



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO Y SUS IMPLICANCIAS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Luis Arias-Koga

Piura, agosto de 2015

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Arias, L. (2015). *El control difuso administrativo y sus implicancias en el estado constitucional de derecho*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo [una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

LUIS MARTÍN ARIAS KOGA

**EL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO Y SUS
IMPLICANCIAS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE
DERECHO**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el Título de Abogado

2015

APROBACIÓN

Tesis titulada “EL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO Y SUS IMPLICANCIAS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO” presentada por Luis Martín Arias Koga en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Carlos Hakansson Nieto.

Director de Tesis

AGRADECIMIENTO

A mi director de tesis, por su tiempo, su apoyo, paciencia y motivación; mi más profundo agradecimiento por sus consejos, que han inculcado en mí un sentido de seriedad, responsabilidad y rigor académico, virtudes fundamentales que me impulsan a buscar siempre la excelencia personal y profesional.

DEDICATORIA

Por sobre todas las cosas a Dios, fuente de sabiduría y mi mayor defensa ante la adversidad; y a mis dos madres, Pilar y Sofía, ejemplos de vida y motor constante de mi crecimiento personal, gracias por su amor infinito y apoyo incondicional; mis logros y alegrías son por y para ustedes.

INDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO PRIMERO	1
EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	1
I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO DE ESTADO	1
II. LA CONSTITUCIÓN COMO EJE PRINCIPAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO	4
CAPÍTULO SEGUNDO	7
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA CONSTITUCIÓN	7
I. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA	10
II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD	11
III. PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL	13
IV. PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA	14
CAPÍTULO TERCERO	17
INTÉRPRETES Y CONTROLADORES DE LA CONSTITUCIÓN	17
I. SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS	20

A) <i>Control concentrado: Tribunal Constitucional y acción de inconstitucionalidad</i>	21
B) <i>El Control Difuso: el célebre caso Marbury v/s Madison</i>	26
1.El Control Difuso en el Perú	29
II. CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO	32
A) <i>El precedente vinculante que cambió la historia</i>	34
1.Fundamentos del Tribunal Constitucional para afirmar la necesidad de un control difuso administrativo.	41
2.¿Resulta conveniente que la Administración Pública ejerza dicha potestad?	46
a) <i>Sobre la interpretación del artículo 138° de la Constitución en función al Principio de Supremacía Constitucional</i>	50
b) <i>Sobre la eficacia vertical de los Derechos Fundamentales</i>	54
c) <i>Sobre la vulneración de Estado Constitucional de Derecho a la luz del Principio de Separación de Poderes</i>	56
d) <i>Sobre la moderna interpretación o re-interpretación del Principio de Legalidad</i>	57
e) <i>Sobre la referencia al caso chileno</i>	59
f) <i>Otras consideraciones para negar el Control Difuso Administrativo</i>	60
i. Control Difuso para los particulares	61
ii. Vulneración constitucional manifiesta	61
iii. Incongruencia en la lógica usada por el Tribunal Constitucional	63
iv. Elevación a consulta	65
v. Control difuso sólo a pedido de parte y extraordinariamente de oficio	67
vi. Una última razón: el consenso	69
CAPÍTULO CUARTO	71
LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD	71
I. DEFINICIÓN Y ALCANCES	72
II. ¿RESULTARÍA CONVENIENTE INTRODUCIR LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO PARA PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS?: PROPUESTA Y ANÁLISIS	74

CAPÍTULO QUINTO	79
LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO	79
I. PRIMERA HISTORIA.	79
II. SEGUNDA HISTORIA	79
A) <i>El voto singular del magistrado Urviola Hani</i>	85
III. ANÁLISIS DEL CAMBIO DE CRITERIO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	89
IV. ANÁLISIS DEL VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO URVIOLA	89
V. APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO DURANTE SU VIGENCIA	92
BIBLIOGRAFÍA	103

INTRODUCCIÓN

“La Constitución, no puede ser comprendida sólo como un estatuto de la organización, que estructura el Estado y que faculta e impone ciertas actividades al mismo, sino, a la vez, como una forma vital de los ciudadanos que participan en la vida del Estado.”

Rudolf Smendt

En la actualidad, el Estado como organización política que dirige y regula la convivencia en una sociedad, encuentra sus bases fundamentales en unos principios orientadores que tendrán como función primordial impulsar de manera eficiente su actividad reglamentaria y protectora del fundamento y fin de su existencia: la persona. Entre estos principios resalta la Supremacía Constitucional, mediante el cual, la Constitución se constituye como eje principal de todo el ordenamiento jurídico, al contener dentro de su cuerpo normativo, las directrices que permitirán el aseguramiento y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos; las cuales, a fin de lograr su mejor adecuación en la realidad, se someten a una labor interpretativa y controladora que ha sido asignada expresamente por la Constitución, por un lado al Tribunal

Constitucional¹, cuya actividad es conocida como control concentrado, reconocido en el artículo 201° y 202° de la Constitución²; y por otro, a todos los órganos jurisdiccionales, labor conocida como Control Difuso y otorgada de manera expresa en el artículo 138° del mismo cuerpo normativo³.

Por otro lado, es pacífica la doctrina en reconocer al principio de legalidad como el marco de actuación de la Administración Pública, la misma que, a diferencia de los particulares no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido hacer lo que esta no prohíbe) o principio de no coacción, dado que sólo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa. Sin embargo, en los últimos años se comenzó a cuestionar la posibilidad de que, en vista de lo que representa vivir dentro de un Estado Constitucional de Derecho (en donde la Constitución es norma primera y vinculante de todo el ordenamiento jurídico), la Administración Pública pueda ejercer el control constitucional de las leyes que a su consideración, no armonicen con los preceptos constitucionales, esto es, que prefiera la Constitución por encima de la ley. Ello ha conllevado a

¹ Cuya actuación debe estar caracterizada por su prudencia, y sus determinaciones o concreciones de la norma constitucional, deben revestirse de una motivación tal, que generen el mayor consenso posible.

² Artículo 201.- Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente(...)

Artículo 202.- Atribuciones del Tribunal Constitucional

Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

³ Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso

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

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

que se llegue a cuestionar el significado del principio de legalidad, y se genere toda una controversia jurídica que hasta el día de hoy no ha arribado a un consenso pleno.

El tema en cuestión fue más que una mera discusión doctrinal; el control difuso administrativo fue una realidad cuando el supremo intérprete decidió instaurarlo como precedente vinculante en nuestro ordenamiento jurídico, mediante la sentencia concerniente al expediente. N° 3741-2004-AA/TC del 14 de noviembre de 2005⁴, junto a su sentencia aclaratoria⁵. Dicho pronunciamiento generó de las más diversas reacciones, ya que fue –y sigue siendo- tan aplaudido como cuestionado. Es debido a este acalorado debate de opiniones sobre el tema que casi ocho años después, para ser exactos el 18 de marzo de 2014, el mismo Tribunal Constitucional emitió una sentencia en el Proceso de Amparo N° 04293-2012-PA/TC, cuya especial importancia radica en la eliminación del precedente vinculante antes mencionado. Los detalles de esta y la anterior sentencia serán analizados a lo largo del presente

⁴ “Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 28°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución”. (Véase fundamento 50 del expediente. N° 3741-2004-AA/TC).

⁵ En dicha resolución aclaratoria se integran reglas «sustanciales y procesales» que pasaron a formar parte integrante del precedente vinculante fijado en el fundamento 50 de la sentencia antes señalada, delimitando las condiciones finales que debe tener el Tribunal Administrativo para ejercer el Control Difuso, las cuales era: (i) El órgano colegiado o tribunal administrativo encargado de aplicar el control difuso debe ser un órgano encargado de impartir justicia administrativa de carácter nacional, adscrito al Poder Ejecutivo y que tenga por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados; (ii) El pedido de control difuso debe ser solicitado por los propios administrados y (iii) El ejercicio del control difuso administrativo tiene por finalidad proteger los derechos fundamentales de los administrados. (Véase los considerando 4, 7 y 8 de la resolución aclaratoria de fecha 13 de octubre de 2006).

trabajo a fin de intentar esclarecer un poco el tema de la Administración Pública frente al Estado Constitucional de Derecho y la consiguiente posibilidad (y tal vez necesidad) de que aquella ostente la potestad de control constitucional de las leyes.

Vemos pues que, con respecto a los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional, hay veces en que nos encontramos con un devenir disorde del mismo frente a los parámetros de prudencia que deben regir su actividad como supremo intérprete y controlador de la Constitución, lo que puede causar graves consecuencias que desemboquen en serios problemas para nuestro orden jurídico. A pesar de que, en teoría, el tema ha sido cerrado por la última sentencia en mención, la polémica sobre la posibilidad y necesidad de otorgar una facultad de semejante magnitud a la Administración Pública, ha dejado sus puertas abiertas de par en par⁶; motivo por el cual, mediante el presente trabajo de investigación se buscará realizar un aporte de relevancia jurídica, mediante la exposición y análisis de las distintas posturas generadas a raíz de la introducción por parte de nuestro Tribunal Constitucional, de la tan controversial figura del Control Difuso Administrativo, a fin de determinar cuan viable y conveniente sería permitir que los órganos colegiados y/o tribunales administrativos, sean depositarios del control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

⁶ La razón de que aún no haya sido zanjado el tema en cuestión, se debe, como se expondrá más adelante, a la escasa fuerza argumentativa de nuestro Tribunal Constitucional para motivar sustancialmente sus decisiones, más aún cuando ellas estén conducidas al establecimiento de un precedente vinculante; lo cual evita que se genere ese consenso deseado del que hablamos y trae como consecuencia un panorama aún oscuro sobre el tema del control difuso en sede administrativa, el mismo que se tratará de aclarar mediante el presente trabajo de investigación.

Capítulo Primero

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

I. Evolución histórica del concepto de Estado

Como una primera apreciación, es importante resaltar que la concepción de Estado, no constituye en sí misma una institución político-jurídica que haya permanecido inmutable a lo largo del tiempo. Por el contrario, esta noción ha sido sumamente permeable a la evolución histórica producida en sociedades determinadas.⁷ Es gracias a dicha naturaleza evolutiva que se ha podido evidenciar cambios sustanciales en la forma de entenderlo, posicionándolo como protagonista de una gran transición jurídica-política de lo que se conocía como Estado de Derecho a lo que actualmente conocemos como Estado Constitucional de Derecho.

En un principio, el Derecho no tenía una formación legislativa ordenada en un sistema unitario y formalizado en fuentes positivas, sino una formación jurisprudencial y doctrinal, básicamente conformada por el desarrollo subjetivo de la vieja tradición romanística, siendo el iusnaturalismo el eje del Estado “pre-moderno”. Es con la fórmula hobbesiana traducida en el llamado positivismo jurídico, que se va a comenzar a concebir el Estado de Derecho moderno, cuyo eje principal será el principio de legalidad, el cual funcionará, con ayuda del sistema

⁷DEL POZO, Claudia. “Control difuso y procedimiento administrativo”. Lima: Palestra Editores, 2005. Pp. 30-31

de codificaciones, como criterio exclusivo de identificación de Derecho válido y aún existente, independientemente sea valorado como justo; la norma jurídica será válida no por ser justa sino por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia⁸. Cabe acotar que el fundamento de esta transición filosófica-jurídica fue básicamente priorizar la certeza del derecho e igualdad ante la ley frente a la arbitrariedad y subjetividad reinante.⁹.

Posteriormente, se da un redimensionamiento en el concepto que se tenía de estado, logrando construir lo que hoy conocemos como Estado Constitucional de Derecho, también conocido en los países de Latinoamérica como Neo-constitucionalismo, el cual es resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales¹⁰; así pues Luis Prieto Sanchís las diferencia de la siguiente manera: por un lado la tradición norteamericana, la cual concibe a la Constitución como pacto de mínimos, que centra su concepción en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional; siendo el

⁸En concordancia con esta idea, Georg Jellinek plantea como presupuestos básicos del concepto de este tipo de Estado en primer lugar a la positividad del derecho, traducida en el no reconocimiento de otro tipo de normas ajenas a las de derecho positivo; en segundo lugar la asignación al Estado del monopolio de la legislación, lo que se conoce también como potestad estatal y por último la consagración del dogma de la personalidad jurídica del Estado (*Cfr.* JELLINEK, Georg. “Teoría General del Estado”. Buenos Aires: Albatros, 1981)
⁹ *Cfr.* CARBONELL, Miguel. “Neoconstitucionalismo”. México: Editorial Trotta, 2009. Pp15-17

¹⁰ Cabe acotar que ambas tradiciones esbozaban (cada uno a su manera) un modelo de Estado liberal de derecho, mediante el cual se reconocía «la libertad de las personas en contraposición a lo sucedido durante el régimen absolutista-monárquico»; dicho modelo, «si bien reconocido en sus inicios por la carga ideológica que tenía, luego de algún tiempo fue cuestionado por las exigencias de un panorama más complejo en las relaciones intersubjetivas producto de la industrialización. Dicho tipo de Estado no satisfacía plenamente la exigencia de la sociedad, toda vez que sólo aseguraba una mera igualdad formal que no trascendía al nivel social». (ALIAGA HUARIPATA, Luis y MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. “Alcances del control difuso en el ámbito registral – A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional”. En: Palestra Editores. Lima, 2007. P.174)

Poder Judicial, entendido como el más neutro de los poderes (como el menos politizado), el encargado de ejercitar dicha garantía; en ese sentido, bajo este esquema el constitucionalismo se resuelve en un judicialismo.¹¹ Por otro lado, la segunda tradición, nacida bajo los ideales de la revolución francesa, muestra a una Constitución que participa de manera activa en la sociedad, condicionando las decisiones colectivas tomadas por sus miembros. Aquí la idea de poder constituyente pretende perpetuarse en su ejercicio por parte de quien resulta ser su titular indiscutible, el pueblo; a través del poder legislativo quien termina encarnando la rousseauina voluntad general que, como bien es conocido, tiende a concebirse como ilimitada. Evidentemente este esquema se resuelve en un legalismo.¹²

En ese orden de ideas, podríamos decir que el Estado Constitucional de Derecho o Neo-constitucionalismo se caracteriza de un lado, por un fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional (influencia de la tradición norteamericana) y de otro lado, por una inmersión de la Constitución en la vida social mediante los preceptos jurídicos que de ella emanan para asegurar una convivencia pacífica entre los miembros de una sociedad (herencia de la tradición europea propia de la Revolución Francesa); dándonos como resultado la concepción de una Constitución protagonista de la vida social cuyo objetivo principal será el de limitar las decisiones de los representantes escogidos de manera democrática por el pueblo; va a estar pensada como un conjunto plural de valores, a través de los cuales se controla la legislación.¹³ Podemos concluir entonces, que ha habido un evidente tránsito del viejo Estado de Derecho, caracterizado por el imperio y soberanía de la ley, al moderno Estado Constitucional de Derecho, donde impera y ejerce soberanía la Constitución¹⁴.

¹¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Derecho y Proceso”. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. Madrid: AFDUAM N° 5, 2001. pp. 202-203.

¹² IDEM. p. 203

¹³ POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo, derecho y derechos”. Lima: Palestra Editores, 2011. P 18

¹⁴ Al respecto, Aníbal Quiroga señala que «lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la “fuerza

II. La Constitución como eje principal del Estado Constitucional de Derecho

Junto al concepto de Estado, la Constitución ha sufrido toda una línea evolutiva, que de la mano de aquél, han ido transformando sus delimitaciones conforme a los cambios sociales-ideológicos que a través del tiempo se han ido suscitando. Como se ha explicado líneas arriba, el Estado Moderno estuvo caracterizado por la influencia de los postulados de Hobbes y Locke, perfeccionados por Jean-Jacques Rousseau en el llamado “contrato social”¹⁵, mediante el cual los hombres de manera voluntaria renunciaban a su estado natural para someterse a determinadas

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 “Governmentby men” por el actual, democrático y jurídico “Governmentby laws” (QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Control ‘difuso’ y control ‘concentrado’ en el Derecho Procesal Constitucional Peruano”. En: Revista de Derecho PUCP N° 50. 1996, en <http://blog.pucp.edu.pe/item/121387/control-difuso-y-control-concentrado-en-el-derecho-procesal-constitucional-peruano>)

¹⁵ Josep Aguiló define a este modelo de Constitución como la “constitución necesaria”, traducida en lo que se conoció como positivismo normativista, que va a asimilar a la Constitución como el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político, caracterizado por una separación conceptual entre moral y Derecho, viendo a este último como un orden social de la conducta, y como tal, artificial, no natural; es decir, la determinación del Derecho va a resolverse mediante la observación de la estandarización de las conductas sociales. Ante ello, el positivismo normativista choca con una dificultad difícil de resolver desde su perspectiva, y es que si bien puede explicar muy bien la positividad del Derecho, se muestra impotente a la hora de explicar la pretensión de dicha normatividad, la pretensión del Derecho de ser fuente de deberes genuinos. Y es que de la comprobación de hechos sociales no parece que puedan inferirse deberes genuinos, sino sólo deberes entrecuillados o deberes “según”. (AGUILÓ, Josep. “La Constitución del Estado Constitucional”. Lima-Bogotá: Palestra Temis, 2004. Pp 26-34)

reglas que le generarán mayores beneficios para su vida en sociedad.¹⁶ Hasta este punto, la Constitución sólo representaba el vehículo para una doctrina genérica de los derechos humanos, que a su vez empujan a la afirmación de formas políticas más o menos democráticas.¹⁷

El concepto moderno de Constitución tal y como hoy en día lo conocemos, enraíza sin duda sus orígenes en el constitucionalismo norteamericano. La Constitución estadounidense del 17 de septiembre de 1787, vista como *supremelaw of theland*, viene a su vez de dos fuentes: del pactismo social, y sobre todo de LOCKE, que ve en un pacto social básico el fundamento de todo orden político y jurídico, y la idea de un *higerlaw*, la idea de un Derecho Natural concebido como *fundamental lawylexlegum(...)*¹⁸. En esta constitución se va a tocar el tema de la división de poderes y de la protección de los derechos y libertades fundamentales con las primeras enmiendas también conocidas como Declaración de Derechos (*Bill of Rights*).Luego de la Segunda Guerra Mundial, comenzó a tomar mayor solidez los fines buscados por la Revolución Francesa en su momento; así se va desarrollado y cuajando el reconocimiento de los Derechos Humanos, los mismos que de manera ascendente han logrado una aceptación mayoritaria como parte esencial de toda Constitución.

