de las cuales está impregnado un proceso constitucional-administrativo como lo es una Acción Contenciosa Administrativa.

Encontramos que la misma se encuentra legislada tan sólo en cinco artículos del Código Procesal Civil, desvirtuándose, reiteramos, con ello la naturaleza de la cual está investida esta acción. En primer lugar, habría que señalar que en el afán por incorporarla a las normas procesales civiles se ha modificado su nomenclatura, denominándosele -no sin poca claridad conceptual- en el Subcapítulo 6 del Título II de la Sección Quinta del Código Procesal Civil como “Impugnación de Acto o Resolución Administrativa”, adecuando su trámite a un proceso de conocimiento abreviado, so pretexto buscar en la celeridad del proceso un beneficio para el administrado, lo que necesariamente no es cierto.

Concordamos con dicho ordenamiento en el sentido que una Acción Contenciosa Administrativa es un proceso de conocimiento autónomo, no obstante ello no se precisa que es de puro derecho; y más aún no podemos pretender en aras de una supuesta celeridad, tramitar una controversia de

orden constitucional y cuyos efectos serán determinantes tanto para el administrado como para el ente emisor de la resolución cuestionada dentro de las limitaciones que supone un proceso abreviado de conocimiento.

Erróneamente, en nuestro parecer, se ha pretendido desarrollar toda una institución del derecho procesal constitucional-administrativo en el orden del proceso civil, y en tan sólo cinco normas del Código Procesal Civil, sin tomarse en consideración que la propia Carta Constitucional es la fuente de dicho derecho y que esta ha dispuesto que los instrumentos del derecho procesal constitucional sean objeto de una regulación especial, dadas sus especiales características, a las cuales ya nos hemos referido en los puntos precedentes⁶⁹. Adicionalmente a ello, y como clara muestra de la falta de adecuada comprensión al momento de regular este instrumento procesal constitucional, la norma procesal civil posibilita el que se pueda dar una acumulación indebida de pretensiones, al abrir la posibilidad de acumular una pretensión indemnizatoria contra la Administración Pública, lo que resulta a todas luces ajeno a la esencia del proceso de control de los actos administrativos de efectos particulares.

Si a todo lo expuesto le aunamos las pretensiones de una Administración Pública resistente a cumplir actos administrativos contrarios a sus intereses y expedidos por una Instancia Administrativa superior, y con ello, la posibilidad, existente en nuestro ordenamiento (en abierta contradicción a la naturaleza de una Acción Contenciosa Administrativa), de que la propia autoridad administrativa recurra al Poder Judicial a fin que éste controle los actos administrativos expedidos contra la Autoridad Administrativa, tenemos como resultado que no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma legal que recoja expresa y nítidamente el sentido de este instrumento del control constitucional y legal de los actos de la Administración Pública, su naturaleza, alcances y limitaciones, los efectos de sus fallos, los límites de sus pretensiones, así como los principios administrativos, constitucionales y

⁶⁹ Tómesese en cuenta que, p.e., que sólo la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa de España data del 27 de diciembre de 1956, cuenta con una Exposición de Motivos, 130 artículos, 8 Disposiciones Transitorias, 6 Disposiciones Adicionales y 2 Disposiciones Finales; BOE, No. 363, 28.12.1956, en: CIVITAS, Biblioteca.- Legislación de la Justicia Administrativa, 5ta. Ed., Madrid, 1983.



procesales que deben imperar en el tratamiento de esta Institución, que por el hecho de ser objeto de estudio de más de una rama del derecho ha encontrado más de un obstáculo para su inserción en nuestro Ordenamiento Legal.

Cabe anotar, como consecuencia de lo expuesto, que en nuestro medio no contamos con una jurisprudencia ni uniforme, ni valiosa en el ámbito de la justicia contencioso-administrativa, a partir de la cual podamos definir ciertos parámetros o lineamientos que deberían imperar en este proceso de especial importancia.

