

TEMA

LA FACULTAD DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Autor: Abogado. Santiago Eleazar Vargas Romero

**Estudiante de Poste Grado de la Universidad de Huánuco en
Derecho Procesal.**

**Asistente en Función Fiscal de la Oficina Desconcentrada de
Control Interno de Huánuco- Ministerio Público.**

1.- INDICE

	PG
1. DEFINICIÓN O DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA	3
2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	4
3. VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN	5
4. HIPOTESIS	6
5. DESARROLLO POR CAPITULOS	7
6. CONCLUSIONES	13

2.- DEFINICIÓN O DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA (1)

Debemos precisar inicialmente el carácter obligatorio y esencial que tiene el principio de legalidad en la administración pública, como fundamento que asigna la competencia y posibilidad de actuar de determinada forma, en los trámites y procedimientos en los que intervienen los administrados y los mismos funcionarios en su desenvolvimiento diario. Ahora bien el área de estudio que ocupa el presente trabajo se encuentra **delimitado en los efectos negativos que derivan de la facultad de control constitucional, concedido a la administración pública** por el Tribunal Constitucional en la sentencia número , que exige al funcionario público el deber de aplicar el control difuso en la solución de tramites sujetos a su competencia; asimismo, su falta de justificación política, sociológica y jurídica, en cuanto al principio de legalidad pilar del Derecho Administrativo moderno, la misma que a juicio del autor traería serias dificultades teóricas y practicas en la solución de determinados procedimientos administrativos, al sujetarse al “control constitucional” de los funcionarios que conocen de ella, en perjuicio del principio de legalidad que rige los actos administrativos, que ocasionaría incertidumbre y falta de seguridad jurídica en los administrados, contraviniendo desde el punto de vista jurídico con normas constitucionales y de orden interno.

Por otro lado, se examinara las consecuencias que tendría la aplicación del control constitucional por los funcionarios públicos, como es la máxima del derecho de seguridad jurídica, y las consiguientes consecuencias que acarrearía en el sistema de derecho peruano, desde un punto de vista sociológico-jurídico, que es la mejor forma de poder descubrir la verdadera esencia de este fenómeno social, en el campo del derecho, partiendo de cómo obtenemos el conocimiento en determinada área del saber humano.

3.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La necesidad de profundizar aspectos constitucionales de relevancia en la ciencia del derecho, nos ha llevado a determinar que uno de los puntos más discutibles que trasciende el análisis interdisciplinario de las diferentes disciplinas del derecho es la facultad que estos tienen de ejercer control constitucional, tan es así que ahora último el criterio del Tribunal Constitucional ha expresado el deber de los jueces de inaplicar las leyes que no se encuentren acordes con la Constitución Política, en el campo del derecho público esta atribución resulta ser contradictorio, habida cuenta del principio de legalidad que sustenta esta rama del derecho, en donde el Estado no puede rebasar sus atribuciones en relación al marco normativo que se ha impuesto al administrado, con el riesgo de incurrir en arbitrariedad y abuso del *ius imperium* que goza toda administración pública, así se puede reflejar en el Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Minero, entre otros, en los cuales las normas que las regulan se encuentran, expresamente señaladas y legitimadas por una elaboración legislativa, emanada de la sociedad al elegir sus autoridades.

Ahora bien, dentro de las ramas del derecho público tenemos las que tiene carácter sancionador (Derecho Penal y Derecho Administrativo), el presente trabajo aborda el tema del deber de control constitucional que tiene los funcionarios públicos, en detrimento del principio de legalidad que orienta la actividad administrativa general y la sancionadora, con la consiguiente falta de predictibilidad en las decisiones de la administración pública, hecho que resulta de suma importancia en un estado de derecho.

4.- VIABILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

Dado el reducido tiempo con que se cuenta para la realización del presente trabajo, se puede mencionar que su realización dependerá de las fuentes bibliográficas, análisis e interpretación de los textos constitucionales que inspira nuestro derecho peruano, asimismo de los precedentes y doctrina administrativa, que se ha recogido con el objeto de analizar la atribución de control constitucional por parte de la administración pública, a la luz del factor socio –jurídico, es decir de las mismas bases que inspira nuestro derecho constitucional, y que enmarcan el verdadero sentido y esencia de nuestro derecho.

Como quiera que el presente problema no concluye con un análisis jurídico de si se puede o no se puede exigir al funcionario público, que ejerza control de la constitución, toda vez que está atribución ya está conferida por sentencia vinculante del tribunal constitucional al respecto, es necesario a efectos de probar la hipótesis, realizar un estudio dogmático constitucional sobre el referido control difuso de la constitución en sede administrativa, así como las facultades que tiene el Tribunal Constitucional para exigir determinada conducta.