Para asentar lo ya explicado, cito a Susanna Pozzolo, quien indica que la Constitución moderna nace como fundamento del límite, como condición jurídica para el poder legítimo. Se articula en un conjunto de disposiciones contra el gobierno arbitrario, quiere encauzar el poder, confinarlo, para dejar amplio espacio al libre desarrollo de la individualidad; es una Constitución liberal (...) que expresa la reivindicación de la igualdad y de la dignidad humana. La Constitución no es una “mera técnica” de ordenamiento ni tan solo de contención y

¹⁶ Se dice que la obra de Rosseau fue uno de los motivos inspiradores de la Revolución Francesa, ya que al igual que en su obra, este acontecimiento perseguía la libertad e igualdad de las personas ante el poder del Estado.

¹⁷ POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo, derecho y derechos”. Lima: Palestra Editores, 2011. P 19-

¹⁸ GARCIA DE ENTERRÍA. “Curso de Derecho Administrativo-Tomo I”. Civitas Ediciones: Madrid, 2011. P.109

limitación del poder¹⁹, (...) representa el orden proyectado, la afirmación de la política, declara los derechos y funda un nuevo orden de cosas, artificial y pensado, que se impone sobre la naturaleza que ahora se percibe como desordenada.²⁰ En efecto, en el Estado Constitucional de Derecho, la Constitución no es sólo una «norma jurídica estatal», que impone deberes, derechos y obligaciones; sino que constituye el marco de valores y principios en los que la sociedad desea vivir y que regula el ordenamiento del poder en general²¹.

¹⁹ El trascender el concepto de Constitución de un mero documento a una realidad ordenadora de convivencia social, ha sido un tema planteado y comentado por varios juristas reconocidos, así en 1862 el jurista alemán Ferdinand Lasalle señalaba en su célebre conferencia berlinesa titulada “Sobre la esencia de la Constitución” () había sostenido que la idea de la Constitución escrita no pasa de ser una “mera hoja de papel ”, 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 Constitución”, 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. (QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Control ‘difuso’ y control ‘concentrado’ en el Derecho Procesal Constitucional Peruano”. En: Revista de Derecho PUCP N° 50. 1996, en <http://blog.pucp.edu.pe/item/121387/control-difuso-y-control-concentrado-en-el-derecho-procesal-constitucional-peruano>)

²⁰ POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo, derecho y derechos”. Lima: Palestra Editores, 2011. Pp. 22-23

²¹ DEL POZO, Claudia. “Control difuso y procedimiento administrativo”. Lima: Palestra Editores, 2005. p 70

Capítulo Segundo

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FRENTE A LA CONSTITUCIÓN

La Administración Pública nace con una clara dependencia del principio de separación de poderes y como consecuencia de la diferenciación de funciones entre los mismos. Es consecuencia de la conjunción de tres ideas: la legalidad que pretende sustituir el poder absoluto y arbitrario del príncipe; la ley como expresión de voluntad general de la que dimana su legitimidad; y la estructuración del Estado en los tres poderes legislativo, judicial y ejecutivo²². Acorde a ello, Antonio Abruñala define como «una organización sometida a la ley, quicio del espíritu revolucionario, que pretende la sustitución de la subjetividad y arbitrariedad del príncipe por la voluntad general, objetiva, igualitaria y previsible que se expresa en la ley, en garantía de la libertad individual.»²³

En atención al principio de separación de poderes, en un principio se asimiló el concepto de Administración Pública al poder ejecutivo, sin embargo con el paso del tiempo la doctrina ha coincidido en señalar que ésta desempeña funciones que van más allá de las meramente ejecutivas.

²² ABRUÑA PUYOL, Antonio. “Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano”. Lima: Palestra Editores, 2010. Pág. 35

²³ IDEM. p 38

En ese sentido, Guzmán Napurí²⁴ elabora una interesante clasificación de las actividades de la Administración Pública, a fin de poder dilucidar la heterogeneidad de la función administrativa. Para efectos del presente trabajo considero importante resaltar las siguientes:

- a) Actividad normativa, que consiste en la emisión de normas jurídicas de rango secundario, es decir, inferior al de la ley (...). Esta actividad de la administración pública no implica una intromisión en la función legislativa otorgada originariamente al Parlamento, puesto que la actividad normativa de la administración siempre va a implicar la emisión de normas de rango inferior a la ley y subordinadas a ésta.
- b) Actividad sancionadora, la cual goza de especial singularidad puesto que permite a la administración sancionar a los particulares por la comisión de determinadas infracciones, las mismas que no poseen la calificación de delitos. Esta actividad no implica impartir justicia toda vez que la administración no penaliza delitos ni puede aplicar penas privativas de libertad; pudiendo su decisión ser revisada posteriormente por el poder judicial a través del proceso contencioso administrativo.
- c) Actividad cuasijuris diccional, por la cual la administración pública se encarga de resolver controversias entre particulares o entre otros y otras entidades del estado a través del empleo del denominado procedimiento administrativo trilateral cuyo resultado es susceptible de revisión por parte del poder judicial²⁵.

²⁴Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “Tratado de la Administración Pública y del procedimiento administrativo”. Lima: Caballero Bustamante, 2011. Pp. 22 y ss.

²⁵ En efecto, La Administración Pública tiene potestad para juzgar al resolver los recursos que se presentan ante ella; sin embargo, no podríamos concebir dicha potestad como meramente jurisdiccional, ya que la fuerza de esas resoluciones no es la misma que la de las sentencias dictadas por el Poder Judicial; la resolución administrativa puede ser revisada por el Poder Judicial y, en consecuencia, sólo está dotada de una presunción iuris tantum de legalidad.

De acuerdo con Abruña Puyol, actualmente se adopta una concepción subjetiva jurídica formal de Administración Pública, que concibe a la misma como una organización de poder público que actúa con potestad administrativa²⁶. Asimismo, la Constitución como fuente limitadora de poder, va a establecer las funciones y límites del resto de órganos que conforman un Estado; debido a ello, la relación existente entre Administración Pública y Constitución va a ser concebida bajo el amparo de los principios generales del Derecho²⁷, los cuales «expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético jurídicas fundamentales de una comunidad. Pero no se trata simplemente de unas vagas ideas o tendencias morales que puedan explicar el sentido de determinadas reglas, sino de principios técnicos, fruto de la experiencia

²⁶ El mismo autor explica dicho concepto detallando lo siguiente: (i) que la Administración se conciba como una organización es reflejo de su carácter subjetivo, en donde ancla sus funciones y le sirve de sustento; (ii) que sea un poder público, se refiere a que debe ser una organización que participe del poder público en su sentido jurídico, es decir, capacidad para crear, modificar, extinguir derechos y obligaciones, así como también la capacidad de imponerlos coactivamente cuando fuere necesario, y (iii) la potestad administrativa con la que actúa la Administración Pública se caracteriza por su sometimiento a la ley y al control jurisdiccional, quedando su actuación dotada de una presunción *iuris tantum* de legalidad. En atención a este último punto, cabe resaltar el hecho que la Administración Pública se sujeta a la ley; dicta normas en virtud de su potestad reglamentaria, la misma que no es propiamente manifestación de una potestad legislativa, pues resulta que sus actos y actuaciones revisten la particularidad de expresar siempre una potestad subordinada a la ley y, por lo tanto, limitada legalmente y solo válida en cuanto se mantenga dentro de tales límites. (ABRUÑA PUYOL, Antonio. “Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano”. Lima: Palestra Editores, 2010. Pág. 70-74)

²⁷ Santamaría Pastor señala en esa línea que la Constitución, «en su condición de norma suprema, jerárquicamente supraordenada a todas las restantes, expresa una serie de principios y valores a los cuales han de adaptarse todas las ramas jurídicas y cada una de las disposiciones que las integran. Y esta exigencia es particularmente intensa por lo que se refiere al Derecho Administrativo, que es el régimen jurídico del poder público en su expresión más efectiva y directa.» (SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. “Principios de Derecho Administrativo General I – Segunda Edición”. Madrid: Iustel, 2009. Pp. 51-52)

de la vida jurídica y sólo a través de ésta cognoscibles.»²⁸ Son cuatro los que destacan en la relación Administración - Constitución: el principio de Jerarquía Normativa, el de legalidad, el de tutela judicial y el de seguridad jurídica, los mismos que a continuación se pasaran a exponer.

I. Principio de Jerarquía Normativa

Este principio hace referencia a la existencia de una jerarquía escalonada de las normas existentes en un determinado Estado, de modo tal que aquellas de rango inferior no podrán contradecir las de rango superior, permitiendo así un orden adecuado para su aplicación dentro de un determinado territorio²⁹. Como es lógico de deducir, este principio está estrechamente relacionado con el Principio de Supremacía Constitucional³⁰, el cual «propugna que las normas constitucionales poseen supremacía y vigencia sobre cualquier otra norma del sistema jurídico, prevaleciendo sobre la ley y estas sobre las normas de inferior jerarquía; constituyendo también una garantía del equilibrio en el ejercicio del poder político y los derechos fundamentales de las personas, por cuanto obliga a gobernantes y gobernados a encuadrar sus actos, decisiones o resoluciones a la Constitución.»³¹

²⁸ GARCIA DE ENTERRÍA. “Curso de Derecho Administrativo-Tomo I”. Civitas Ediciones: Madrid, 2011. P.89-90

²⁹ Al respecto, Sheilla Castro señala que «la Jerarquía Normativa, implica un orden vertical de las normas o lo que equivale a decir ‘un rango’. Existe entonces, como regla principal, el deber de respetar toda aquella disposición de ‘rango superior’ cuando se enfrenten normas de distinta jerarquía.» (CASTRO AUSEJO, Sheilla. “Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?”. En: Revista de Derecho Administrativo N° 1, Lima: Palestra Editores, 2007. P. 222)

³⁰ El mismo que cobra vital importancia siempre que consideremos a la Constitución como «pacto de límites al ejercicio del poder para poder garantizar los derechos y libertades al ciudadano», ya que siendo esto así, la misma se convierte en «un obligado parámetro para identificar a cada fuente del Derecho así como controlar el ejercicio irregular de las instituciones políticas» (HAKANSSON NIETO, Carlos. “El proceso de inconstitucionalidad: una aproximación teórica y jurisprudencial”. Palestra Editores: Lima, 2014. P.35-36).

³¹ RAMÍREZ SANCHEZ, Félix Enrique. “El control difuso es exclusividad del Poder Judicial”. En: Actualidad Jurídica N° 246, Lima, 2014. P.28

En ese orden de ideas, se puede deducir que el principio de jerarquía normativa es uno de los sustentos para el concepto de Estado Constitucional que actualmente hemos adoptado, ya que al ser la Constitución la norma que va a prevalecer sobre todo el conglomerado de leyes existentes en nuestro ordenamiento, se generará un orden estructural en el funcionamiento del Estado, así como también la tutela efectiva de los derechos fundamentales de las personas, los mismos que se encuentran inmersos en la Constitución. En nuestro país, se recoge este principio en el artículo 51° de nuestra Constitución.

II. Principio de Legalidad

El Principio de Legalidad surgió como una manifestación de las concepciones jurídicas nacidas con la Revolución Francesa, que trataban en gran medida de combatir las ideas que gobernaron en los regímenes absolutistas, los mismos que, de la mano con la filosofía del padre del absolutismo Thomas Hobbes, partían de un principio básico: la fuente de todo Derecho es el Rey concebido como representante de Dios en la sociedad³²; ello implica que, dada la posición preponderante que ostentaba, no estaba sometido a ningún tipo de leyes, sino por el contrario, la concepción de ley, de lo justo, era prácticamente lo que su voluntad deseara. El gran cambio filosófico-jurídico va a darse gracias al aporte del padre del liberalismo Jhon Locke, quien criticará la idea del pacto social, señalando que el poder absoluto del monarca significaba exponer a un grave peligro los derechos naturales e inherentes a las personas, ya que al ser el Príncipe el encargado de elaborar las leyes y ejecutarlas, no habría manera de conseguir una compensación ante un posible atropello de dichos derechos por parte de éste. Debido a ello, Locke considera al soberano como parte integrante del pacto social por lo

³² Así lo afirma García de Enterría, al afirmar que la administración del Antiguo Régimen funcionaba sobre la idea central de la soberanía del Rey, capaz de actuar tanto por normas generales como por rescriptos singulares no vinculados a Ley alguna y capaces, además, de pasar por encima de las leyes existentes (...) (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Administración Pública y la ley”. En: Themis. Revista de Derecho N°40. P 230. Citado por BULLARD GONZALEZ, Alfredo. En: Resolución N° 0259-2005/TDC-INDECOPI del Expediente N° 111-2000/CRP-ODI-CCPL)

cual dicho soberano se encuentra también sometido a la norma legal.³³ Así pues, nace el Principio de legalidad, básicamente para contrarrestar los posibles excesos del ejercicio del poder.

Ahora bien, ya en el plano del Derecho, de acuerdo con Santamaría Pastor³⁴, sabemos que la norma jurídica puede condicionar la actuación de los sujetos (tanto gobernantes como gobernados) de dos formas: (i) como límite externo a esa actuación de los sujetos: “*permissum videtur in omne quod non prohibetur*”, es decir “Lo que no está prohibido, está permitido”. A esto se conoce como vinculación negativa a la ley y al Derecho³⁵ y (ii) como fundamento previo y necesario a la actuación de los sujetos: “*quae non sunt permissa prohibita intelliguntur*”, es decir “Lo que no está permitido, está prohibido”. Esto es lo que se conoce como vinculación positiva a la ley y al Derecho.

Guzmán Napurí, afirma que la Administración Pública a diferencia de los particulares no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido hacer lo que esta no prohíbe) o *principio de no coacción*, dado que sólo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa.³⁶ En efecto, la vinculación negativa para los individuos se encuentra consagrado en nuestra Carta Magna en el literal a) del numeral 24) del artículo 2º; mientras que la Administración Pública está sometida a la Constitución y a la Ley; siendo esto así, sólo una norma de rango legal que habilite la actuación de la

³³ Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “Tratado de la Administración Pública y del procedimiento administrativo”. Lima: Caballero Bustamante, 2011. Pp 36-38

³⁴ Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. “Principios de Derecho Administrativo General I – Segunda Edición”. Madrid: Iustel, 2009. Pp. 56-57

³⁵ Este tipo de vinculación de la norma jurídica es propia de los sujetos particulares, quienes «pueden hacer y deshacer, siempre y cuando no vulneren las disposiciones establecidas que buscan resguardar el orden a través de prohibiciones y límites. (...) De allí que en el ámbito privado se profese la máxima que ‘nadie está obligado de hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe’.» (CASTRO AUSEJO, Sheilla. “Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?”. En: Revista de Derecho Administrativo N° 1, Lima: Palestra Editores, 2007. P.223)

³⁶ GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Ob. P 36

Administración Pública, permitirá que despliegue todas sus facultades, evitando así posibles actos de arbitrariedad. Asimismo, la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, ha recogido el denominado “principio de legalidad” en su artículo IV de su Título Preliminar, señalando que «las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas».