Es por ello que en la parte final de esta Ponencia consignamos un Proyecto de Ley, elaborado hace ya algún tiempo con afán de colaboración y puesto a disposición de diversas Instituciones públicas y privadas, alguna de ellas con capacidad de iniciativa legislativa, específicamente destinada a regular del modo más adecuado, la concepción y tramitación de las Acciones Contenciosas Administrativas la que, creemos, podría ser un punto de partida para que se acelere de alguna manera la unificación de la legislación procesal constitucional.

3.2 La facultad del Artículo 102 del Código Tributario⁷⁰

Dentro de lo expuesto corresponde, finalmente, analizar a la luz de lo antes expuestos, si el Artículo 102 del Código Tributario confiere al Tribunal Fiscal la facultad de la “**Judicial Review**”, o **Revisión Administrativa de la Constitucionalidad de las Leyes** -lo que constituiría el primer caso administrativo, a todas luces inconstitucional- o si lo que ratifica es la facultad de interpretar las leyes aplicables a los casos que debe resolver conforme a las reglas de la hermenéutica jurídica apropiada.

En efecto, esta norma dice:

“Artículo 102.- Al resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía. En dicho caso, la Resolución deberá ser emitida con carácter de jurisprudencia de observancia obligatoria, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 154.”

⁷⁰ En su versión promulgada por el Decreto Legislativo 816, y con las modificaciones dispuestas por la Ley 27038.

Como ya hemos visto, la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes del Congreso Nacional -o de las normas con rango de ley en general- no compete a la Administración Pública, ni siquiera a la Jurisdicción Administrativa, pues ello está reservado al Poder Judicial por la vía de la **Judicial Review** o **Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes** que está sistemáticamente ubicada en el Artículo 138, segunda parte de la Constitución, en el Capítulo específicamente referido al Poder Judicial y no puede ser extendido válidamente a un tribunal administrativo como lo es, sin duda alguna, el Tribunal Fiscal, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, por muy importantes labores que realice, por muy respetables que sean sus miembros, o por muy importante que sea su gestión.

Por ello, esta facultad, que se halla formulada sin la sistemática adecuada en el texto de la ley, propiciando con ello alguna interpretación extensiva que termine colisionando con sólidos principios constitucionales -que, paradójicamente, pretende proteger- ha sido adecuadamente interpretada por el Tribunal Fiscal en no pocas ocasiones, como da cuenta de ello la Resolución 17421 de 8 de noviembre de 1982, o la Resolución 23247 de 8 de marzo de 1990, en que estableció que el Tribunal Fiscal no puede declarar, por sí y ante sí, la incompatibilidad constitucional de una norma legal que no ha pasado por el control constitucional adecuado del Poder Judicial (y ahora del Tribunal Constitucional), debiendo aplicar la ley positiva que goza de presunción de legalidad y de constitucionalidad y de legalidad hasta que no se declare lo contrario mediante los “**instrumentos**” y procedimientos que, al efecto, la propia Constitución ha diseñado.

Ello no quiere decir que el Tribunal Fiscal no pueda hacer una adecuada interpretación legal al momento de resolver una causa determinada, aplicando los principios generales de la **hermenéutica jurídica** provee en el sistema jurídico, pero sin exceder sus funciones administrativas. Un viejo principio constitucional señala que no es permisible vulnerar la Constitución para, supuestamente, defender la Constitución. Por ello se justifica una reformulación de esta norma legal para hacerla más acorde con los postulados constitucionales en vigencia. El riesgo de lo contrario sería muy grande, pues la tentación de dotar a cuanto Tribunal, o autoridad, administrativo de una suerte de extensión impropia de la “**judicial review**” sería poco menos que imparable, pues bastaría una ley atributiva de tal facultad constitucionalmente



reservada al Poder Judicial, para que la misma sea concedida ¿Por qué razón el Tribunal Fiscal tendría que ser diferente, o especial, o el único?