Por otro lado, cabe señalar que para el presente trabajo se ha obviado por falta de tiempo la presentación y sistematización de datos estadísticos, que hubieran permitido dar mejor fundamento y mostrar en la práctica, lo que supone la atribución del control difuso en la administración pública, consultando y encuestando tanto a los funcionario como a los administrados, pudiendo haber sistematizado dicha información en cuadros estadísticos, de todas formas la contribución doctrinal y científica en la presente investigación es viable y puede realizarse aún con las dificultades antes señaladas.

5.- HIPOTESIS

5.1 HIPOTESIS GENERAL.-

“DE APLICARSE EL CONTROL DIFUSO POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS SE EFECTARIA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA”

5.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICO.-

“CAUSAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA FACULTAD DEL CONTROL DIFUSO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR”

“CAUSAS DE AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD ADMINISTRATIVO EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS”

“VULNERACIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO EN SEDE ADMINISTRATIVA”

6.- DESARROLLO POR CAPITULOS

6.1 EL CONSTITUCIONALISMO Y EL DERECHO COMO SISTEMA SOCIAL.-

En primer lugar debemos sostener que la clásica diferencia entre Derecho y Sociología, en el cual el la primera de estas se circunscribía a la interpretación de las normas y aplicarlas, y el sociólogo a ocuparse del contexto del derecho, de sus condiciones y consecuencias sociales, esta desfasada¹, toda vez que desde inicios del siglo XX dicha demarcación ha quedado disuelta; sin embargo desde la perspectiva del Derecho la función de la sociología sigue siendo la de una ciencia auxiliar, salvo algunas excepciones como la definición de “institución”, siendo escasa su aporte a la doctrina jurídica, situación que no ha cambiado en estas últimas décadas. A raíz de los avances de la Sociología y la interpretación de la realidad se elabora materialmente las normas sociales, y no desde un escritorio, tanto más si el “DERECHO” esta basado en la trilogía hecho- valor y norma, sustentada en “la teoría tridimensional del derecho” (carácter fáctico- axiológico- normativo del derecho)², por cuanto es en la sociedad donde se descubre la esencia de los fenómenos sociales, de donde se deberá extraer los valores que esta recoge, para plasmarlos en un derecho acorde con la realidad determinada. As pues la aplicación de la Teoría de los Sistemas Autopoiéticos al caso concreto del Derecho solo se puede concebir si se toma en cuenta el hecho de que este sistema es un subsistema de la sociedad y que también existen otros subsistemas.

Ahora bien el “constitucionalismo” occidental que inspira y recoge el Tribunal Constitucional (de quien rinde culto casi “escolástico”), se encuentra empleando infructuosamente todas sus energías en los intentos que postulan una constitución mundial más allá del Estado- Nación, esto es el caso de los intentos jurídicos de elevar artificiosamente la carta de las Naciones Unidas, al rango de Derecho Constitucional Mundial, olvidándose que los orígenes de la sociedad mundial no se produce bajo el liderazgo de la política internacional,

¹ “El derecho como Sistema Social” Niklas Luhuman recopilado en el libro “Teoría de Sistemas en el Derecho Penal” pg. 101

² “Teoría Tridimensional del Derecho” Miguel Reale pg. 69

sino en todo caso es acompañada por esta. Ahora con respecto al control normativo nacional estatal en la jurisdicción constitucional de la norma jurídica positivizada, se ha desarrollado extensas técnicas de control (entre ellas el control difuso), que neutralizan relativamente las decisiones de los grupos de poder (partidos políticos, grupos económicos, entre otros), pero fundamentando sus sentencias en políticas orientadas a principios jurídicos universales, acomodando decisiones políticas en la dogmática jurídica de acuerdo con criterios jurídicos de conciencia, por lo que se puede colegir que actualmente el Derecho Constitucional a liberado la “lógica” propia de la política al “politizar” al propio derecho, lamentablemente como lo manifiesta Gunther Teubner estos indicios son adaptación del derecho a la racionalidad de la política.³

Ahora bien adentrándonos al tema en sí el Estado, a través de la administración pública hace uso de su *ius imperium* y somete a los miembros de la colectividad nacional (administrados) a las regulaciones y disposiciones necesarias para una adecuada convivencia, dentro de un Estado de derecho. Dentro de ese marco reconoce derechos, establece cargas, exonera de ellas, señala responsabilidades, autoriza, sanciona, entre otras. Estando pues dicha prerrogativa enmarcada en la Constitución Política del Estado, quien a través de la representatividad de la sociedad hacia sus representantes las legitima, limitando así su accionar hacia determinados sectores donde el contrato privado cede al contrato social.