El significado del Principio de Legalidad en función a la Administración Pública, quedaría definido como una «cobertura legal de toda la actuación administrativa»; así pues, «la legalidad otorga facultades a la Administración, determina cuidadosamente sus límites, apodera, y la habilita para su acción, confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta como ejercicio de un poder atribuido anticipadamente por la Ley y por ella delimitado y construido.»³⁷

III. Principio de Tutela Judicial

Este principio, no es más que la consecuencia lógica e inmediata del principio de legalidad, ya que al estar la Administración Pública sometida indefectiblemente a los preceptos emanados por la Ley, que es fundamento de su existencia; es lógico concluir que ante cualquier conducta potencialmente gravosa de la Administración contraria a Derecho, deben existir mecanismos de control que aseguren de manera efectiva dicho sometimiento. Como sabemos, el ejercicio de estos mecanismos de control de la actuación administrativa es llevado a cabo por los órganos jurisdiccionales; de acuerdo con Santamaría Pastor³⁸, dicho control presentará dos vertientes: (i) Una vertiente objetiva identificada con la potestad otorgada al poder judicial de controlar o enjuiciar los actos administrativos, a instancia de cualquier persona o

³⁷ CASTRO AUSEJO, Sheilla. “Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?”. En: Revista de Derecho Administrativo N° 1, Lima: Palestra Editores, 2007. P.224

³⁸ Cfr. SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. “Principios de Derecho Administrativo General I – Segunda Edición”. Madrid: Iustel, 2009. Pp. 62-63

entidad (pública o privada) a quienes dichos actos o conductas lesiones en sus derechos o intereses; y (ii) una vertiente subjetiva identificada con el derecho de todos quienes se relacionen con una Administración, consistente en la facultad de recabar de los jueces y tribunales protección frente a las actividades de la Administración contrarias a Derecho.

IV. Principio de Seguridad Jurídica

Podemos definir la seguridad jurídica como «la cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente, lo será en el futuro. (...) Establece ese clima cívico de confianza en el ordenamiento jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho.»³⁹ Vemos así que se configura como la garantía que el Estado otorga a sus miembros para que la situación jurídica de estos no sea modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados. El ordenamiento jurídico implica una delimitación de derechos y deberes entre sus miembros; en ese sentido, la seguridad jurídica no es otra cosa que la protección efectiva de esos derechos y deberes contra cualquier intento de intromisión, así como la restauración de los mismos, en el caso de haber sido vulnerados.

De este principio se desprenden varias instituciones jurídicas con las que se persigue el reinado de la seguridad en la convivencia humana, que por no estar en estrecha de relación con el presente trabajo de investigación me limitaré a enumerar. Así pues tenemos el principio de la Cosa Juzgada, los Derechos Adquiridos, el principio de Prescripción, principio de Irretroactividad de las leyes, principio de Publicidad de las normas, etc. Concretamente en el ámbito administrativo, la seguridad jurídica se ve reflejada en el principio de predictibilidad, es decir, que el

³⁹ Conceptos de Sainz Moreno y Pérez Luño recogidos por PANDO VILCHEZ, Jorge. “¿Hacia el control confuso de constitucionalidad?” en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 98, Lima.

administrado pueda conocer de antemano cuál va a ser la actuación de la administración cuando inicia un trámite o pedido específico.⁴⁰

⁴⁰ PANDO VILCHEZ, Jorge. “¿Hacia el control confuso de constitucionalidad?” en Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, Lima.

Capítulo Tercero

INTÉRPRETES Y CONTROLADORES DE LA CONSTITUCIÓN

Vista la importancia que reviste la Constitución dentro del modelo de Estado en el que vivimos, resulta necesaria la existencia de mecanismos que velen por el respeto y efectivo cumplimiento de los preceptos que ella recoge; como es de esperarse, debido a la complejidad de nuestra realidad, las leyes que de algún u otro modo intentan ordenar las disposiciones abstractas de la Constitución, no siempre encuentran perfecta armonía con los preceptos constitucionales, he ahí la importancia de los mecanismos antes mencionados, los cuales se encargarán de asegurar dicha armonización y concordancia de todo el ordenamiento jurídico con lo emanado por nuestra Carta Magna. En efecto, «no puede existir Constitución viva sin mecanismos de controles eficaces que se activan ante el rompimiento del orden constitucional para restablecerlo, mecanismos que forman parte de la denominada justicia constitucional que sirve en su conjunto para reafirmar la fuerza normativa de la Constitución»⁴¹.

Dentro de nuestro ordenamiento, se han previsto diversos mecanismos que han sido creados para cumplir con la función de

⁴¹ RAMÍREZ SANCHEZ, Félix Enrique. “El control difuso es exclusividad del Poder Judicial”. En: Actualidad Jurídica N° 246, Lima, 2014. P. 29

controlar la constitucionalidad de las normas vigentes en nuestro ordenamiento ⁴², y así ayudar en la tarea de ir construyendo una Constitución que cumpla a cabalidad la finalidad para la que ha sido creada, esto es, ser norma suprema y eje de todo el ordenamiento jurídico, cuyos preceptos tienen carácter vinculante y orientador. El Ordenamiento Jurídico Peruano reconoce la existencia de dos sistemas de control de constitucionalidad: (i) El sistema de Control Concentrado o *Verfassungsgerichtsbarkeit* (de origen Austriaco), y (ii) El sistema de Control Difuso o *Judicial Review* (de origen americano). Estos dos sistemas cumplen la función de realizar un análisis de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales ⁴³; en ese sentido, Néstor Pedro Sagués manifiesta que para efectuar dicho control, según refiere, deben concurrir los siguientes presupuestos:

⁴² Cabe acotar que existen otros medios de preservar la supremacía de la Constitución, entre los cuales tenemos: (i) el principio de separación de poderes, mediante el cual se disgrega las tres funciones principales propias de un Estado Constitucional de Derecho para limitar el potencial abuso del poder si es que estuviera en manos de un solo órgano estatal, tal como sucedía en los regímenes monárquicos – absolutistas; (ii) la acción popular, que busca controlar la constitucionalidad y legalidad de los reglamentos, normas administrativas y decretos de carácter general; (iii) un control previo o preventivo realizado por el Congreso de un proyecto ley, en donde evalúa la armonización de dicho proyecto con los preceptos constitucionales, y si se confirma tal armonía se convierte en ley; (iv) hay un control presidencial hecho por el jefe de gobierno antes de que la ley sea promulgada, quien puede la puede observar por consideraciones técnicas, por razones programáticas (contraviene al proyecto que tenemos durante mi periodo de mandato), por cuestiones políticas y por considerarla inconstitucionalidad; entre otros.

⁴³ Carlos Hakansson señala respecto de los titulares respectivos del ejercicio de estos dos tipos de control constitucional lo siguiente: «el llamado control de constitucionalidad abstracto -o concentrado- se diferencia del control de constitucionalidad concreto -o difuso- debido a que todo juez es competente para aplicarlo (por eso es conocido por la doctrina como un “control difuso”), a diferencia del Tribunal Constitucional, que es un órgano no especializado y que para el caso peruano se trata de un órgano independiente de la judicatura(...)» (HAKANSSON NIETO, Carlos. “El proceso de inconstitucionalidad: una aproximación teórica y jurisprudencial”. Palestra Editores: Lima, 2014. P. 25)

1. Una Constitución total o parcialmente rígida.- requisito necesario, debido a que dicha rigidez es el rasgo diferenciador de todo el resto de cuerpos normativos inmersos en nuestro ordenamiento jurídico, afianzando así su posición de Norma Suprema de rango jerárquico superior, cuyo contenido será el referente de normativización de todo el resto de normas.
2. Un órgano de control independiente.- el presupuesto de independencia se enuncia en el sentido de que las decisiones del órgano controlador de la Constitución, no se vean condicionadas por las exigencias de justicia; debe ser independiente del injusto constitucional; la independencia alude a la libertad, la cual a su vez, alude a la autonomía. En palabras de José A. Rivera Santiváñez: debe ser diferente e independiente, y es lógico señalarlo, pues "es absolutamente ingenuo pensar que estando sujeto el controlante al controlado pueda ejercer, uno sobre otro, función de control."⁴⁴
3. Facultades decisorias del órgano de control.- resulta importante resaltar dicho presupuesto, pues las decisiones emanadas del órgano de control son definitivas e irrevisables, así como vinculantes para los gobernantes y gobernados; lo cual resalta la gran responsabilidad que recae sobre este órgano controlador cuya labor debe ser llevada a cabo con la mayor probidad posible.
4. Derechos de los particulares para solicitar el control.- hacemos referencia a la legitimación activa de las personas para solicitar la tutela de sus Derechos Fundamentales, en el caso que sienta se están viendo vulnerados por alguna norma infraconstitucional.
5. Sometimiento de toda actividad estatal al control.- presupuesto que no es más que el reflejo en la práctica del principio de Supremacía de la Constitución, como ya se ha explicado a lo largo del presente trabajo, la Constitución se constituye como el eje central de todo el ordenamiento jurídico, debido a ello, las

⁴⁴ VANOSSI, Jorge R. *“Introducción a los Sistemas de Control de Constitucionalidad”*. Argentina: La ley 1980.p.979

concreciones de justicia que el Órgano de control realice de su normativa, cobra la misma fuerza jerárquica que reviste nuestra Carta Magna.

Ahora bien, «estos mecanismos jurisdiccionales de control de constitucionalidad, constituyen operaciones de verificación, que conducen normalmente a la anulación o la no aplicación de la ley cuando es contraria a una disposición constitucional (...); es por ello que la misma norma fundamental, organiza y determina las funciones de los órganos que pertenecen al poder público, competentes para aplicar dicho mecanismos de control»⁴⁵. En definitiva, los sistemas de control de constitucionalidad de las normas, tienen como finalidad asegurar la plena vigencia de los Derechos Fundamentales recogidos dentro de la Constitución, evitando cualquier tipo de afectación por parte de alguna de las normas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

I. Sistemas de control de la constitucionalidad de las normas

Como ya lo adelantábamos líneas arriba, doctrinariamente y en la practica se acepta un sistema dual de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas⁴⁶; dicho control «supone un juicio de compatibilidad abstracta entre dos normas de diferente jerarquía. En primer lugar la Constitución, como parámetro de control, y la ley o normas con rango de ley, como objeto del mismo control»⁴⁷. A continuación se expondrá cada uno de ellos a fin de conocer su importancia y la diferencia entre ambos.

⁴⁵ RAMÍREZ SANCHEZ, Félix Enrique. “El control difuso es exclusividad del Poder Judicial”. En: Actualidad Jurídica N° 246, Lima, 2014. P. 29

⁴⁶ Es importante acotar que, de manera errónea algunos autores caracterizan nuestro sistema de control constitucional como “mixto” o “dual”; siendo el primer adjetivo equívoco para el caso en particular ya que, tal como señala García Belaunde, «(...) en materia de control constitucional de las leyes, la vigente Carta peruana contiene los dos sistemas, que no se fusionan, por lo que no puede llamarse mixto al sistema, sino en toda caso dual o paralelo». (GARCIA BELAUNDE, Domingo. “Los sistemas constitucionales iberoamericanos”. Editorial Dykinson: Madrid, 1992. P. 728.

⁴⁷ CARPIO, Marcos. “El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Constitucional...”, citado por HAKANSSON NIETO, Carlos. “El proceso de

A) Control concentrado: Tribunal Constitucional y acción de inconstitucionalidad

Tenemos en primer lugar el llamado Control Concentrado, el cual podría definirse como el mecanismo de control constitucional de las normas recaído en *un solo órgano estatal* cuya finalidad es la de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de los actos legislativos y otros actos del Estado de rango y valor similar que se contradigan con lo establecido en nuestra Carta Magna. El órgano estatal dotado del privilegio de ser único juez constitucional puede ser la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país, o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial, para actuar como único juez constitucional. En ambos casos, estos órganos tienen en común el ejercicio de una actividad jurisdiccional como jueces constitucionales⁴⁸.

El Tribunal Constitucional, ha sido regulado expresamente en nuestra Carta Magna, en sus artículos 201, 202, 203 y 204, así como también en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC); artículos que lo definen como el *órgano de control de la Constitución* (artículo 201°); también como *órgano supremo de control de la constitucionalidad* (artículo 1 LOTIC). En ese sentido, vemos que la Constitución le ha atribuido de manera expresa la función de controlar la constitucionalidad de las leyes, a fin de salvaguardar la vigencia efectiva de la Constitución. Así lo manifiesta Valle Riestra al afirmar que el Control Concentrado recae en “un Tribunal Constitucional⁴⁹ que asume

inconstitucionalidad: una aproximación teórica y jurisprudencial”. Palestra Editores: Lima, 2014. P. 58

⁴⁸ BREWER-CARIAS, Allan. *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. estudio de derecho comparado*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993.

⁴⁹ García Enterría afirma que el Tribunal Constitucional «defiende la constitución, es su verdadera corporeización tanto para su garantía y protección como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo. Es, en ese sentido, un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos» (GARCIA DE ENTERRIA,

en forma exclusiva la competencia de control de constitucionalidad, competencia que actualiza a través de un proceso concreto, no vinculado a ningún proceso ordinario cuyo objeto directo es la denuncia de una inconstitucionalidad abstracta de la ley (...)⁵⁰. Ahora bien, son tres las funciones que la Poder Constituyente ha otorgado al Tribunal Constitucional:

- 1) Resolver en única instancia las acciones y los procesos de inconstitucionalidad, incluyendo leyes de parlamento o normas con rango legislativo por el ejecutivo (artículo 201 CP)⁵¹. Mediante esta potestad, el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional cualquier norma con rango de ley, ya sea que provenga del parlamento (leyes, los tratados aprobados por el Parlamento y reglamentos internos); del poder ejecutivo (decretos legislativos, los tratados aprobados por el Presidente de la República y decretos de urgencia), o de los Gobiernos Regionales (normas regionales de carácter general); o de los Gobiernos locales (ordenanzas municipales).⁵²

Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”. Civitas, Madrid-1991. p. 198)

⁵⁰ VALLE RIESTRA, Javier y otros. Código Procesal Constitucional. Lima: Ediciones Jurídicas, 2010.

⁵¹ En esa línea, es importante resaltar lo contenido en el artículo VI del Código Procesal Constitucional, el cual señala la obligación de los jueces de no dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad se ha confirmado en un proceso de inconstitucionalidad o de acción popular. En efecto, en proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión trayendo como efecto su expulsión del ordenamiento jurídico; o por el contrario, confirmar su constitucionalidad, obligando de ese modo a que ninguna autoridad o particular deje de aplicar dicha norma en un caso determinado futuro. Cabe resaltar que los jueces no sólo quedan vinculados por el fallo sino también por las razones que lo fundamentaron.

⁵² Es importante resaltar que la derogación de una ley por parte del Tribunal Constitucional debe ser considerada como la última opción, ya que el supremo intérprete debe hacer prevalecer la presunción de constitucionalidad de las leyes; en ese sentido Quiroga señala que «antes de que el juez constitucional deba realizar tal tarea de subsunción entre la norma constitucional y la norma

- 2) Conocer en última instancia la Acción de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data, Acción de Cumplimiento, Y resoluciones judiciales y ejecutivas que vulneren derechos fundamentales (artículo 202 CP inciso 2).⁵³. Al respecto, el artículo VII del Código Procesal Constitucional señala que en estos procesos constitucionales, las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren calidad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así se exprese en la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, a través de su parte resolutive.
- 3) Resolver los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución a los distintos órganos del Estado (artículo 202 CP, inciso 3)

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 Héctor FIX-ZAMUDIO)». (QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Control ‘difuso’ y control ‘concentrado’ en el Derecho Procesal Constitucional Peruano”. En: Revista de Derecho PUCP N° 50. 1996, en <http://blog.pucp.edu.pe/item/121387/control-difuso-y-control-concentrado-en-el-derecho-procesal-constitucional-peruano>). En esa misma línea, Carlos Hakansson señala que «la razón de ser del Tribunal Constitucional no se concentra en la expulsión de las leyes, y las normas con rango de ley, del ordenamiento jurídico sino, principalmente en la necesidad de armonizar dichas normas con la realidad constitucional(...). De no poder lograrlo, el Tribunal procedería a actuar conforme a una especie de legislador negativo.» (HAKANSSON NIETO, Carlos. “El proceso de inconstitucionalidad: una aproximación teórica y jurisprudencial”. Palestra Editores: Lima, 2014. P. 24-25)

⁵³ Al respecto, Luis Castillo señala que «se tratan de procesos en los que se discute si una determinada actuación pública o privada ha infringido el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. En este enjuiciamiento, el Supremo intérprete de la Constitución puede fallar declarando fundada o infundada la demanda constitucional según haya encontrado o no violación de un derecho fundamental» (CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial”. Palestra Editores. Lima-2008.p. 123)

A través de estas tres funciones, el Tribunal Constitucional tendrá la gran responsabilidad de velar y hacer respetar los preceptos constitucionales por encima de toda la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Para resumir, este mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes presenta las siguientes características: (i) La función controladora se encuentra reconocida y concentrada en un solo órgano designado para dicho fin; éste es el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema; no pudiendo ejercer dicha potestad ningún otro tribunal; (ii) El control de constitucionalidad se realiza en forma directa en un proceso de inconstitucionalidad, con el fin de verificar la conformidad con la Constitución de la norma cuestionada; (iii) El control es abstracto, es decir, sin hacer referencia de la existencia de un caso concreto en el que vaya aplicarse la norma cuestionada. Se trata de un análisis de puro derecho realizándose una confrontación entre la norma en cuestión con el texto constitucional. No es necesaria su comprobación mediante su aplicación a un caso concreto y (iv) Sus efectos son Erga Omnes, siendo que en el supuesto que se comprobase la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, ésta será derogada del ordenamiento jurídico vigente no pudiendo aplicarse ni ser invocada su aplicación con posterioridad a tal derogatoria; en cambio, si no se comprueba su contrariedad a la Constitución, esta retornara al ordenamiento jurídico más constitucionalizada que antes del cuestionamiento, siendo aplicable a todos, los supuestos en los que resulte pertinente⁵⁴.