IV. PROYECTO DE LEY

EXPOSICION DE MOTIVOS

La Acción Contencioso Administrativa se halla regulada en el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado. Es una acción de control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y hechos de la Administración Pública de efectos intersubjetivos y con base constitucional insoslayable. La doctrina la define como una **acción de control** de los actos administrativos de carácter particular (que generan o restringen derechos subjetivos o materiales) emanada de la administración pública por parte del Organismo Jurisdiccional⁷¹. Como tal, es **residual** y **subsidiaria**.

Será **residual**, porque la presencia del Poder Judicial en tal acción sólo operará en defecto de la Administración Pública frente al justiciable, de modo tal que cuando el ciudadano se ve satisfecho ante la Administración Pública, o acata sus disposiciones, no recurrirá al Poder Judicial. Esto le obliga a agotar el ejercicio de su derecho ante la propia administración (agotamiento de las vías previas como requisito de procesabilidad de la acción). Y será **subsidiaria** porque sólo en el caso de que la Administración Pública (con el **ius Imperium** que posee, como juez y parte del procedimiento administrativo) le niegue la razón, se acudiría al Poder Judicial. En tal sentido, es universal doctrina del Derecho Administrativo que nunca la administración pública recurrirá contra sí misma, pues si concede el derecho esto es definitivo, y si lo niega, entonces será el ciudadano el que podrá discutir ello en sede judicial. Esta imposibilidad jurídica debe ser recogida expresamente.

Por lo tanto, el objeto mediato de la acción contencioso administrativa es lograr que el Poder Judicial controle la legalidad y constitucionalidad de los actos y resoluciones administrativas de efectos intersubjetivos, esto es, de carácter particular (he ahí la definición de "**causar estado**" que contiene el precepto constitucional que le da sustento. La acción contencioso administrativa pertenece al Derecho Procesal

⁷¹ Recuérdese que los actos administrativos de carácter general constituyen legislación "derivada" y son controlables de modo objetivo -sin legitimación- por el Organismo Jurisdiccional a través de la Acción Popular que tiene, también, base constitucional y sede judicial.

Constitucional como instrumento de la defensa de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones administrativas, dentro de los controles “**exógenos**” o “**inter-órganos**” de que trata la doctrina de Karl Loewenstein.

Por tal razón requiere ser mejor regulada, fundamentalmente para que este control se halle racionalizado en el Poder Judicial y, por sobre todo, no constituya fuente de carga judicial innecesaria en los Organos de Justicia, en particular de la Corte Suprema de Justicia de la República. Salvo los mandatos constitucionales expresos, la Corte Suprema debe ser preservada como Organo de Casación y no de instancia. Esta revisión puede ser en vía de casación o de apelación, según sea el órgano judicial en que se inicie el proceso.

El plazo de caducidad debe ser expresamente consignado como tal, y debe ser reducido, pues tres meses parece exagerado y no justificado, de manera que la expectativa sobre el mismo no sea muy lata, y con tal plazo más breve se genere mayor **seguridad jurídica** sobre los actos y resoluciones administrativas que, en principio, gozan de presunción de validez y de legalidad que el Organo Jurisdiccional debe respetar y reconocer.

La competencia de los Organos judiciales debe ser mejor precisada, inciso por inciso, pues es evidente que el TUO del Código Procesal Civil incurre en yerros y confusiones de concepto básicos, que la experiencia han demostrado deben de ser mejorados cualitativamente en aras de un proceso racional y de procurar un marco normativo que facilite el trabajo jurisdiccional y garantice, por tanto, una mejor respuesta al justiciable. En ello, la regla general es el inicio de la acción judicial por ante el Juez de primera instancia, sea el de Derecho Público, sea el Civil, según sea del caso, y las excepciones ante la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia, específicamente señaladas, de modo taxativo y excepcional.