De lo expuesto en líneas precedentes es opinión del suscrito que el control difuso como medio excepcional de inaplicar una norma jurídica, basado en criterios de defensa de los derechos fundamentales de la persona, en el campo administrativo, resulta ser una infructuosa elaboración doctrinal por parte del Tribunal Constitucional, que en este caso esta legislando cuando dicha función sólo compete al órgano legislativo, asimismo no se esta guardando la debida

³ “Globalización y Constitucionalismo Social” Gunther Teubner artículo recopilado en el libro “Teoría de Sistemas en el Derecho Penal” pg. 150

interpretación del dogmática constitucional, extendiéndola a parámetros inimaginables que linda con la arbitrariedad.

6.2 MARCO CONSTITUCIONAL DE ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL PERU.-

Debemos iniciar el presente trabajo precisando que conforme se puede llegar a interpretar dogmáticamente la Constitución Política del Estado, la administración pública se encuentra sujeta al principio de legalidad, esto implica la obligatoriedad que todo lo que se decida en su competencia debe tener como fundamento una disposición expresa que le asigne la competencia para poder actuar de tal o cual manera, así por ejemplo en el Derecho Administrativo Disciplinario, acto que tiene como inconducta funcional debe estar previamente señalado en la ley, y decimos ley en sentido estricto, no pudiéndose tipificarse en reglamentos sin rango de ley.

Conforme lo señaló el profesor Jorge Pando Vélchez “la actuación del funcionario administrativo no se rige por el literal a) del inciso 24 del Artículo 2 de la Constitución. “Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” que constituye una garantía fundamental de la persona humana. Sino por la cara opuesta de esa garantía: el funcionario de la administración en ejercicio de sus funciones *solo* puede hacer lo que la ley le permite hacer y esta impedido de hacer lo que ella no le faculta”.⁴ Cabe señalar la máxima del derecho de que no se puede hacer distinciones donde la ley no lo hace, menos en perjuicio de los administrados a quienes le acoge este derecho constitucional señalado al empezar el renglón, y que es recogido por el Derecho Civil cuando se señala que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía. De lo contrario si el funcionario administrativo pudiera regirse solamente por el literal a) del inciso

⁴ Jorge M. Pando Vélchez “La Administración frente a la norma inconstitucional: ¿control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa?”. (Publicado en la Revista Peruana de Derecho Público N° 5 Año 3 Julio-Diciembre 2002; Págs. 107-113

24 del artículo 2 de la Constitución, entonces su actuación estaría supeditada únicamente a su conciencia y curiosamente el ciudadano (administrado) vería afectada tal garantía Constitucional. En resumen un caos en el manejo del Estado.

Al respecto cabe señalar que el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución Política del Estado, que señala expresamente “En todo proceso, desistir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera...”, de lo cual se llega a colegir que solo en el proceso judicial el Juez tiene esa atribución, con lo que respecta a la administración pública no hace referencia alguna; ahora bien interpretando la sentencia del Tribunal Constitucional número 3741-2004-AA/TC, que señala el control difuso que debe ejercer los órganos administrativos, se puede apreciar que existiría una aparente extralimitación de parte del Tribunal, al otorgar el control constitucional a la Administración Pública, toda vez que esta prerrogativa debería ser sometida en todo caso a referéndum, y no ser “legislada” por un tribunal que no tiene competencia para hacerlo. Ahora bien, este análisis del Tribunal Constitucional que aparentemente guarda protección a los derechos fundamentales de la persona, tiene un contrasentido habida cuenta de que en teoría se estaría protegiendo derechos consagrados en la Constitución, sin remediar los “otros” derechos transgredidos por esta misma exigibilidad del control difuso al funcionario público, esto en todo caso es discutible y se resolverá en la ponderación de dichos derechos, lo que no es discutible, a mi punto de vista, es que este juicio netamente jurisdiccional y de interpretación y ponderación entre la colisión de derechos fundamentales de la persona, pueda ser conocida en la administración pública; dejando de lado la revisión judicial en la vía contenciosa administrativa, hecho que de por sí causaría perjuicio en los administrados.

6.3 PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.-

No exageramos si decimos que este principio es el más importante en el Derecho Procesal Administrativo, habida cuenta “ de la vinculación positiva de la administración a la ley”, que exige la certeza de validez de toda acción

administrativa debe tener sustento legal que garantice el adecuado procedimiento y su legitimación; asimismo, este principio se vuelve piedra angular del Derecho Administrativo Sancionador, donde se interpondrá sanciones que necesariamente deben estar señaladas previamente en la Ley, conforme lo señala el inciso 1) del artículo 230º de la Ley Nª 27444, donde se establece que la potestad sancionadora de la entidad estatal tiene que estar reconocida por norma con rango de Ley, siendo así, los funcionarios deben verificar previamente dicho poder, estando prohibidas de crear sanciones o incorporar otras mediante reglamentos o directivas internas, al respecto existe criterio del mismo Tribunal Constitucional en el expediente número 2050-202-AA-TC, en su numeral ocho que establece que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal sino también en el derecho administrativo sancionador, de lo cual se puede determinar cierta contradicción entre ambas sentencias del Tribunal Constitucional sobre un mismo tema, propio de la “relatividad” de las sentencias y derechos que juzga el Tribunal.