Ahora bien, una vez visto cómo funciona el control concentrado, debemos resaltar dos aspectos importantes que para efectos del presente trabajo servirán de sustento para el análisis del tema central. En primer lugar, sabemos que el Tribunal Constitucional crea Derecho a través de las concreciones que realice de las disposiciones constitucionales las mismas que se formulan de modo abstracto⁵⁵. Por otro lado, el hecho de

⁵⁴CAMARGO ACOSTA, Johan. “Juntos pero no Revueltos: Breves Apuntes en torno a los Sistemas de Control de Constitucionalidad de la Leyes: el adoptado en el Perú y algunos países de Latinoamérica” p. 6

⁵⁵ En esa línea, Luis Castillo resalta el hecho de que esa actividad creadora de derecho, no es ilimitada sino que se debe ajustar a dos exigencias: la primera

admitir que el Tribunal Constitucional es supremo intérprete y controlador de la Constitución no equivale a decir que sus pronunciamientos siempre serán constitucionales; se debe advertir que, como rasgo propio de la naturaleza humana, los miembros del Tribunal no son perfectos e infalibles, por lo que no es impensable que puedan resolver de manera contraria a la Constitución; sin embargo, ante esta situación no existe ningún procedimiento, ningún órgano revisor de los pronunciamientos que realice el Tribunal Constitucional, por lo que concluimos que sus resoluciones siempre serán constitucionales, pero formalmente; lo serán también en el aspecto material siempre que sus fundamentos estén arreglados a las disposiciones establecidas en nuestra Carta Magna.

Por último, en atención a la figura del Precedente Vinculante, el mismo Tribunal lo define como la «regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el TC decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El Precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley»⁵⁶. Importante acotación sobre este tema es tener en cuenta un precedente vinculante sustenta su existencia y utilidad en la relación que mantenga con el caso en concreto; en ese sentido, «la regla que con efecto normativo el

«que la actividad creadora se desenvuelva dentro del marco constitucional, el cual está conformado tanto por los principios y valores que subyacen explícita o implícitamente en la Constitución (...) como por las reglas constitucionales que reparten el poder entre los órganos públicos», y la segunda, que «la creación de una norma constitucional adscrita, ya sea de naturaleza material como de naturaleza formal o procesal, debe estar correctamente justificada según razones que se formulan con base en estos principios, valores y reglas constitucionales». Ello trae como consecuencia que «la creación de una norma constitucional adscrita por parte del Tribunal Constitucional será correcta sólo si está suficientemente justificada, y será éste el caso sólo si presenta unas razones que no sean deficientes. Las razones serán deficientes si es posible formular unas razones contrarias más fuertes, es decir, unas razones que contesten y venzan a las primeras (...)» (CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial”. Palestra Editores. Lima-2008. p. 69-70)

⁵⁶Sentencia del 14 de Noviembre de 2005 concerniente al Exp. N° 0024-2003-AI/TC, citado, primera consideración previa.

Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo».⁵⁷

B) El Control Difuso: el célebre caso Marbury v/s Madison

El Control Difuso tuvo su origen en la doctrina norteamericana, con el históricamente famoso caso Marbury vs Madison (1803), cuya sentencia estableció la facultad de los tribunales de juzgar la conformidad de una norma de rango legal con la Constitución e inaplicar aquellas leyes que la contravengan; constituyendo así una jurisprudencia que marca un hito histórico en la formación de un Estado Constitucional de Derecho basado en el aseguramiento del control del poder.⁵⁸ Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana ancla sus raíces más profundas en el Derecho británico del cual, como se sabe, era una colonia; en efecto, «antes del siglo XVII, en el sistema británico el *common law*, es decir la ley no legislada, prevalecía sobre las leyes formales o *statutes*, las cuales eran consideradas como normas particulares o excepcionales en relación al derecho consuetudinario previamente establecido.»⁵⁹ Precisamente es en la Inglaterra de la baja Edad Media donde existía todo un debate en las tesis de Bracton en

⁵⁷Sentencia del 10 de Octubre de 2005 concerniente al Exp. N° 0024-2003-AI/TC. Primera Consideración Previa.

⁵⁸ Eloy Espinoza señala que con este célebre caso se entendió que «la Constitución, además o incluso antes de ser un acuerdo político destinado a recoger, de acuerdo a la posición por la cual se opte, aquellos contenidos y/o procedimientos sobre los que se sustenta la vida común en sociedad, es la norma jurídica más importante de cualquier Estado, constituyéndose así como el parámetro de validez formal y parámetro de validez material de todo el ordenamiento jurídico de aquel Estado en particular.» (ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “El control difuso: su ámbito de acción en el Derecho comparado y sus alcances en el Perú”, en Revista Jurídica del Perú N° 62, Trujillo, 2005. p.28)

⁵⁹ BREWER-CARAS, Allan. “La jurisdicción constitucional en América Latina”, citado por BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “Control difuso y administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?”. En: Revista Jurídica del Perú N° 41: Trujillo, 2002. P. 39

relación a la separación entre el *Gubernaculum* y la *Jurisdictio*, esto es entre la esfera del poder o del mando en manos del Monarca como autoridad gubernamental, y la esfera de la administración de justicia, esa búsqueda de los jueces por ser los voceros del *common law* y en esa medida, declarar el derecho en un sentido no únicamente individual.

Esa tensión entre el derecho y la política toca una fibra importante en la formación del Estado Moderno en 1610 con el caso del doctor Bonham, se trataba de un médico de Oxford que quería ejercer la medicina en Londres, sin embargo se encontraba estatuida una limitación para los médicos graduados en Oxford, la cual señalaba que los mismos sólo podían trabajar en dicha ciudad. Este caso es llevado a los tribunales y será resuelto por el juez Coke, quien contrastará por un lado el *common law* inglés garantizando la libertad de los ciudadanos vs la norma estatutaria que establecía prohibiciones; así consagró el principio de que el *higer law* o *derecho superior* que es el Derecho Natural, debería prevalecer sobre el Derecho Estatutario, el derecho plasmado en una norma. No obstante este precedente que podríamos llamar Control Difuso fue sólo episódico por cuanto causó una total revuelta en ese tiempo, era impensable tener la idea de que un juez pudiera controlar las normas estatutarias, como consecuencia de esta revuelta, este juez fue retirado.

Volviendo al caso norteamericano, en la formación de los Estados Unidos se produce un cambio de gobierno en el conflicto político que existía en ese momento entre el saliente presidente Adams que era federalista y el entrante Jefferson que era republicano; antes de traspasar el mando presidencial, Adams nominó a su secretario Marshall como presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Asimismo, aprueban unas leyes federales, creando circuitos judiciales en el distrito de Columbia donde empezaron a nominar jueces que lógicamente eran federalistas. En ese sentido, el Congreso Federalista que había aprobado esas leyes, no pudo librar el nombramiento final de todos los cuarenta y dos jueces entre los que estaba el juez Marbury; es así que cuando Jefferson asume la presidencia de los Estados Unidos, lo que hace Marbury es requerir al secretario de Estado James Madison que le haga entrega de la investidura del cargo de Juez, lo cual prohibió el nuevo gobierno. Contra esta disposición Marbury plantea un recurso judicial denominado *Writ of Mandamus* cuya interposición iba contra la

renuencia de la autoridad de cumplir un mandato legal o administrativo, que en nuestro ordenamiento podríamos asimilar a la Acción de Cumplimiento reconocida en el artículo 200 inciso 3 de nuestra Constitución⁶⁰. Es así que en 1802, la nueva mayoría republicana en el Congreso derogó la ley de circuitos judiciales y elimina las plazas de los jueces nombrados por Adams, y en 1803 se emite sentencia resolviendo tres cuestiones básicas:

- a) ¿Tiene el Juez Marbury derecho al nombramiento que solicita?, ante esta cuestión, Marshall indica que el Gobierno viola los derechos legales adquiridos al no entregar el nombramiento a Marbury.
- b) Ante ese derecho negado, ¿las leyes de su país ofrecen alguna solución?, Marshall responde afirmativamente al afirmar que por lo mismo que viven en un Estado de Derecho, toda persona tiene derecho a reclamar protección cuando vean sus derechos vulnerados.
- c) ¿Cómo ha de ser ese remedio?, en este caso, la acción procesal que corresponde es el *mandamus*, cuya expedición es realizada por la Corte, pero esta atribución jurisdiccional era dada por ley, lo cual no estaba acorde a la Constitución; concluyendo en que al ser la Constitución una Norma Suprema, cualquier ley que sea contraria a ella debe ser anulada; esta va a ser la lógica del control constitucional norteamericano.

El juez Marshall, utilizó esta confrontación para plantear la teoría de la Supremacía Constitucional, la cual va hablar nuevamente del reconocimiento de un *higerlaw* (planteado por el juez Coke en su momento) o Derecho Supremo ubicado en la Constitución contra un Derecho Estatutario, conformado por normas aprobadas por el Congreso las cuales no pueden ser contrarias a la Constitución; literalmente dice Marshall: «[L]a Constitución es una Norma Suprema inmodificable por

⁶⁰Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional

Son garantías constitucionales:

6. La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

normas ordinarias o su nivel de ser una norma legal legislativa y como otras leyes es modificable cuando la legislatura se complazca en alterarla si la primera parte de esta alternativa es verdad, entonces una ley del legislativo contraria a la Constitución no es Derecho, si la última parte es verdad entonces las Constituciones escritas son ensayos absurdos de parte del pueblo para limitar el poder de su propia naturaleza ilimitable.»⁶¹

En ese sentido, la Supremacía de la Constitución queda constituida como principio jerárquico no solamente formal sino también material, ya que va a ser en la Constitución en donde se consagre todos los principios y valores que den sentido y unidad a una sociedad. Asimismo, el mismo Juez Marshall instaura con este caso el Sistema de Revisión de la Constitución conocido como *JudicialReview*, obligando en adelante a todos los jueces y todos los tribunales, a que en el caso concreto al que estén sometidos, decidir la conformidad de una ley con la Constitución, así como desistir de aquella que sea inconstitucional; sin embargo, en este modelo de control constitucional, esta potestad le es atribuida a todos los tribunales y no a uno en particular; por lo que no es considerado sólo como un poder, sino (sobre todo) como un deber.

1. El Control Difuso en el Perú

En el Perú, el Control Difuso fue acogido -aunque solo de manera formal- desde la Constitución de 1856, dada por el mariscal Ramón Castilla, señalando en su art. 10 que «es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución». Posteriormente, en el art. XXII de su Título Preliminar del Código Civil de 1936 se estableció que «cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera la primera»; sin embargo, el alcance de esta disposición sólo abarcó el ámbito civil y no a todos los ámbitos jurídicos, esto debido a que no estaba constitucionalizada. Será la Constitución de 1979 la que

⁶¹LOWELL, JEFFREY Y OLIVER, DAWN, "The Changing Constitution", citado por César Landa Arroyo. "Estudio sobre Derecho Procesal Constitucional", Editorial Porrúa S.A. 1a Edición, 2006, México D.E. Pág. 17.

va a establecer el control difuso en su artículo 236^{o62}; finalmente, el control difuso ha quedado establecido en la Constitución de 1993 aún vigente en su artículo 138^o, el cual prescribe de la siguiente manera:

“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”

Asimismo, en el modelo peruano se prevé en el art. 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial-LOPJ que se elevaran a consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema las sentencias de primer grado, expedidas en un proceso donde se haya aplicado el control difuso, que no hayan sido impugnadas; así como las de segundo grado donde se haya ejercido esta potestad judicial; no siendo necesario para el caso de la inaplicación de normas infra legales. Esta disposición alcanza a todos los procesos, como por ejemplo a los casos de amparo contra normas auto aplicativas.

Por último, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional hace las siguientes precisiones con respecto al ejercicio del control difuso: (i) La aplicación del control difuso debe darse solo en caso de que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución y (ii) los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o de acción popular.

Vía jurisprudencial, nuestro Tribunal Constitucional ha reafirmado la concepción que se tiene de este mecanismo de control constitucional, al establecer que «el control judicial de constitucionalidad de las leyes es

⁶²Artículo 236 de la Constitución Peruana de 1979. En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna.

una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución”⁶³. Asimismo, señala que «las normas privadas o particulares que sean contrarias a derechos constitucionales han de ser inaplicadas en ejercicio del control de inaplicabilidad al que habilita el artículo 138°, segundo párrafo, de la Constitución (...)»⁶⁴

Aníbal Quiroga señala que el control difuso es «una justicia constitucional: (i) 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; (ii) residual, porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está “añadida” a su tarea principal, donde el control constitucional es indirecto y limitado al “caso concreto”, “interpartes” y (iii) fundamentalmente subjetiva, porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer (...) solo parte de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario»⁶⁵. En ese orden de ideas, Sheilla Castro define al Control Difuso como «una expresión del control normativo en el que se lleva a cabo la inaplicabilidad de las leyes o normas con rango de ley inconstitucionales por los jueces del Poder Judicial. Por la inaplicabilidad no se expulsa la norma legal del ordenamiento jurídico, simplemente se la deja de lado para evitar la vulneración que aquella produce de la Constitución.»⁶⁶.

⁶³ Véase Expediente N° 1680-2005-PA/TC de fecha 11 de mayo de 2005. Fojas 02

⁶⁴ Véase Expediente N° 6730-2006-AA/TC de fecha 29 de julio de 2008. Fojas 10-18

⁶⁵ QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Control ‘difuso’ y control ‘concentrado’ en el Derecho Procesal Constitucional Peruano”. En: Revista de Derecho PUCP N° 50. 1996, en <http://blog.pucp.edu.pe/item/121387/control-difuso-y-control-concentrado-en-el-derecho-procesal-constitucional-peruano>

⁶⁶ CASTRO AUSEJO, Sheilla. “Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?”. En: Revista de Derecho Administrativo N° 1, Lima: Palestra Editores, 2007. P. 219-220

II. Control difuso administrativo

Como ya se ha expuesto, el control difuso es atribuido de manera expresa a los órganos jurisdiccionales, quienes deben dar preferencia a la Constitución en el caso concreto que le sean sometido a su decisión y, en consecuencia, inaplicar las leyes o demás normas con rango legal que consideren inconstitucionales. Hasta ahí todo claro, sin embargo, ante esa afirmación surge la siguiente interrogante, ¿pueden los órganos no jurisdiccionales que solucionen conflictos, ejercer el control difuso de las normas?, para efectos del presente trabajo de investigación nos referimos específicamente a la Administración Pública. La respuesta lógica a esta interrogante sería un tajante no, fundamentado en el hecho que la Administración sólo actúa bajo un conjunto de poderes y facultades otorgadas por la ley, siendo que la Constitución no le ha otorgado la potestad de inaplicar aquellas normas inconstitucionales (como si lo ha hecho de manera expresa para el caso de los órganos jurisdiccionales)⁶⁷,

⁶⁷ Esta respuesta viene motivada también por reiterada doctrina jurisprudencial, siendo el Tribunal Constitucional (supremo intérprete de la Constitución) el que establece los límites al ejercicio del control difuso, señalando lo siguiente: “El ejercicio del control difuso presenta los siguientes límites: a) debe realizarse en el seno de un caso judicial; b) sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez; c) es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo; y, d) el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad”. (Véase Expediente N° 1690-2005-AA/TC de fecha 02 de noviembre de 2006. Fojas 04-09). Asimismo, ha señalado que: “(...) el control difuso de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar inaplicable una ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley resulta manifiestamente incompatible con la Constitución. El control difuso es, entonces, un poder-deber del juez consustancial a la Constitución del Estado democrático y social de Derecho. Conviene siempre recalcar que la Constitución es una auténtica norma jurídica, la Ley Fundamental de la Sociedad y del Estado, y un derecho directamente aplicable.”

siendo que el ejercicio del control difuso sólo puede llevarse a cabo dentro de un proceso judicial, y por ende sólo ha sido atribuido a aquellos órganos que tengan el poder de la *iurisdictio*; supuesto en el que la Administración Pública no calza.