Es conveniente excluir la acción contencioso-administrativa, de orden constitucional, de la aplicación del Artículo 178 del TUO del Código Procesal Civil (CPC) para evitar su desnaturalización constitucional, y la inseguridad jurídica que ello causa (sin perjuicio de alimentar la necesidad de una profunda reformulación del Artículo 178 del CPC). Si la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta es excepcional, como lo define la doctrina del Derecho Procesal Civil, también lo es la propia acción contenciosa administrativa; por lo que no resulta coherente no jurídicamente procedente otorgar la excepción de la excepción.



La normatividad contencioso-administrativa vigente para el Tribunal Fiscal (hoy fusionado con el Tribunal de Aduanas), y la importancia económica, patrimonial y jurídica de su gestión, exigen y justifican una normatividad más específica y restrictiva, de mayor excepcionalidad, puesto que a la seguridad jurídica se añaden los factores vitales del Estado en materia de recaudación y necesaria política fiscal. El ordenamiento jurídico y el adecuado funcionamiento del Órgano Jurisdiccional -en tanto defensor de la legalidad y de los derechos fundamentales de las personas- deben ser razonablemente coherentes con ello. Ello justifica un menor plazo de caducidad, una mayor formalidad en la admisión de la demanda (el aspecto técnico/patrimonial será un índice importante en esto), la competencia territorial **cerrada** en la Corte Superior de Justicia de Lima (para evitar la dispersión en el territorio nacional, subrayar la importancia del Tribunal Fiscal, reconocer que -al bajársele de la competencia directa de la Corte Suprema- se le establece una competencia territorial privilegiada, en Lima, la Capital, y favorecer por los altos intereses nacionales que representa la mejor defensa del Estado en Lima bajo el control del propio Tribunal Fiscal y del MEF), a la par que se prevé la limitación a las medidas cautelares, la racionalidad en el uso de la fianza bancaria, la regulación del procedimiento como uno de “conocimiento” en el “tamaño” **Sumarísimo**, pero de **pleno derecho**, bajo las reglas de la subsunción judicial, que hacen más fácil su tramitación. Por cierto ello no impide la presentación de medios probatorios escritos, públicos o privados, que puedan justificar la mejor defensa de las partes, y a ser valorados conforme a las reglas que hoy trae el Código Procesal Civil.

El llamado “**recurso de revisión**”, de orden legal, que implicaba hacer de la Corte Suprema una “Suprema Instancia Administrativa” y que no le salvaba de la ulterior acción contencioso-administrativa de orden constitucional, supone una duplicación de esfuerzos, una repetición de causas y la mayor carga procesal injustificada por parte del Supremo Tribunal. El proyecto de ley apunta a **derogar** para todo efecto el “recurso de revisión” en cualesquiera de sus formas, reconduciendo el derecho de los justiciables con reclamaciones administrativas por una racional acción contencioso-administrativa, y preservando la cualidad en la labor del Supremo Tribunal de Justicia de la Nación.

Por las mismas razones ya expresadas, es conveniente excluir también la acción contencioso-administrativa proveniente del Tribunal Fiscal, del mismo orden constitucional, de la aplicación del Artículo 178 del TUO del Código Procesal Civil para evitar su desnaturalización constitucional, y la inseguridad jurídica que ello causa

(sin perjuicio de alimentar la necesidad de una profunda reformulación del Artículo 178 del CPC). Si, como ya se dijo, la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta es excepcional, como lo define la doctrina del Derecho Procesal Civil, también lo es la propia acción contenciosa administrativa; por lo que no resulta coherente ni jurídicamente procedente otorgar la excepción de la excepción.

La normatividad de la especialidad Laboral se halla bastante bien relacionada en el novísimo Código Procesal del Trabajo de reciente promulgación y vigencia.