6.4 FACULTAD DE APLICAR EL COTROL DIFUSO POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.-

De lo expuesto se ha demostrado jurídicamente la inviabilidad del control constitucional por parte de los funcionarios públicos, o en todo caso (para los relativistas), que este punto es discutible, debiendo precisar que lo expuesto no significa que el funcionario administrativo es un mero “aplicador literal” de la norma, sino que es el principio de legalidad el que marca el ámbito de movilidad del funcionario. En algunos casos, su actuación estará muy restringida por la disposición legal, más en la mayoría de los casos existe suficiente discrecionalidad de la administración en su actuación. Pero esta discrecionalidad solo es posible siempre y cuando el marco legal así se lo permita, y como lo señalamos anteriormente la misma constitución política no lo faculta, sino la interpretación “de buena fe” en defensa de los derechos fundamentales de la persona que el Tribunal Político Constitucional, ha manifestado debe ser exigido a la administración pública.

En este orden de ideas nuestra posible solución, es que la administración debe siempre intentar interpretar la ley acorde a la Constitución Política del Estado y solo en el caso que ello no sea posible de ninguna forma, entonces elevar un informe a su superior evidenciando el aspecto inconstitucional del reglamento para proponer su modificación o derogación, siendo más factible si consideramos que un procedimiento administrativo puede resolverse aplicando la norma con rango de Ley y prescindiendo del reglamento que puede tener el vicio de inconstitucionalidad, en todo se revisara judicialmente la decisión administrativa, siendo esta la llamada por la Constitución para realizar un control constitucional, dada su especialidad y atribuciones, caso contrario habría un ilimitado campo de acción a su discrecionalidad que le permitiría no tener parámetro funcional con respecto a los derechos y procedimientos ya concedidos a los administrados, ocasionando así indefensión en los mismo, y falta de predictibilidad en las decisiones administrativas, ocasionado inseguridad jurídica.

En conclusión se puede afirmar que la administración pública no tiene la facultad del control constitucional (inaplicación o derogación) pero si el deber de ajustar la aplicación de las normas a la constitución y a la ley.

7.- INTERPRETACIÓN DE TECNICAS DE REALIZACIÓN DE DATOS

No se tiene.

8.- CONCLUSIONES

1.- El Derecho debe ser el resultado de un estudio minucioso de la sociedad, no pudiéndose sustentar por si mismo, sino en base al análisis y conexión con los diferentes sistemas sociales, del cual también forma parte.

2.- El control Difuso de los funcionarios públicos no esta regulado por la Constitución Política del Estado, por cuanto desde el punto de vista dogmático, la Interpretación que realiza el Tribunal Constitucional en este sentido excede sus atribuciones, al “legislar” tácitamente al respecto.

3.- El Principio de legalidad es el marco constitucional que tiene la administración público, su trasgresión ocasionaría indefensión en los administrados con la perdida de la seguridad jurídica.

4.- la administración pública no tiene la facultad del control constitucional (inaplicación o derogación) pero si el deber de ajustar la aplicación de las normas a la constitución y a la ley.

9.- RECOMENDACIONES

- El presente tema y punto de vista del autor, no son compartidos por la mayoría de Constitucionalista de tendencia “internacionalista”, pero esta orientada a descubrir la verdadera esencia del fenómeno social de nuestra realidad, y modificarla sin obviar los avances de otras realidades, lo que equivaldría a manifestar que el team debe ser abordado lomas objetivo posible, siempre teniendo presente que en la administración pública se otorga y/o eclara derechos, así como se los restringe.

10.- ANEXOS DE FORMULACIÓN DOCUMENTAL

No tiene.

11.- BIBLIOGRAFIA (1)

- “El derecho como Sistema Social” Niklas Luhuman recopilado en el libro “Teoría de Sistemas en el Derecho Penal” pg. 101
- “Teoría Tridimensional del Derecho” Miguel Reale pg. 69
- “Globalización y Constitucionalismo Social” Gunther Teubner artículo recopilado en el libro “Teoría de Sistemas en el Derecho Penal” pg. 150
- Jorge M. Pando Vílchez “La Administración frente a la norma inconstitucional: ¿control de constitucionalidad y control de legalidad administrativa?”. (Publicado en la Revista Peruana de Derecho Público N° 5 Año 3 Julio-Diciembre 2002; Págs. 107-113