En referencia directa a la posibilidad de que la Administración Pública pueda ejercer dicha potestad, José Antonio Tirado⁶⁸ comenta una de tantas sentencias que evidenciaron en su momento la postura claramente negativa del Tribunal Constitucional con respecto a este tema; así pues, habla sobre la sentencia recaída en el Exp. N° 007-2001-AI/TC, referente a una demanda de inconstitucionalidad contra la Municipalidad distrital de San Juan de Lurigancho por haber emitido una ordenanza que inaplicaba dentro de su ámbito territorial otra ordenanza emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima; si bien es cierto no se trata en sentido estricto de un caso de control difuso, es importante resaltar lo que señala el Tribunal, el cual haciendo referencia a la municipalidad emplazada señaló que «si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene la facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetables»⁶⁹. Con este pronunciamiento, el Tribunal deja clara su postura respecto de la interpretación del artículo 138 de la Constitución, cuya aplicación es reservada exclusivamente a los órganos jurisdiccionales; asimismo deja en claro que el ejercicio de atribuciones relativas a la inaplicación de normas sólo puede darse en los casos expresamente establecidos por la misma Constitución.

(Véase Expediente N° 1679-2005-PA/TC de fecha 11 de mayo de 2005. Fojas 02.)

⁶⁸ *Cfr.* TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008. Pp.25 y ss.

⁶⁹ Sentencia del 1ro de Febrero de 2003 concerniente al Exp. N° 007-2001-AI/TC . Fundamento 3

Contrariamente a lo que se podía suponer, las opiniones y posturas sobre este tema no han sido del todo pacíficas, sino que muy por el contrario, se generó y aún se viene dando toda una discusión doctrinal sobre dicha materia. En adición a ello, y como para avivar la complejidad del tema, el Tribunal Constitucional cambió de manera imprevista su criterio, emitiendo un pronunciamiento sobre la Administración Pública como detentadora del ejercicio del control constitucional de las normas infraconstitucionales, que a continuación se procederá a analizar.

A) El precedente vinculante que cambió la historia

Como ya se ha expuesto, El Tribunal Constitucional ya había dejado claro el concepto y –sobre todo- alcances del ejercicio del control difuso en nuestro país; sin embargo, en el año 2005 por vía jurisprudencial, va hacer extensiva esta potestad a la Administración Pública. En un primer momento, lo hizo en el considerando 156 de la sentencia del 3 de junio de 2005 del Tribunal Constitucional en el que se señaló lo siguiente:

“(…) es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla⁷⁰.

⁷⁰ Tirado Barreda critica la argumentación que usa el Tribunal para hacer tal afirmación, basándose en el artículo 38 de la Constitución el cual señala que «todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación»; el autor critica dicho argumento señalando que es erróneo inferir del deber de defender la Constitución, la capacidad de inaplicar una norma por reputarla inconstitucional, ya que nos llevaría al absurdo de afirmar que cualquier ciudadano en cualquier circunstancia pueda dejar de aplicar una norma por considerarla inconstitucional. (TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008. P. 36)

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución.”

Frente a dicho pronunciamiento, las reacciones no se hicieron esperar, es así que se adujo que admitir el control difuso a cargo de la Administración vulneraba el principio de legalidad y la reserva que hacía la Constitución de dicha potestad a los jueces y no a la Administración Pública. Además, implicaba abrir una enorme brecha en la seguridad jurídica, de incalculables consecuencias, ya que a partir del deber de preferir la Constitución sobre cualquier norma legal que establecía para *todo* órgano administrativo, tendríamos miles de funcionarios autorizados para decidir qué leyes son constitucionales y cuáles no, con el consiguiente menoscabo al Estado de Derecho que ello implique.⁷¹

Se puede apreciar como este pronunciamiento del Tribunal deja un sinsabor en el aire ya que de su lectura se puede evidenciar un potencial caos jurídico, al extender tan delicada labor a los funcionarios que laboren en la Administración Pública. Para graficar esta situación, se podría llegar al extremo de que el funcionario que labore en mesas de parte de INDECOPI se niegue a recibirnos un determinado documento ya que a su consideración, la norma que le obliga a recibir documentos es inconstitucional, por tanto en aplicación del control difuso que le ha sido conferido, decide inaplicar dicha ley. Ese mismo sinsabor se evidencia también ante la poca claridad del significado de *manifiesta inconstitucionalidad* que debe caracterizar los supuestos en que la Administración estaba facultada a ejercitar el control difuso.

Ante ello surge la pregunta, ¿quiso el Tribunal atribuir el control difuso a todos los funcionarios que integren la Administración Pública

⁷¹ BACA ONETO, Víctor. “La Administración Pública y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional peruano”. Gaceta Jurídica N°23: Lima, 2008. P.383.

sin distinción alguna? Al respecto, Alfredo Bullard manifiesta que, por la parquedad del considerando 156, la sensación era que se estaba abriendo una caja de Pandora. Quizás el Tribunal tampoco lo tenía claro o, teniéndolo, quiso lanzar la idea para “medir temperatura” de las reacciones, y reservarse, como finalmente lo hizo, para una futura oportunidad, la definición de los criterios que deben seguirse⁷².

Efectivamente, el 14 de noviembre de 2005 el Tribunal Constitucional emitió una sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, referida a una acción de amparo dirigida a cuestionar la aplicación de tasas como requisito para la interposición de recursos administrativos destinados a impugnar las decisiones de los funcionarios y órganos administrativos; ante esto el Tribunal falló a favor del demandante basándose en el principio de tutela judicial efectiva, derecho a petición y debido proceso; asimismo estableció como precedente vinculante que toda tasa por recurso es inconstitucional. Todo iba correcto hasta ese punto, sin embargo, como la tasa había sido establecida mediante una ordenanza –norma que en el ordenamiento peruano tiene rango de ley- el Tribunal Constitucional se sintió en la obligación de hacer algunas “precisiones previas”.⁷³ Es aquí donde radica la importancia de esta sentencia –para el tema que objeto del presente trabajo- ya que instauró como precedente de observancia obligatoria lo que el considerando 156 de la sentencia del 3 de junio de 2005 ya había aproximado pero esta vez haciendo una delimitación de los alcances de esta nueva atribución; estableciendo en su fundamento 50 como regla sustancial lo siguiente:

“Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera

⁷² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. Palestra Editores. Lima-2007. p.-23

⁷³ BACA ONETO, Víctor. “La Administración Pública y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional peruano”. Gaceta Jurídica N°23: Lima, 2008. P.384.

manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución”.

Como se puede apreciar, este precedente de observancia obligatoria va a delimitar el concepto de control difuso administrativo, siendo su ejercicio atribuido solo a los Tribunales u órganos colegiados de la administración pública. Posteriormente, el mismo Tribunal Constitucional emitió de oficio una resolución aclaratoria de fecha 13 de octubre de 2006, en cuya parte resolutive integra reglas «sustanciales y procesales» que formaran parte integrante del precedente vinculante fijado en el fundamento 50 de la sentencia antes señalada; dichas reglas se fijaron en los considerando 4, 7 y 8⁷⁴; estableciendo como condiciones

⁷⁴ 4. Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N.º 3741-2004-AA/TC, esto es, que “(...) [t]odo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)”. Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados. 7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de

finales que debe tener el Tribunal Administrativo para ejercer el Control Difuso las siguientes:

- a) El órgano colegiado o tribunal administrativo encargado de aplicar el control difuso debe ser un órgano encargado de impartir justicia administrativa de carácter nacional, adscrito al Poder Ejecutivo y que tenga por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.
- b) El pedido de control difuso debe ser solicitado por los propios administrados.
- c) El ejercicio del control difuso administrativo tiene por finalidad proteger los derechos fundamentales de los administrados.
- d) La norma infraconstitucional debe vulnerar la Constitución de manera manifiesta⁷⁵.

oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. 8. Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

⁷⁵ Sobre este punto, Alfredo Bullard refuerza esta idea indicando que con dicho principio propuesto ya desde el considerando 156 de la sentencia de fecha 03 de junio del 2005, el Tribunal Constitucional «quería evitar que los órganos administrativos tengan una suerte de control difuso “muy sofisticado”», lo cual le parece saludable ya que «el control debe hacerse para aquello que, siendo manifiestamente inconstitucional, no puede obligar a la Administración a apañarlo»; agrega que «la inconstitucionalidad manifiesta reduce el riesgo de arbitrariedades pues impone en la Administración un estándar alto». (BULLARD GONZALES, Alfredo. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos

Es importante precisar que dicha sentencia, de aclaratoria sólo tiene la denominación; para reforzar esta afirmación debemos recurrir al artículo 121° del Código Procesal Constitucional⁷⁶, en el que se establecen tres supuestos habilitantes para la emisión de una sentencia aclaratoria, esto es cuando se trate de aclarar un concepto o subsanar algún error material u omisión en que el Tribunal hubiese incurrido en la sentencia a aclarar. Es así que, de la lectura de la sentencia supuestamente aclaratoria, no encontramos ninguno de los mencionados supuestos, es decir, el Tribunal en la sentencia que establece el control difuso administrativo es clara en sus alcances, asimismo no puede argüirse oscuridad o ambigüedad alguna, el texto de la sentencia es perfectamente claro e inteligible. Otra cosa es que, posteriormente, se haya podido advertir que se fue demasiado lejos o que lo dicho no reflejaba, necesariamente, la posición de los magistrados o que estos hayan cambiado de opinión⁷⁷. Por ello se puede concluir que dicha sentencia significó un intento fallido por parte del Tribunal por corregir o delimitar de una mejor manera el concepto de control difuso administrativo, sin percatarse que una vez más, se excedió en el ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas; así lo afirma Luis Castillo

pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. Lima: Palestra Editores, 2007.P 45)

⁷⁶ Artículo 121.- *Carácter inimpugnable de las sentencias del Tribunal Constitucional.*

Contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe impugnación alguna. En el plazo de dos días a contar desde su notificación o publicación tratándose de las resoluciones recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido. Estas resoluciones deben expedirse, sin más trámite, al segundo día de formulada la petición. Contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, sólo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal. El recurso puede interponerse en el plazo de tres días a contar desde su notificación. Se resuelve en los dos días siguientes. Lo anterior no afecta el derecho a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

⁷⁷ TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008. P. 57

quien indica que si ya es poco usual que en una resolución aclaratoria el TC cree una norma constitucional, más extraordinario aún es que a través de una resolución aclaratoria el mencionado Tribunal modifique una recién creada norma constitucional adscrita.⁷⁸

Sin perjuicio de lo cuestionable que resultó ser la emisión de dicha sentencia, finalmente el concepto de Control Difuso Administrativo quedó delimitado de la siguiente manera:

Todos los tribunales u órganos colegiados de la administración pública que impartan justicia administrativa con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados, tienen la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar, a pedido de parte, una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados, de conformidad con los artículos 38°, 51° y 138° de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (i) que dicho examen de inconstitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (ii) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que impartan «justicia administrativa» con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las

⁷⁸ CASTILLO CORDOVA, Luis. “Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional”. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional* N°77. Lima, 2014. P. 30

consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.⁷⁹

1. Fundamentos del Tribunal Constitucional para afirmar la necesidad de un control difuso administrativo.

Una vez delimitado el concepto de Control de Control difuso, se pasaran a exponer las razones que Tribunal Constitucional utilizó para fundamentar la creación jurisprudencial de este concepto; veamos:

El primer argumento del Tribunal para afirmar fijar la figura del control difuso administrativo lo encontramos en los fundamentos 7, 8 y 9⁸⁰ de la sentencia en análisis. De la lectura de dichos fundamentos, vemos como realiza una interpretación extensiva al artículo 138° de la Constitución, afirmando que si bien dicha disposición faculta al Poder

⁷⁹ TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008. P. 58-59

⁸⁰7. (...)Si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial. 8. Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución (...).9. Por tanto, el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51° antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38°) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla(...)

Judicial para que realice un control constitucional de las normas, no se lo niega a la Administración, motivo por el cual, teniendo en cuenta principios constitucionales como el de Unidad de la Constitución, facultada de modo interpretativo a los Tribunales y Órganos Colegiados de la Administración Pública a ejercer el control difuso de las leyes. Así, el artículo 138 de la Constitución no impide que la Administración lleve a cabo control difuso, sino que más bien parece exigirlo. Más aún, este deber se deduciría también a partir de los artículos 51 y 38 de la Constitución, que establecen, respectivamente, el principio de jerarquía normativa y el deber de respetar, cumplir y defender la Constitución.⁸¹

El segundo argumento del Tribunal Constitucional lo encontramos en el fundamento 10⁸² de la misma sentencia en el que fundamenta su decisión en la llamada eficacia vertical de los derechos fundamentales, esto es, el respeto y protección efectiva de los mismos que el Estado debe cumplir de manera imperativa en pro de los ciudadanos que viven bajo su tutela.

Los derechos fundamentales de las personas son inherentes a su existencia, ya que arraigan su razón en la propia dignidad humana, por lo tanto deben ser respetados por todos los poderes del Estado, en este caso particular, el poder político. Consecuentemente, si las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales obligan a la Administración pública, ésta no puede actuar de manera que vulnere esos derechos. De forma que si se encuentra vigente alguna ley que vulnera algún derecho fundamental, la Administración debe estar en posición de poder evitar esa vulneración, lo cual se lograría reconociendo «el derecho

⁸¹ BACA ONETO, Víctor. “La Administración Pública y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional peruano”. Gaceta Jurídica N°23: Lima, 2008. P.384.

⁸²10. En segundo lugar, está de por medio también la eficacia vertical de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –eficacia vertical– como de los particulares –eficacia horizontal–(...)

y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley», es decir, reconociéndoles el *derecho-deber* de realizar el control difuso de la constitucionalidad.⁸³

Entonces, el que la administración pública deba “(...) realizar el control difuso –*dimensión objetiva*-, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos – *dimensión subjetiva*-.” Por tanto, negar que la Administración Pública pueda inaplicar normas inconstitucionales sería desconocer el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.⁸⁴

Alfredo Bullard manifiesta a propósito de este argumento que, «los administrados tienen el derecho que los conflictos entre particulares sujetos a la decisión administrativa sean resueltos resguardando sus derechos fundamentales. Y es un derecho fundamental de todo administrado que la Constitución tenga plena y total vigencia en el procedimiento, y dicha vigencia no puede estar limitada al proceso judicial, debe incluir al procedimiento administrativo. Por ello, el tribunal administrativo deberá velar por que la Constitución se aplique y, no podrá inaplicarla en el caso concreto que tiene que resolverse»⁸⁵.

El tercer argumento utilizado (y quizá el más importante) para tomar su decisión, lo encontramos en los fundamentos 11 y 12⁸⁶ en los

⁸³ CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2008. Pág. 33

⁸⁴ BACA ONETO, Víctor. “La Administración Pública y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional peruano”. Gaceta Jurídica N°23: Lima, 2008. P.385.

⁸⁵ BULLARD GONZALES, Alfredo. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. Lima: Palestra Editores, 2007. P 42

⁸⁶ 11. (...) Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce(...) 12. Por ello es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública

cuales realiza una interpretación actualizada del principio de legalidad en sede administrativa ⁸⁷, sosteniendo que, encontrándonos actualmente dentro de un Estado Constitucional de Derecho, la legitimidad y eficacia de las normas se hacen «en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce», por lo que resulta «intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto».

Autores como Alfredo Bullard y Claudia del Pozo, que avalan la idea de un control difuso administrativo en nuestro ordenamiento, explican este argumento centrándose en el contexto del nacimiento del Principio de Legalidad, es decir en un Estado donde los derechos de las personas se encontraban en las leyes, las mismas que eran dadas por el Monarca quien gobernaba a voluntad propia, lo cual podía conllevar a ciertos excesos que podían perjudicar los derechos de los gobernados, es por ese motivo que nace el principio de legalidad, «formulado como un límite formal y material de la actuación de la Administración en sus relaciones con los ciudadanos, a fin de evitar que el poder conferido por

aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1°).

⁸⁷ Dicha postura es compartida Juan Morales Godo, quien afirma que «el principio de legalidad debe ser redimensionado acorde con lo señalado en la Constitución Política del Estado. Entender el principio no como la primacía de la ley, sino como la forma cómo se concreta la ley, acorde con los valores, principios y derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución». (MORALES GODO, Juan. “Control difuso por parte de los tribunales administrativos. A propósito de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, de fecha 14 de noviembre de 2005, en el expediente N° 3714-2004-AA/TC”. Lima: Palestra Editores, 2007. Pág. 125)

éstos no se extralimite»⁸⁸. Así, «la actuación de los gobernantes debía limitarse a exigir el cumplimiento de la ley y, nada más que lo estipulado en la ley, pues ello era garantía de que los derechos de los ciudadanos serían respetados»⁸⁹. Posteriormente, junto a la Revolución Francesa van a surgir «conceptos superiores tales como la búsqueda de la justicia o los derechos inherentes de la persona», los cuales van a ir moldeando y desarrollando el surgimiento del Estado Constitucional de Derecho, dentro del cual la defensa de los derechos fundamentales de las personas, deja de ser realizado por la Ley para ser la Constitución la encargada de velar por el cumplimiento de los mismos.