Finalmente, el proyecto concluye con la derogación absoluta del trámite del “**recurso de revisión**”, puesto que con la existencia gradual y graduada de la Acción Contenciosa Administrativa, aquel ha perdido objeto y supone (dado que la Acción Contenciosa Administrativa tiene rango constitucional no superable por la ley) una duplicación innecesaria de esfuerzos y de trabajo jurisdiccional, fundamentalmente de la Corte Suprema de Justicia de la República cuyo trabajo debe y requiere ser racionalizado en aras de una mejor administración de Justicia en el Perú.

El proyecto concluye con los efectos de la aplicación directa e inmediata de sus disposiciones al ordenamiento jurídico y procesal ya vigente, así como las normas derogatorias del caso.

**PROYECTO DE LEY
EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA
POR CUANTO**

**EL CONGRESO DE LA REPUBLICA
HA DADO LA LEY SIGUIENTE:**

**LEY DE RACIONALIZACION DE LA ACCION
CONTECIOSO-ADMINISTRATIVA**

Artículo 1.- Para los efectos de una racionalización y tramitación de las acciones contencioso-administrativas de que trata el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado, distribuyendo mejor el trabajo jurisdiccional y el rol de la Corte Suprema de Justicia de la República, modifíquese las siguientes normas, las mismas que quedarán redactadas con el texto siguiente:



TUO - CODIGO PROCESAL CIVIL. DECRETO LEGISLATIVO 768
R.M. 010-93-JUS

“Sub-Capítulo 6

De la Acción Contenciosa-Administrativa

Artículo 540.- Finalidad, procedencia y objeto.- La acción contencioso-administrativa de que trata el Artículo 148 de la Constitución tiene por finalidad el control de la legalidad y constitucionalidad del Poder Judicial sobre los actos administrativos de carácter y efecto particular de la Administración Pública.

La demanda procederá contra cualquier acto o resolución de la Administración Pública que causa estado. Se entiende por tal la afectación del interés o derecho material de los particulares.

Es objeto de la acción contenciosa-administrativa el que se declare la invalidez o ineficacia del acto o resolución administrativa objeto de la demanda, concediéndose al mismo tiempo la prestación material objeto del reclamo administrativo.

La acción contencioso-administrativa será inadmisibles cuando la Administración Pública se presente como demandante contra la propia Administración Pública. La demanda que así se plantease deberá ser rechazada de plano por el Juez o Tribunal, bajo responsabilidad.

Están excluidos, excepcionalmente, los casos en que expresamente la Constitución o la ley declare que el acto o resolución administrativa no es susceptible de control en sede judicial; o cuando de la cualidad o naturaleza del acto o resolución cuestionada surja la condición de “**No Judiciabilidad**”.

Artículo 541.- Admisibilidad.- Son requisitos para su admisibilidad:

1. Que el acto o resolución administrativa cause estado jurídico en el demandante, esto es, que contenga derechos materiales de orden particular o subjetivo;
2. Que el acto o resolución haya agotado la vía administrativa previa, con los recursos previstos en la normatividad respectivas. En caso de no estar

regulado recurso impugnatorio de orden administrativo, deberá agotarse cuando menos una instancia en vía de apelación o de revisión; y,

3. Que se interponga dentro de los 30 días calendarios, salvo disposición legal diferente, de la notificación, o publicación, o de conocido de modo cierto el acto o resolución objeto de la demanda, o de producida resolución ficta en los casos en que se haya regulado el silencio administrativo negativo, lo que ocurra primero. Este es un plazo de caducidad.

La admisión de la demanda no interrumpe la ejecución del acto o resolución administrativa objeto de la pretensión material, sin perjuicio de las providencias cautelares que pudieren excepcionalmente concederse, conforme a ley.

Artículo 542.- Competencia.- La demanda deberá interponerse ante el Juez de Derecho Público del lugar donde se produjo el acto o resolución objeto de la pretensión, o del domicilio del demandante, a elección de este, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley. En los Distritos Judiciales en que no exista esta especialidad, será competencia del Juez Civil de turno.