Debido a dicha explicación, ambos autores concuerdan en afirmar que «la relación del Derecho Constitucional frente a las diversas ramas del Derecho, es una relación de dependencia, unidad y complementariedad, -por lo que- ninguna ley, acto administrativo o sentencia judicial podría contener disposiciones que contravengan tanto lo estipulado en la Constitución, así como el conjunto de valores que ésta contiene en sí misma.»⁹⁰

Por último, una cuarta justificación⁹¹ la encuentra el Tribunal Constitucional en el ordenamiento constitucional chileno, en el cual se

⁸⁸ DEL POZO GOICOCHEA, Claudia. “El control de constitucionalidad ejercido por la Administración pública”. Lima: Palestra Editores, 2007.p 104

⁸⁹ BULLARD GONZALES, Alfredo. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. Lima: Palestra Editores, 2007.P 26

⁹⁰ DEL POZO GOICOCHEA, Claudia. “El control de constitucionalidad ejercido por la Administración pública”. Lima: Palestra Editores, 2007.p 105

⁹¹ 13. En el Derecho constitucional comparado –es el caso puntual del ordenamiento chileno–, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa (...)14. Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, (...) siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del

admite que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa.

2. *¿Resulta conveniente que la Administración Pública ejerza dicha potestad?*

Una vez vistas las razones principales sostenidas por el Tribunal Constitucional –y avaladas por algunos juristas conocedores de la materia-, se pasará a exponer las posturas que contradicen dichos fundamentos, para finalmente dar una respuesta debidamente motivada a la pregunta que en este apartado se formula.

Jorge Pando Vílchez, adelantaba ya en el año 2002 su opinión sobre los problemas que acarrearía la atribución del ejercicio de un control constitucional de las leyes a la Administración Pública, señalando que «el ejercicio por parte de la administración de una facultad “implícita” de control constitucional difuso, podría llevar precisamente a la arbitrariedad o al favoritismo de intereses subalternos. En efecto, (...) la mayoría de las situaciones de inconstitucionalidad no se encuentran en el ámbito de una inconstitucionalidad manifiesta»⁹². En esa línea, el mismo autor comenta respecto a las normas infralegales que «la administración debe siempre intentar interpretar el reglamento como acorde al marco constitucional y solo en el caso que ello no sea posible de ninguna forma, entonces elevar un informe a su superior evidenciando el aspecto inconstitucional del reglamento para proponer su modificación o derogación»⁹³

Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

⁹² Cfr. PANDO VILCHEZ, Jorge. La Administración frente a la Norma Inconstitucional: ¿Control de Constitucionalidad y Control de Legalidad Administrativa?. Revista Peruana de Derecho Público N° 5 Año 3 Julio-Diciembre 2002; Págs. 109-110

⁹³Idem; Págs. 110-111

Por otro lado, la Asociación Peruana de Derecho Administrativo⁹⁴, también sostiene una postura contraria al ejercicio del Control Difuso Administrativo, señalando lo siguiente:

- a) La Administración Pública, al estar sometida a los alcances del principio de legalidad, no puede ni derogar singularmente ni declarar inconstitucional una ley, porque está obligada a ejecutarla y cumplirla.
- b) Sin perjuicio del cumplimiento de lo establecido en las normas legales puede apreciar la validez de la norma legal aplicada; en caso considere que la misma vulnera la Constitución, y proponer su derogatoria o su declaración de inconstitucionalidad ante los órganos competentes.
- c) El control difuso se ejerce en el marco de un proceso jurisdiccional, el mismo que no discurre en sede administrativa, sino exclusivamente en sede judicial
- d) Una interpretación coherente del marco constitucional, permite afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico el control difuso se encuentra reservado para las instancias jurisdiccionales correspondientes, que son las únicas que se encuentran habilitadas constitucionalmente para ejercer la defensa de la Constitución.
- e) Propiciar una interpretación por la cual se habilite a todo funcionario u órgano (sea unipersonal o colegiado) de la Administración Pública para que pueda efectuar un control difuso de constitucionalidad de normas legales o de legalidad de normas reglamentarias, es una posición que genera una afectación contra el respeto al principio de legalidad administrativa, a la seguridad jurídica y al respeto al Estado de Derecho en nuestro país.
- f) En un escenario en el cual existen miles de órganos que ejercen la función administrativa en nuestro país (entiéndase los diversos órganos administrativos existentes en instituciones públicas tales como ministerios, organismos constitucionalmente autónomos, organismos públicos descentralizados, municipalidades provinciales, distritales, entre otros), así como estando en marcha

⁹⁴ Asociación Peruana de Derecho Administrativo. La posición de la Administración Pública frente al control de constitucionalidad de leyes y normas reglamentarias (Comunicado. Agosto de 2005).

un proceso de descentralización que no termina de ser correctamente entendido en sus alcances como en su progresividad, no es factible ni viable constitucional y legalmente, otorgar validez a las interpretaciones que posibilitan un control difuso de constitucionalidad a los órganos de la Administración Pública.

- g) Los procedimientos, actos y decisiones de los órganos de la Administración pública, son de naturaleza administrativa (de modo formal y material), y no tienen naturaleza jurisdiccional, en vista que los órganos administrativos emisores de los mismos no gozan de los atributos, poderes y garantías de los que se encuentran investidos los órganos jurisdiccionales. No es conveniente que los órganos de la Administración Pública asuman facultades propias de los jueces y órganos judiciales, como la de pretender efectuar un control indirecto de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos.

Ahora bien, antes de entrar a analizar el fondo de los argumentos que motivaron la decisión de nuestro Tribunal de otorgar a la Administración el poder de realizar el control constitucional de las normas; es importante hacer una crítica sobre la forma en que estableció dicho precedente vinculante⁹⁵ ya que lo hizo sin seguir los criterios que él mismo estableció para dicha acción. Así pues, el supremo intérprete de la Constitución establece, respecto de esta figura lo siguiente:

⁹⁵ El propio Tribunal ha establecido que «el precedente vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga (...). En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia» (TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008. P. 77)

«(...) el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes (...) Existencia de relación entre caso y precedente vinculante. En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado. El Tribunal no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo»⁹⁶

Si fijamos nuestra atención en la sentencia materia de estudio junto a su resolución aclaratoria, podemos evidenciar que las condiciones fijadas por el mismo Tribunal para fijar un precedente vinculante no se presentan en el caso concreto, ya que como recordamos, el tema controvertido estaba dirigido a cuestionar la admisibilidad del cobro de una tasa por recurso impugnativo establecida por una ordenanza municipal; sin embargo, y de manera inexplicable el supremo intérprete de nuestra Constitución estableció como precedente vinculante la atribución a los órganos o tribunales administrativos del ejercicio de control constitucional de las normas; precedente que no sólo no tiene relación directa con el tema controvertido, sino que además no tiene ninguna utilidad para la solución del caso concreto⁹⁷. Debido a ello existen dos posibilidades: «el TC fue en contra de sus propias reglas

⁹⁶ Sentencia recaída en el Expediente N° 0024-2003-AI/TC

⁹⁷ Sobre esta cuestión, José Antonio Tirado, hace un interesante cuadro comparativo entre los hechos del Caso Salazar Yarlequé y las reglas establecidas en el precedente fijado por el Tribunal, que permiten concluir la errada actuación del supremo intérprete. Resalta tres puntos importantes: (i) El caso se trataba de un procedimiento administrativo bilateral, mientras que el precedente vinculante hace referencia a la inaplicación de normas dentro de un procedimiento administrativo trilateral; (ii) En el caso concreto la demanda se seguía contra una Municipalidad distrital, mientras que el precedente fijado atribuye el control difuso sólo a órganos colegiados o tribunales administrativos al Poder Ejecutivo, con competencia nacional y que impartan justicia administrativa y (iii) En el caso concreto se cuestiona una ordenanza municipal, mientras que en el precedente se fija que la inaplicación de normas puede referirse a todo tipo de norma infralegal. (TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008. P. 77)

sobre los límites de los precedentes en la misma sentencia que lo estableció o, en segundo lugar, terminó desconociendo dichas reglas asustado por las consecuencias que podría tener su precedente. Evidentemente, ninguna de estas dos alternativas deja en buen lugar al máximo intérprete de la Constitución peruana, que no debe olvidar que también está sujeto a límites de actuación»⁹⁸

a) Sobre la interpretación del artículo 138° de la Constitución en función al Principio de Supremacía Constitucional

El Tribunal Constitucional consideró que, de la lectura del artículo 138° de la Constitución, y en atención al principio de supremacía y unidad Constitucional, se desprende de manera implícita que el ejercicio del Control Difuso de las normas no solo estaría atribuido al Poder Judicial sino también a la Administración Pública⁹⁹, ello bajo la premisa que debía evitarse una interpretación «positivista y formal» de dicho artículo. Sin embargo, esta afirmación no sería del todo correcta por las razones que se verán a continuación:

En primer lugar, debemos tener en claro que «lo que el artículo 138 CP está definiendo es una potestad de administrar justicia y el deber de que, cuando en el ejercicio de esta potestad se llegue a determinar la incompatibilidad entre la Constitución y una ley, el titular de la potestad deberá preferir la norma constitucional e inaplicar la ley. Este deber de

⁹⁸ BACA ONETO, Víctor. “La Administración Pública y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional peruano”. Gaceta Jurídica N°23: Lima, 2008. P.386.

⁹⁹ Reynaldo Bustamante señala que «para que la Administración pueda ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa requiere de una norma jurídica que le permita ejercitar ese mecanismo de control, -la misma que- no puede ser de cualquier tipo. En la medida que se refiere a la inaplicación de normas con rango de ley y otras de inferior jerarquía que resulten inconstitucionales, sólo una norma con rango superior a la ley puede conferir el poder de inaplicarlas. Esa norma, entonces, no puede ser otra que la Constitución». (BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “Control difuso y administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?”. En: Revista Jurídica del Perú N° 41: Trujillo, 2002. Pp. 53-54)

control constitucional sólo se entiende dentro de una interpretación sistemática de la Constitución, interpretación que parte de advertir que el llamado control difuso de la constitucionalidad tiene sentido dentro de la potestad de administrar justicia y, por tanto, sólo en el ejercicio de la *iurisdictio*. De manera que si no se puede sostener que la Administración pública tiene asignada la potestad jurisdiccional, tampoco podrá reconocérsele el control difuso de la Constitucionalidad de las leyes, ni tan siquiera implícitamente»¹⁰⁰. En efecto, las potestades constitucionales se otorgan de manera expresa, no es posible sostener la idea de potestades implícitas, que (como se dio en este caso en particular) nazcan de interpretaciones extensivas de una disposición constitucional, ello no hace más que vulnerar varios principios constitucionales como el de Seguridad Jurídica y en especial el de Separación de Poderes, gracias al cual se establecen de manera expresa cuáles serán las funciones, atribuciones, potestades y límites de cada órgano estatal.

Como ya se ha indicado, el artículo 138° de nuestra Constitución otorga el ejercicio del Control Difuso a los *jueces*, es decir a los órganos jurisdiccionales¹⁰¹, los cuales detentan el poder de *iurisdictio*, poder que no ostenta la Administración Pública¹⁰². Como ya se ha expuesto líneas arriba, las opiniones que abrazan una postura a favor del Control Difuso Administrativo indican que la Administración, en la práctica, realiza una

¹⁰⁰ CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la Constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2007. Pág. 35

¹⁰¹ Se ha de recordar también que la potestad de administrar justicia viene caracterizada por su unidad y exclusividad. En el caso peruano, constitucionalmente se ha dispuesto que las únicas jurisdicciones que pueden existir en el ordenamiento jurídico peruano son la judicial, la militar y la arbitral (artículo 139.1 CP).

¹⁰² «La administración de justicia necesariamente comprende la jurisdicción, esto es, aquella facultad de todos aquellos órganos que resuelven conflictos y cuya decisión no es cuestionada; (...) no puede atribuirse jurisdicción a órganos que pese a resolver controversias, no poseen dicha potestad. Tal es el caso de la Administración Pública» (CASTRO AUSEJO, Sheilla. “Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?”. En: Revista de Derecho Administrativo, Lima. P. 228)

labor muy similar a los órganos jurisdiccionales¹⁰³, esto es resolver conflictos inter partes, por lo que ello sería razón suficiente para sustentar la validez del ejercicio de control constitucional de las normas por parte de la Administración¹⁰⁴; sin embargo “similar” no significa “igual”, las resoluciones que pueda emitir la Administración Pública no tienen calidad de Cosa Juzgada, por el contrario, son susceptibles de revisión en vía judicial en un proceso contencioso – administrativo (artículo 148 CP), por lo que, argumentar que existe una igualdad en la actuación de la Administración Pública con la del Poder Judicial para justificar la existencia de un Control Difuso Administrativo, carecerá a todas luces de sustento válido¹⁰⁵.

¹⁰³ Uno de ellos es Alfredo Bullard quien afirma que la Administración, referida al Poder Ejecutivo, ya no solo “administra”, sino que «el Ejecutivo moderno legisla, en el sentido que da normas de aplicación general, buena parte de ellas con jerarquía de ley», asimismo «decide casos y administra justicia, no solo en sus relaciones con los particulares, sino dentro de relaciones entre particulares (...). Nos pueden decir que no es jurisdicción (...) pero hacen algo idéntico a lo que hacen los jueces, es decir reciben pretensiones, les corren traslado, reciben respuestas, actúan pruebas, escuchan alegatos y dictan resoluciones que se ven igualitas que sentencias». En definitiva, considera que el hecho de decir que no ostentan función jurisdiccional es meramente formal, pero materialmente funcionan de manera muy similar al Poder Judicial. (BULLARD GONZALES, Alfredo. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. Lima: Palestra Editores, 2007.P 31)

¹⁰⁴ Reynaldo Bustamante señala que «en tanto el ordenamiento jurídico le ha otorgado a la Administración una función *cuasi jurisdiccional*, implícitamente ese ordenamiento o, más precisamente la propia Constitución le ha otorgado también los poderes y los deberes necesarios para que el ejercicio de esa función sea válida.» (BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “Control difuso y administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?”. En: Revista Jurídica del Perú N° 41: Trujillo, 2002)

¹⁰⁵ «No puede atribuirse jurisdicción a órganos que pese a resolver controversias, no poseen dicha potestad. Tal es el caso de la Administración Pública, a quién algunos autores, otorgan facultades jurisdiccionales bajo la consigna de asimilar su labor a la que realiza un juez o magistrado; lo que resulta equivocado si analizamos en detalle los límites a los cuales aquella se encuentra sujeta cuando resuelve conflictos. (...) En primer lugar, no se

En esta línea, las opiniones a favor del Control Difuso Administrativo indican que negar a la Administración Pública tal atribución vulneraría el orden jerárquico-normativo instaurado en la famosa pirámide kelsiana, así como el Principio de Supremacía Constitucional¹⁰⁶; sin embargo cabría preguntarse, para el caso de la Administración Pública, ¿respetar la supremacía constitucional supone la potestad de inaplicar una norma por estimarla inconstitucional?, ¿no son cosas distintas que la Administración Pública este obligada a cumplir con la Constitución y otra que cuente con la competencia necesaria para decidir la inaplicación de una norma legal?. Vulnerar el Principio de Supremacía Constitucional, es ir en contra de lo que señala la Constitución, no respetar sus preceptos; dentro de los cuales no se establece que la Administración Pública sea detentadora de tal potestad; por lo que resulta contradictorio afirmar que el no hacer extensivo el control constitucional de las leyes a la Administración Pública supone

encuentra libre de la revisión posterior de sus decisiones (...) en segundo lugar, la Administración no es ningún tercero imparcial cuando emite actos o resuelve, por el contrario, aquella hace de juez y parte, siendo sus disposiciones impugnables una vez agotada la vía administrativa en el Poder Judicial. (CASTRO AUSEJO, Sheilla. “Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?”. En: Revista de Derecho Administrativo N° 1, Lima: Palestra Editores, 2007. P.228)

¹⁰⁶ Claudia del Pozo, al respecto manifiesta que «es incorrecto identificar la seguridad jurídica con una actuación que sea incompatible con la Constitución, ya que- de aceptar que la Administración no puede efectuar un control constitucional –es decir, aplicar el control difuso- nos veríamos ante la situación que un tribunal administrativo o la última instancia administrativa de cada entidad, emita una resolución inconstitucional, en tanto que tal está viciada de nulidad absoluta. Pero, del lado del administrado, la situación es insostenible; pues, se verá obligado a incoar dicha resolución y pasar por todo un proceso judicial para obtener la tutela de sus derechos fundamentales». Por todo ello concluye que, «la verdadera lesión a la seguridad jurídica se configura cuando el ordenamiento jurídico presenta compartimentos estancos, no integrados entre sí, que no nos permiten tener respuestas previsibles del Derecho». (DEL POZO GOICOCHEA, Claudia. “El Control de constitucionalidad ejercido por la Administración pública”. Lima: Palestra Editores, 2007. Pág. 108)

una vulneración del Principio de Supremacía Constitucional¹⁰⁷, cuando resulta exactamente lo contrario, es decir, aceptar la existencia de un Control Difuso Administrativo implica minar dicho principio al no estar contemplada esta figura en nuestra Carta Magna¹⁰⁸.

b) Sobre la eficacia vertical de los Derechos Fundamentales

Nadie puede negar ni desconocer el hecho que la Administración Pública tenga el deber de promover la vigencia efectiva de los Derechos Fundamentales reconocidos en la Constitución, pero ello no puede ser fundamento para que trasgreda la estructuración jurídico-funcional que el Poder Constituyente ha establecido dentro de nuestro Estado. En efecto, para lograr esa efectiva tutela de los Derechos Fundamentales, el Poder Constituyente ha conferido de manera expresa al Tribunal Constitucional (artículos 201 y 202 de la Constitución) y al Poder Judicial (artículo 138° de la Constitución) la potestad de velar por la adecuación jurídica de las normas infraconstitucionales a las disposiciones inmersas en nuestra

¹⁰⁷ Tal como lo indica García de Enterría, «la superioridad normativa de la Constitución no es un postulado abstracto, sino que penetra todas y cada una de las demás normas, y específicamente las administrativas, pauta de la actividad ordinaria y más extensa del Estado, que expresan, por ello un ‘Derecho Constitucional Concretizado’ (WENER); todas las instituciones del Derecho Administrativo están enmarcadas por la regulación básica del poder y de la libertad que se contienen en la Constitución» (GARCIA DE ENTERRÍA. “Curso de Derecho Administrativo-Tomo I”. Civitas Ediciones: Madrid, 2011. P. 49)

¹⁰⁸ Al respecto, Sheilla Castro señala que «el Principio de Legalidad en la LPAG busca enfatizar que la Constitución constituye la norma marco del sistema jurídico, y por lo tanto, sus disposiciones deben ocupar la cúspide del ordenamiento. Todo órgano del Estado deberá ajustar sus manifestaciones a esa carta fundamental que le otorga atribuciones e impone límites. Uno de esos límites constitucionales es precisamente, la imposibilidad de la Administración Pública de aplicar el Control Difuso; lo que le impide dejar de lado las normas legales inconstitucionales. (...) La Administración debe orientarse a sujetar sus actos a las normas legales, tal como se desprende de una lectura armónica de la Constitución.» (CASTRO AUSEJO, Sheilla. “Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?”. En: Revista de Derecho Administrativo N° 1, Lima: Palestra Editores, 2007. P.232)

Carta Magna. Sin embargo, a la Administración Pública no se le ha conferido tal potestad; su función en miras a la protección de los Derechos Fundamentales viene dada por el correcto ejercicio de su actividad respetando «toda ley vigente cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada o admitida en los órganos jurisdiccionales correspondientes - y también por- toda ley vigente cuestionada constitucionalmente y unida a criterios constitucionales de interpretación y aplicación (o inaplicación) definidos también por órganos jurisdiccionales en los correspondientes procesos de cuestionamiento»¹⁰⁹.

Nadie puede negar que la Administración tenga que resolver los casos que se le presenten respetando la Constitución, haciendo un trabajo de adecuación de sus pronunciamientos a los preceptos constitucionales, pero «no resulta lógico inferir directa e ineludiblemente del deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución contenidos en los artículos 38, 51 y 201 de la Constitución, la potestad de inaplicar una ley por considerarla inconstitucional». ¹¹⁰ Por todo lo explicado, basarse en la eficacia vertical de estos derechos para justificar el otorgamiento del ejercicio del control difuso a la Administración Pública, carece también de razonabilidad, no sólo porque la atribución que el Tribunal le dio vía jurisprudencial a la Administración resulta a todas luces incorrecta tanto formal como sustancialmente, sino que además no resulta lógico extenderle esta delicada responsabilidad, si ya existe una vía igualmente satisfactoria (proceso contencioso – administrativo) para hacer una revisión de la constitucionalidad de las normas aplicadas por la Administración para resolver un caso concreto.¹¹¹

¹⁰⁹ CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la Constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2008. Pág. 40

¹¹⁰ MORON URBINA, Juan Carlos. “¿Es ahora el Poder Ejecutivo el guardián *in limite* de la constitucionalidad de las leyes?”. Lima: Palestra Editores, 2007. P. 57

¹¹¹ Al respecto, Víctor Baca cuestiona también si, para proteger los derechos fundamentales era necesario extender el ejercicio del control difuso a la Administración pública; para responder esta interrogante señala que «la respuesta está en la propia jurisprudencia del TC, que una y otra vez había

c) Sobre la vulneración de Estado Constitucional de Derecho a la luz del Principio de Separación de Poderes

El principio de separación de poderes se enmarca como uno de los más importantes del Estado Constitucional de Derecho, el mismo que «empieza a resquebrajarse ahí donde se pretende desconocer los mandatos constitucionales que han separado potestades (facultades y consecuentes deberes) para atribuirlos a órganos constitucionales distintos»¹¹². Y es justamente lo que sucedió con esta polémica sentencia. Esta decisión del Tribunal Constitucional generó un serio problema dentro de nuestro ordenamiento jurídico, ya que por un lado vulneró la estructura ya definida por el Poder Constituyente para distribuir el poder político, asignando a la Administración Pública potestades y facultades que son exclusivas del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, y por otro lado vulneró el principio de presunción de constitucionalidad de las normas¹¹³.

declarado que el procedimiento administrativo no podía ser un obstáculo para el derecho a la tutela judicial efectiva (...) el TC había concluido que no era necesario agotar la vía administrativa para acudir al amparo cuando se pretendía la inaplicabilidad de leyes. Es decir, si la Administración no podía inaplicar leyes, y el fundamento del recurso era la inconstitucionalidad de la ley, el particular podía acudir directamente ante el juez vía el proceso de amparo, en el cual no hay ninguna discusión respecto de la admisibilidad del control difuso» (BACA ONETO, Víctor. “La Administración Pública y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional peruano”. Gaceta Jurídica N°23: Lima, 2008. P.397-398.)

¹¹² CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la Constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2008. P. 36

¹¹³ Al respecto, Luis Castillo señala que «Se debe recordar que las leyes son jerárquicamente inferiores a la Constitución, y que las leyes tienen valor jurídico en la medida que se ajustan a los mandatos constitucionales, en particular a los que reconocen derechos fundamentales, y que el control de este ajustamiento lo tiene atribuido constitucionalmente no la Administración, sino el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial como Comisionados del Poder Constituyente. La Administración se vincula a la Constitución a través de los criterios hermenéuticos que se desprenden del control de la constitucionalidad que éstos órganos realicen.» (CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración

d) Sobre la moderna interpretación o re-interpretación del Principio de Legalidad

El Tribunal Constitucional y los autores que ostentan una postura a favor del Control Difuso Administrativo, sostienen replantear el significado del Principio de Legalidad contextualizándolo dentro del moderno Estado Constitucional de Derecho, señalando que debido a que los derechos fundamentales de toda persona se encuentran en la Constitución y ya no en la ley (como ocurría en el antiguo Estado de Derecho en donde nació el Principio de Legalidad), el Principio de Legalidad debe “flexibilizarse” y “adecuarse” al nuevo concepto de Estado, pudiendo la Administración Pública pasar por encima de una ley (que no debemos olvidar es fundamento de su actuación) si considerase que la misma es inconstitucional¹¹⁴; sin embargo, aceptar dicha realidad rápidamente es imaginable y esperable la aparición de situaciones en las que so pretexto de la inconstitucionalidad de una ley, la Administración termine sacudiéndose del pesado lastre de actuar dentro del margen que le dibuja la legalidad, a veces considerado demasiado estrecho.”¹¹⁵

En el fundamento 15 de la Sentencia del 14 de noviembre de 2005, el Tribunal señala que «el Principio de legalidad en el Estado Constitucional de Derecho no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y

Pública y control de la Constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2008. P. 41)

¹¹⁴ Al respecto, véase BULLARD GONZALES, Alfredo. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. Lima: Palestra Editores, 2007. P 26 -30. DEL POZO GOICOCHEA, Claudia. “El Control de constitucionalidad ejercido por la Administración pública”. Lima: Palestra Editores, 2007. Pp 100-109. ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto/MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. “Alcances del control difuso en el ámbito registral” A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional. Palestra Editores: Lima, 2007. Pp 177-181.

¹¹⁵ CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la Constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2008. P. 37

principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales» apoyando dicha postura en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, «cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello sólo es posible de ser realizado «(...) garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general». ¹¹⁶ En atención a dicho fundamento, habrá que hacer la aclaración que, tal como ya se ha explicado líneas arriba, la “sujeción al ordenamiento constitucional” a la que se refiere, es el deber impuesto a la administración de llevar a cabo su actuación en base a las funciones, potestades y límites que la Constitución ha establecido para ella, esto es, desempeñar su actividad teniendo como eje orientador a la Ley; en efecto, «no significa que sea la Administración la que establezca el contenido del ordenamiento constitucional. Son otros los órganos encargados de hacerlo, y el que la Administración se sujete al ordenamiento constitucional significa que ella debe sujetarse a las determinaciones constitucionales que efectúen los órganos competentes para ello. Por lo demás, deberá tenerse siempre presente que entre los actos y decisiones de la Administración, por una parte, y la Ley y las Sentencias, por otra parte existe –y precisamente desde el punto de vista jurídico– una insalvable heterogeneidad, que se desconocería gravemente si unos y otros productos se imputasen al mismo agente»¹¹⁷.

Se puede advertir entonces como el Tribunal Constitucional no repara en las consecuencias que se desprenden de una decisión que buscaba defender a toda costa una postura evidentemente carente de razonabilidad; cae en la incongruencia de afirmar que para el fortalecimiento del Estado Constitucional de Derecho es necesario redimensionar el concepto que del principio legalidad se tiene, cuando ocurre todo lo contrario, toda vez que lo único que logró con dicho pronunciamiento fue vaciarlo de contenido.

¹¹⁶ Véase Expediente N° 03741-2004-PA/TC, fundamento 15

¹¹⁷ CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la Constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2007. Pág. 37

e) *Sobre la referencia al caso chileno*

Como se ha expuesto anteriormente, una razón más utilizada por el Tribunal Constitucional para atribuir a la Administración Pública la potestad de ejercitar el Control Difuso de las normas infraconstitucionales, fue ampararse en el caso chileno, en cuya Constitución ha reconocido en su artículo 98° que “[u]n organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes(...)”.

No cabe duda que recurrir al Derecho Comparado para motivar una decisión es válido y muchas veces eficiente, pero en este caso concreto la referencia hecha por el Tribunal Constitucional no es acertada, ya que como señala Luis Castillo, en primer lugar «en el caso chileno se trata de reconocer no una facultad general atribuida a todos los funcionarios y órganos de la Administración para controlar la constitucionalidad de las leyes (atribución del control difuso de la constitucionalidad) como pretende el Tribunal Constitucional peruano, sino más bien se trata de la atribución a un solo órgano de la evaluación de la constitucionalidad especialmente de la producción normativa de la Administración» y en segundo lugar, «en el caso chileno existe la expresa y concreta habilitación constitucional a la Contraloría General de la República para que realice ese examen de constitucionalidad y legalidad, situación que no se presenta en la norma constitucional peruana»¹¹⁸, en la cual se pretende otorgar dicha atribución mediante una interpretación extensiva de la disposición constitucional (artículo 138) que la otorga de manera expresa al órgano jurisdiccional.

En esa misma línea José Antonio Tirado manifiesta que la Contraloría chilena «puede ejercer una limitada función de control únicamente respecto de algunas normas emitidas por la Administración y antes que estas adquieran vigencia(...). No se trata de la *inaplicación de una norma* en sentido estricto. De lo que se trata, es de una variante debilitada de *control previo, preventivo o anterior a la vigencia formal*

¹¹⁸ IDEM. Pág. 41

de la norma¹¹⁹. Decimos debilitada porque en ningún caso, la decisión de la Contraloría es definitiva o vinculante, porque o el Gobierno tiene la potestad de insistir en su propuesta original (y el proyecto de la norma entra en vigencia) o porque la cuestión termina siendo resuelta por el Tribunal Constitucional», es por ello que la Contraloría no realiza control constitucional en sentido estricto ya que, «no es el órgano definidor de la controversia, sino más bien uno de los actores, una parte procesal que se somete al criterio de otro ente imparcial para resolver la controversia.»¹²⁰

f) *Otras consideraciones para negar el Control Difuso Administrativo*

Habiendo ya desvirtuado cada uno de los fundamentos usados por el Tribunal Constitucional para establecer que en nuestro ordenamiento jurídico la Administración Pública es depositaria de la potestad de ejercer el control constitucional de las normas; ahora, se expondrán algunas razones más, que se suman para demostrar de manera tajante lo desafortunado que resultó dicho pronunciamiento, veamos:

¹¹⁹ Víctor Baca, en referencia al trabajo del autor chileno Ferrada Bórquez, señala que «la CGR (Contraloría General de la República de Chile) tiene la facultad de controlar *preventivamente* la constitucionalidad y legalidad de los decretos con fuerza de ley (decretos legislativos) y de las normas administrativas, en virtud de las cuales puede impedir que estos decretos o resoluciones *entren en vigencia*. Mientras que el presidente puede insistir en el caso de las normas administrativas consideradas *ilegales* por la CGR, no puede hacerlo cuando el vicio alegado sea de inconstitucionalidad, ya sea que se trate de decretos con fuerza de ley o de normas inferiores, caso en que únicamente puede plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, para que este resuelva definitivamente» (FERRADA BÓRQUES, J.C. “Los derechos fundamentales y el control constitucional”, citado por BACA ONETO, Víctor en “La Administración Pública y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional peruano”. Gaceta Jurídica N°23: Lima, 2008. P.389)

¹²⁰ TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008. P. 88

i. Control Difuso para los particulares

Como se recordará, se hizo extensiva la potestad del control difuso a la Administración Pública aduciendo que ésta cumple una función muy similar a la de los jueces, al resolver conflictos en el seno de un procedimiento (equivalente al proceso en vía judicial) trilateral; en ese contexto, nos encontramos los llamados procedimientos privados, los cuales «tienen lugar en el seno de una persona jurídica privada, a través de los cuales órganos de esta (junta general, gerencia, directorio etc.), resuelven cuestiones internas de la institución o cuestiones que atañen a alguno de sus miembros con la institución»; bajo esa premisa, el Tribunal Constitucional también debió hacer extensivo el ejercicio de esta potestad de control constitucional a los particulares, ya que se encuentran en el mismo supuesto que la Administración Pública, esto es «tanto una como otros se encuentran en una misma situación respecto a la atribución de la *iurisdictio*: no son mencionados expresamente por los artículos 138 CP y 139.1 CP, a pesar de que en ambas situaciones es posible hablar de órganos de decisión (jueces) y de procedimientos.» En ese orden de ideas, se puede advertir las consecuencias peligrosas que resultan de tomar una decisión de semejante importancia, basada en fundamentos débiles, fácilmente debatibles; pues, como acertadamente indica Luis Castillo, «si ya son gravemente nefastas las consecuencias para un Estado Constitucional de Derecho el que la Administración Pública se desvincule de las leyes al reconocerle la competencia para decidir lo que es y lo que no es constitucional, de modo que pueda desprenderse de exigencias legales que considere inconstitucionales; cuan más graves no serían las consecuencias de reconocer que los particulares pueden mantenerse al margen de los mandatos legales por considerarlos inconstitucionales»¹²¹.

ii. Vulneración constitucional manifiesta

Uno de los requisitos que debía confluir para la viabilidad de un Control Difuso Administrativa, era que la norma en cuestión vulnerase de

¹²¹Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la Constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2007. P. 38-39

manera manifiesta a la Constitución; Bullard sostiene en defensa de dicho argumento que «el Tribunal quería evitar que los órganos administrativos tengan una suerte de control difuso ‘muy sofisticado’. Prefieren solo conceder a la autoridad administrativa el control de lo ‘grosero’. En términos generales parece un principio saludable. El control debe hacerse para aquello que, siendo manifiestamente inconstitucional, no puede obligar a la Administración a apañarlo.»¹²². En oposición a ello, Tirado Barreda manifiesta que dicho argumento es insostenible por dos razones:

- a) No existe pauta interpretativa para determinar cuando estamos frente a una ‘inconstitucionalidad manifiesta’, lo que puede ocasionar que ante una misma situación surjan interpretaciones diferentes por participantes de un mismo medio jurídico.
- b) De la lectura de dicha afirmación se podría concluir que se acepta la aplicación de leyes inconstitucionales por parte de la Administración ¹²³, en referencia a aquellas cuya inconstitucionalidad no sea manifiesta, lo que llevaría a vulnerar el principio de jerarquía.¹²⁴

¹²² BULLARD GONZALES, Alfredo. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. Lima: Palestra Editores, 2007. P. 45