Excepcionalmente, cuando el acto o resolución objeto de la pretensión demandada sea dictado por:

- a) Un Organismo Administrativo colegiado de competencia nacional, de cualquier orden o denominación;
- b) Una autoridad regional, sea unipersonal o colegiada, de cualquier jerarquía o denominación;
- c) El Banco Central de Reserva;
- d) La Superintendencia de Banca y Seguros;
- e) El Tribunal Fiscal;
- f) La Contraloría General de la República;
- g) Los Organismos de Gestión y Gobierno del Ministerio Público;
- h) Los Organismos de Gestión y Gobierno de la Defensoría del Pueblo;
- i) Los Organismos de Gestión y Gobierno de la Corte Suprema de Justicia de la República;
- j) Los Organismos administrativos del Tribunal Constitucional;
- k) Los Organismos Administrativos del Jurado Nacional de Elecciones; y,
- l) Los Organismos Administrativos del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Academia de la Magistratura, fuera de las excepciones previstas para el efecto;



Será competente en primera instancia la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial de la localidad. En los Distritos Judiciales en los que no exista esta especialidad, será competente la Sala Civil de turno.

En este último caso, el recurso de apelación que se interpusiese y concediese, será de conocimiento de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Contra lo resuelto en la acción contencioso-administrativa, sea en primera instancia o en segunda instancia consentidas o ejecutoriadas, o sea en la Corte Suprema de Justicia de la República en vía de casación, si fuera del caso, no es aplicable lo previsto en el Artículo 178 del Código Procesal Civil.

Artículo 545.- "DEROGADO".

CODIGO TRIBUTARIO. DECRETO SUPREMO 135-99-EF

Artículo 102.- CONFLICTO E INTERPRETACION NORMATIVA.- Al resolver, el Tribunal Fiscal deberá observar los principios de validez, legalidad y constitucionalidad de las normas aplicables al caso concreto, encontrándose vinculado a las mismas hasta que no sean controladas en la forma y modo que la Constitución establece.

En caso de conflicto normativo por razón del tiempo, materia, especificidad o jerarquía, el Tribunal Fiscal aplicará los criterios de interpretación e integración normativa comúnmente aceptados.

(...)

TITULO IV DE LA ACCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ANTE EL PODER JUDICIAL

Artículo 157.- ACCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.- Lo resuelto por el Tribunal Fiscal agota la vía administrativa, siendo su resolución final una que causa estado a los efectos del Artículo 148 de la Constitución.

Contra lo resuelto por el Tribunal Fiscal sólo el deudor tributario podrá interponer

acción contencioso-administrativa, la que se regirá por las normas contenidas en el presente Título y, supletoriamente, por las de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Procesal Civil, respectivamente; salvo el caso del Artículo 112 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

La demanda sólo podrá ser presentada por el deudor tributario, dentro del plazo de caducidad de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de efectuada la notificación certificada de la resolución del Tribunal Fiscal al deudor tributario.

La demanda deberá contener peticiones concretas. Las que carezcan de estas, sean manifiestamente confusas o continentales de pretensiones absurdas deberán ser inadmitidas de plano, en resolución debidamente motivada. Su presentación, admisión y tramitación en ningún caso interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria.

La demanda se interpondrá ante la Sala de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, independientemente del lugar en que se generó el acto administrativo tributario que da lugar al reclamo, o de donde este debe ejecutarse, o del domicilio del demandante, debiendo recaudarse a la misma, además de los requisitos de la ley de la materia, los establecidos en el Artículo 158 del presente Código y la constancia de la fecha cierta de su notificación. Las que se interpongan fuera del plazo de caducidad indicado en el párrafo anterior, será inadmitidas de plano señalándose esta causal.

Cuando la determinación de la fecha de notificación deba ser objeto de prueba, se admitirá la demanda a trámite. Pero, determinado que fuese que la demanda se interpuso vencido el plazo de caducidad, en resolución motivada la Sala dará por concluido el proceso en el estado en que se encuentre o se determinará la improcedencia de la demanda si su estado es el de emitirse sentencia.

La Sala de Derecho Público, en el caso de que el demandante cumpla con los requisitos de admisibilidad establecidos en el presente Título, requerirá al Tribunal Fiscal la remisión de todo lo actuado, el que hará igual petición a la autoridad a la Administración Tributaria correspondiente.

La Administración Tributaria elevará todo lo actuado dentro del plazo improrrogable de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha cierta del requerimiento oficial, bajo



responsabilidad funcional y administrativa. Recibidos los actuados por el Tribunal Fiscal, los remitirá a la Sala de Derecho Público en el plazo de tres días improrrogables.

La interposición de la demanda contencioso-administrativa determina la improcedencia por causal de vía paralela de cualesquiera Acción de Garantía Constitucional contra la Resolución del Tribunal Fiscal o por sobre los hechos o actos tributarios materia de su conocimiento.

Artículo 158.- REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD-DEUDOR TRIBUTARIO.- Para la admisión de la demanda contencioso-administrativa es, además, requisito que el deudor tributario acredite el previo pago de la deuda tributaria o se suspenda la obligación de pago con la presentación de carta fianza bancaria por el monto de la misma, incluyendo gastos e intereses prudenciales; salvo que se alegue y acredite de modo cierto que en el proceso administrativo tributario originario preexistan medidas cautelares que alcancen al monto prudencial de la deuda tributaria, más sus gastos e intereses. En este último caso, la Administración Tributaria podrá solicitar, según convenga a su derecho, la mejora, ampliación o sustitución de las medidas cautelares según, conforme a ley.

Cuando se presente carta fianza bancaria, podrá solicitarse a la Sala de Derecho Público el oficiamiento a la Administración Tributaria la suspensión de la cobranza por el plazo de la misma, debiendo renovarse la carta fianza bancaria de modo previo a su vencimiento cada seis (6) meses por el mismo monto, debidamente actualizada a la fecha de la renovación.

La falta de renovación semestral de la Carta Fianza, de modo oportuno y antelado, dará lugar a la conclusión del proceso en el estado en que se encuentre y a la caducidad de la acción contencioso administrativa. En tal caso, la Sala de Derecho Público, en el día y de pleno derecho, pondrá ello en conocimiento de la Administración Tributaria.

Artículo 159.- TRAMITE, MEDIOS PROBATORIOS Y MEDIDAS CAUTELARES.- Admitida la demanda a trámite por la Sala de Derecho Público, se oficiará al Tribunal Fiscal para la remisión de los actuados administrativos según lo previsto en los párrafos séptimo y octavo del Artículo 157, y correrá traslado a la Administración Tributaria, sustanciándose la causa como Proceso Sumarísimo de puro derecho.

Sin perjuicio de ello, las partes podrán presentar, en cualquier estado del proceso, medios probatorios instrumentales públicos y privados, los que serán valorados con arreglo al Código Procesal Civil.

La defensa de la Administración Tributaria correrá a cargo del Procurador Público habilitado al efecto, a menos que se trate de entidad pública con personería jurídica propia, en cuyo caso la demanda deberá entenderse con su representante legal, sin perjuicio de notificarse, además, en tal caso al Procurador Público a cargo de los asuntos del Ministerio de Economía y Finanzas.

En todos los casos deberá ponerse en conocimiento del Tribunal la resolución admisorio o inadmisoria, la de caducidad del proceso y la sentencia que expida la Sala de Derecho Público mediante oficio con transcripción de la resolución de que se trate.

En esta acción judicial sólo se podrán solicitar y obtener, bajo sanción de nulidad, y responsabilidad, medidas cautelares de naturaleza registral o inscribibles. En ningún caso podrá concederse como medida cautelar la exoneración total o parcial de la deuda tributaria materia del proceso.

Artículo 160.- INFORME ORAL Y ALEGATOS.- Concluida la Audiencia Unica, las partes dispondrán de 10 días hábiles para formular sus alegatos escritos y solicitar el uso de la palabra a fin de informar oralmente, lo que se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 161.- DICTAMEN FISCAL, RESOLUCION Y APELACION.- La Sala de Derecho Público, expedida que sea la causa para ser sentenciada, solicitará dictamen fiscal ilustrativo.

Emitido dictamen fiscal, expedirá resolución en un plazo no mayor a treinta (30) hábiles con posterioridad a la vista de la causa.

Expedida sentencia, podrán las partes recurrir en apelación a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el término de cinco días de notificada con fecha cierta.

La Sala Constitucional y Social expedirá sentencia sin más trámite que el correspondiente dictamen fiscal, e informe oral, si fuera solicitado, conforme a lo previsto en el artículo anterior.



La Sala Constitucional y Social expedirá sentencia en segunda y definitiva y con calidad de cosa juzgada material, en el mismo plazo que el señalado en el segundo párrafo del presente artículo. Contra lo así resuelto no cabe recurso adicional alguno cualquiera sea su denominación o clase.

Contra lo resuelto en esta acción contencioso-administrativa, sea en primera instancia o en segunda instancia, no le es aplicable lo previsto en el Artículo 178 del Código Procesal Civil.

Artículo 3.- Las acciones contencioso administrativas contra las resoluciones que causen estado en materia laboral, se regirán por la Ley N° 26636, Ley Procesal de Trabajo, a partir de su entrada en vigencia.

DISPOSICION TRANSITORIA

Unica.- La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República remitirá las demandas y causas contencioso administrativas en trámite a los Presidentes de las Cortes Superiores que correspondan, para su distribución entre los Juzgados de Derecho Público o en lo Civil de su respectivo Distrito Judicial, según corresponda, teniendo en cuenta los turnos y fecha de iniciación de los procesos para su trámite correspondiente. Las causas que se iniciaron en las Salas Civiles de las Cortes Superiores continuarán su trámite en donde se encuentran hasta su resolución final. Del mismo modo, la Sala competente de la Corte Suprema resolverá el grado pendiente de las causas que obran en su poder.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- Deróguese toda disposición legal que regule el "Recurso de Revisión" ante cualesquiera de las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la República, con excepción del "Recurso de Revisión" de que trata el Código de Procedimientos Penales ante la Sala Plena del Supremo Tribunal, el que regirá hasta la entrada en vigencia del Código Procesal Penal.

En consecuencia, las resoluciones, decisiones y actos administrativos de carácter particular que emitan los órganos administrativos autónomos o del Poder Ejecutivo, o de cualquier administración pública, en última instancia, que causaran estado, podrán ser objeto de Acción Contenciosa Administrativa con arreglo a la presente ley. Se

incluye en esta disposición a la Superintendencia de Banca y Seguros, el Banco Central de Reserva, la Contraloría General de la República y todo Organo de la Administración Pública que a la fecha de vigencia de la presente ley tuviere regulado "Recurso de Revisión" ante la Corte Suprema.

Los Recursos de Revisión que a la fecha de la vigencia de la presente ley hayan sido concedidos y/o admitidos por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de a República, continuarán su trámite hasta la Resolución final conforme a las disposiciones aplicables.

Los que se concedan o presenten a partir de la vigencia de la presente ley serán inadmitidos de plano y devueltos al Organo Administrativo de origen.

Segunda.- La presente ley entrará en vigencia al día siguiente de su Publicación. Los procesos judiciales iniciados con anterioridad al inicio de su vigencia, continuarán su trámite conforme a la normatividad precedente hasta su culminación, la que para dicho efecto tendrá vigencia ultraactiva.

DADO EN LA CASA DE GOBIERNO (...)