¹²³ En esa misma línea el mismo autor hace una reflexión al respecto, al indicar que si «fuese verdad que la Administración Pública, más precisamente, determinados órganos colegiados de la Administración Pública son verdaderos controladores de la constitucionalidad, entonces no tiene sentido limitar la función de control solo a los supuestos en los que la disposición infraconstitucional vulnera “manifiestamente la Constitución(...) O se reconoce que es un controlador completamente tal, o se reconoce que no se es controlador, pero no puede ocurrir lo que hace el TC, reconocerle el papel de controlador para determinados supuestos» (CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional”. Lima: Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional N° 77, Lima: 2014. Pág. 33)

¹²⁴ TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008. P. 90-91

Por último, Luis Castillo advierte algo palpable en nuestra realidad al señalar que: «no debemos engañarnos y esperar leyes manifiestamente inconstitucionales (...) Hoy en día las inconstitucionalidades no se dan de manera clara e incontrovertible. Si la Constitución es un orden abierto de valores, indeterminado y determinable, entonces será cualquier cosa menos algo claro que una ley sea inconstitucional»¹²⁵.

iii. Incongruencia en la lógica usada por el Tribunal Constitucional

Luis Castillo señala que, respecto de la Constitución reconocemos tres tipos de roles: (i) Los vinculados, somos todos, tanto gobernantes como gobernados, porque la norma jurídica que a todos obliga; (ii) los intérpretes, que podemos ser todos también, en la medida que todos tenemos la capacidad racional para atribuir significados jurídicos a las fórmulas lingüísticas que componen las disposiciones constitucionales y (iii) los controladores, que son los que están vinculados a la Constitución, a la cual ha de defender a través de la función de control constitucional; y además, también de modo previo tienen atribuida la facultad de interpretar vinculadamente a la Constitución. Concluyendo que «todo controlador es vinculado e intérprete vinculante de la Constitución. Pero no se puede realizar la afirmación a la inversa». Sin embargo evidenciamos una incongruencia más por parte del Tribunal Constitucional ya que, amparándose en tres artículos constitucionales, concluye lo siguiente: «porque la Constitución es norma suprema (artículo 51 de la Constitución), todos estamos vinculados a ella (artículo 38 de la Constitución); consecuentemente, no solo los jueces judiciales sino también determinados órganos de la Administración Pública pueden controlar la constitucionalidad de las leyes¹²⁶ y, en general, la

¹²⁵ CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la Constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2007. P. 39

¹²⁶ Tal afirmación es errónea ya que «si esa es la conclusión a la cual se llega, casi podría alegarse que cualquier ciudadano puede dejar de aplicar una norma por reputarla contraria a la Constitución vigente. Y es que defender y/o cumplir algo no es lo mismo que sustraerse unilateralmente del cumplimiento de otras

constitucionalidad de toda norma infraconstitucional (artículo 138 de la Constitución)»¹²⁷.

En esa misma línea, Isabel Chiri indica que «no es necesario dejar de reconocer que la administración debe encontrarse habilitada por una norma legal o constitucional. En ese sentido, el argumento de la Supremacía de la Constitución no es suficiente¹²⁸, de así serlo, cualquier ente o funcionario de la Administración podría apelar a este principio y en virtud de él inaplicar las leyes que consideren inconstitucionales»¹²⁹. Con ese comentario volvemos a caer en cuenta de los peligros potenciales que surgen al analizar a fondo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, sacando a la luz la fragilidad de sus fundamentos¹³⁰.

disposiciones, por considerarlas inconstitucionales.» ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “El control difuso: su ámbito de acción en el Derecho comparado y sus alcances en el Perú”, citado por PANDO VILCHEZ, Jorge. “¿Hacia el control confuso de constitucionalidad?”

¹²⁷ CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la Constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2007. P. 32

¹²⁸ A propósito del principio de Supremacía constitucional, José Antonio Tirado señala que «la atribución de la Administración Pública de inaplicar leyes por su inconstitucionalidad no puede nacer del artículo 51 de la Constitución pues en él se establece, de manera general, la supremacía constitucional y su superior posición ordinamental pero no dice absolutamente nada respecto de qué sujetos podrían estar encargados de hacer efectiva dicha superioridad ni los mecanismos para llevar a cabo dicha tarea» (TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008. P. 90)

¹²⁹ CHIRI GUTIERREZ, Isabel. “El Control Difuso del Tribunal Fiscal”. Lima: Palestra Editores, 2008. p 151

¹³⁰ En efecto, seguir el razonamiento (ya de por si ligero) del Tribunal Constitucional en un tema tan delicado, nos conduciría a caminos potencialmente peligrosos, ya que como afirma Pando Vélchez «siguiendo igual lógica, podríamos afirmar incorrectamente que cualquier funcionario o servidores público debería ejercer válidamente sus funciones en el marco del derecho reconocido en el literal a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución, para no vaciar de contenido a dicha norma, en lugar de actuar con arreglo al principio de

Otra incongruencia que se puede advertir en la construcción argumentativa del supremo intérprete de nuestra Constitución es en el hecho de que, basándose en el principio de Supremacía constitucional, esto es, el deber que todos tenemos de respetar la Constitución, concluye en su sentencia aclaratoria, que tal atribución es sólo de los órganos colegiados o tribunales de la administración pública.¹³¹ Ante esto resulta importante cuestionarse que «si todos los entes integrantes de la Administración Pública se encuentran sometidos en la misma medida al deber de respeto a los mandatos constitucionales, cómo puede explicarse que el Tribunal concluya que dicha atribución le sea reconocida a un número extraordinariamente reducido de órganos administrativos sin haber justificado en absoluto esa limitación.»¹³².

iv. Elevación a consulta

Un punto flaco más que dejó pasar el Tribunal Constitucional en la emisión de su decisión, fue no considerar los mecanismos vinculados al tema del Control Difuso que, por la complejidad y delicadeza que supone su ejercicio, han sido establecidos para su adecuada aplicación. Es así que, como se recordará por lo antes expuesto, el ejercicio del control difuso por parte del juez se encuentra sujeto a lo establecido en el artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto

legalidad, que determina los límites y competencias de la actuación de la Administración Pública frente a sus administrados.» (PANDO VILCHEZ, Jorge. “¿Hacia el control confuso de constitucionalidad?” en Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, Lima.)

¹³¹ Es interesante rescatar el hecho de que, como ya se ha explicado líneas arriba, una sentencia aclaratoria tiene la función de precisar ambigüedades u oscuridades que hayan quedado en la sentencia anterior objeto de la aclaración, sin embargo lo que hace en realidad (valga decir sin ningún tipo de justificación) es modificar sustancialmente el sentido de la sentencia anterior, agravando aún más la conducta cuestionable e incomprensible del supremo intérprete de nuestra Constitución.

¹³² TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008. P. 65-66

Supremo N° 017-93-JUS; el cual indica que las sentencias expedidas en un proceso donde se haya hecho uso de este control constitucional, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema¹³³.

La finalidad o el sentido de este artículo, está dirigido a velar y proteger el principio de Seguridad Jurídica, logrando la uniformidad de la jurisprudencia concentrándola en un órgano superior; imaginemos que peligroso sería si un Juez pueda ejercer esta potestad sin ningún control posterior, interpretando de la manera que crea correcta la adecuación o no de una norma a la Constitución, ello generaría un caos en nuestro ordenamiento jurídico, ya que no habría uniformidad de criterios y los procesos se convertirían en una suerte de ruleta, en donde la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos quedan al libre albedrío interpretativo de los jueces.

José Antonio Tirado al respecto indica que «en la medida en que no existe dentro del Poder Ejecutivo una única entidad capaz de someter jerárquicamente a todos los órganos colegiados y tribunales administrativos que pudiera jugar el rol de Corte Suprema en el caso de la inaplicación de leyes inconstitucionales (...), no deja de ser paradójico que al trasladar al ámbito administrativo la inaplicación de leyes, ésta resulte siendo mucho más libre y sin controles que en el ámbito judicial¹³⁴. En efecto, se puede apreciar que en el Precedente Vinculante que el Tribunal Constitucional estableció en el 2005, se omitió establecer algún mecanismo destinado a la uniformización de la jurisprudencia administrativa referida a la inaplicación de una ley por inconstitucional. Bien vistas las cosas, nos damos con la sorpresa que el Tribunal Constitucional, lejos de encontrar una solución generó un problema aún más grande, colocando a la Administración Pública por encima del Poder Judicial, ya que, a diferencia del este último, a la Administración se le otorga la potestad de controlar la constitución sin una norma expresa que

¹³³ Artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial

¹³⁴ TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008. P. 105

la habilite para tal fin y además, le deja las puertas abiertas para ejercitar dicha potestad sin ningún mecanismo que controle las resoluciones administrativas en las que haya aplicado el control difuso de las normas (como lo es la figura de la Consulta en el caso del Poder Judicial); abriendo las puertas (nuevamente) al caos jurídico, y vulnerando gravemente grave al Principio de Seguridad Jurídica, dejando al libre albedrío de los Tribunales Administrativos la protección de los Derechos Fundamentales de los administrados¹³⁵.

v. *Control difuso sólo a pedido de parte y extraordinariamente de oficio*

Como recordaremos, una de las características del control difuso administrativo era que éste debía ser solicitado dentro de un procedimiento administrativo, por la parte (administrado) que sentía una vulneración en sus derechos fundamentales por una ley manifiestamente inconstitucional; y sería extraordinariamente de oficio, cuando el órgano colegiado o tribunal administrativo advierta que la norma aplicable a la solución del caso concreto vaya en contra de la interpretación que de ella haya hecho el Tribunal Constitucional a través de sus resoluciones o cuando se trate de la aplicación de una norma que desconozca un precedente vinculante establecido por el supremo intérprete¹³⁶. Las

¹³⁵ Víctor Baca hace una apreciación respecto de las opiniones que intentan atenuar la gravedad de este problema, los que señalan que, al ser los actos administrativos susceptibles de impugnación ante el Poder Judicial, será este quien termine revisando el control difuso en sede administrativa; sin embargo, ¿que sucede en los casos donde el administrado no impugna? que será lo que normalmente sucedería si el fundamento del recurso es la vulneración legal de un derecho fundamental; pues caeríamos en lo ya explicado: vulneración grave al principio de seguridad jurídica e interpretaciones diferentes de una misma situación por parte de los múltiples y diferentes órganos administrativos que existen en nuestro ordenamiento. (BACA ONETO, Víctor en “La Administración Pública y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional peruano”. Gaceta Jurídica N°23: Lima, 2008. P.400)

¹³⁶ Con respecto a las situaciones en que la Administración Pública puede ejercitar el control constitucional de las normas de oficio, Víctor Baca hace una crítica interesante al señalar que «la Administración Pública no realiza un

opiniones acordes a este argumento señalan que este requisito «es propio de esta institución y por tanto es consustancial a ella. Al ser la autoridad que resuelve imparcialmente frente a las partes, deben ser éstas las que soliciten la inaplicación de la ley que consideren violatorias de sus derechos constitucionales. Finalmente son las partes las llamadas a invocar la violación de sus derechos.»¹³⁷

Dicha afirmación es criticable, ya que si nos centramos en el caso de *Marbury vs. Madison* que dio origen a la figura del *judicial review* o control difuso, podemos advertir que fue el juez y no la parte interesada quien introdujo el análisis de dicha figura dentro de la controversia, «lo que demuestra que no se trata de un requisito que haya sido considerado como tal en los inicios de esta figura»; asimismo, se sabe que «el juez al momento de determinar la norma aplicable al caso en controversia deberá, siempre, preferir la norma constitucional» sin tener que esperar a que una de las partes lo solicite. En conclusión «el juez no puede ser imparcial frente a la inconstitucionalidad de una ley. Una vez que la aprecia se encuentra en el deber ineludible de hacer lo necesario para eliminarla del ordenamiento o, en sentido estricto, inaplicarla.»¹³⁸

verdadero control difuso cuando aplica o deja de aplicar una disposición en función de la interpretación que de ella ha hecho el Tribunal Constitucional. En realidad, aquí lo único que estaría haciendo es interpretar la ley del modo en que el máximo intérprete de la Constitución ha establecido que debe hacerse. (...) Por otro lado, tampoco habría realmente ejercicio de potestades de control difuso cuando se inaplica una norma que contradiga un precedente constitucional vinculante o haya sido declarada inconstitucional por el TC. En cualquiera de estos dos casos es otro órgano quien ha hecho la apreciación de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma en cuestión, limitándose la Administración Pública a respetar lo que ya ha sido establecido por el TC.» (BACA ONETO, Víctor en “La Administración Pública y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional peruano”. Gaceta Jurídica N°23: Lima, 2008.Pp 137-138)

¹³⁷ BULLARD GONZALES, Alfredo. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. Lima: Palestra Editores, 2007.P 52

¹³⁸ TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la

vi. *Una última razón: el consenso*

Para finalizar las razones que sustentan la negación de la viabilidad de un Control Difuso Administrativo, debemos recordar que las Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, y en especial las que se emiten como precedente vinculante, se deben caracterizar por generar un consenso jurídico, es decir, generar la mayor convicción posible de que las concreciones de las disposiciones constitucionales realizadas en dichos pronunciamientos son las más adecuadas. Sin embargo, la sentencia en mención, muy lejos de generar un consenso provocó toda una controversia jurídica que hasta la fecha (y a pesar de existir ya una sentencia que “zanja” el tema) no ha cesado; arribando así a la respuesta de la pregunta que en este apartado se formula, indicando tajantemente que no resulta viable ni conveniente otorgarle a la Administración Pública la potestad de interpretar de manera vinculante la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma con rango legal o administrativo, ya que (por las razones vertidas) lejos de propiciar la unificación y consolidación del ordenamiento jurídico, solo generaría serias vulneraciones a principios constitucionales como el de Legalidad y Seguridad Jurídica, reconduciendo las riendas del Estado hacia un contexto desfavorable para los ciudadanos.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008. P. 68-69

Capítulo Cuarto

LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Dentro del material de investigación que se encontró para realizar el presente trabajo de investigación, se encuentra la tesis de Heral Amaro Caldas¹³⁹, en la que se aborda también el tema del control difuso administrativo, arribando a las siguientes conclusiones: por un lado la no viabilidad de dicha figura en nuestro ordenamiento por representar una vulneración potencial al principio de seguridad jurídica, pero también indica la conveniencia de que exista en la Administración Pública mecanismos para poder hacer actuar frente a una norma inconstitucional, proponiendo se aplique la figura de la Cuestión de Inconstitucionalidad, ya que esta institución del derecho constitucional español podría servir de modelo para regular el proceso y la aplicación del control difuso administrativo, adaptándola a las características propias del derecho administrativo. En atención a ello, he considerado conveniente dedicar este apartado para analizar dicha figura y la propuesta del autor, a fin de determinar si resultaría factible o no adecuar la figura de la Cuestión de Inconstitucionalidad del Derecho Comparado a nuestro ordenamiento, y si con ello se resuelve la controversia que gira en torno al Control Difuso Administrativo.

¹³⁹ AMARO CALDAS, Heral Roger. Tesis “La aplicación del Control Difuso en la administración pública, previa aplicación de la cuestión de inconstitucionalidad”. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Mayor de San Marcos. Lima-2011

I. Definición y alcances

Como se ha explicado líneas arriba, la mayoría de países europeos (como España) de acuerdo a su tradición jurídica tienen como único controlador de la Constitucionalidad de las leyes al Tribunal Constitucional, concebido como un órgano autónomo cuyas decisiones no estarán sometidas a ningún tipo de control posterior. Como deducción lógica de lo anterior, los jueces carecen de esa potestad controladora que en países como el nuestro, sí se les ha otorgado¹⁴⁰.

Ante tal circunstancia, cuando se presenten casos en donde se ponga en tela de juicio la constitucionalidad de una ley aplicable a un caso concreto, existe la figura de La cuestión de Inconstitucionalidad, regulada en el artículo 163º de la Constitución Española, que a la letra señala lo siguiente:

“Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal

¹⁴⁰ Cabe precisar que tal afirmación no debe entenderse como incapacidad de los órganos jurisdiccionales para hacer frente a una ley inconstitucional, ya que es justamente la cuestión de inconstitucionalidad el mecanismo que tienen para hacer frente a tales situaciones; dicha afirmación debe entenderse en el sentido de que, es el Tribunal Constitucional el que finalmente se encargará de ejecutar (por impulso inicial del juez) el control constitucional de las normas. En ese sentido, Encarnación Marín sostiene que «la Constitución prevé el control de la constitucionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales en todo tipo de proceso, lo que ocurre es que cuando se produzcan determinadas circunstancias (que las normas a aplicar susciten dudas respecto de su constitucionalidad, siempre que sean de origen posterior a la Constitución), deberá promoverse la respectiva cuestión de inconstitucionalidad, para que el TC lleve a cabo el último grado de contraste entre la norma ordinaria y la Constitución, pero desde luego, la protección de la Constitución respecto de la norma inconstitucional que la conculca, empieza en el proceso, en el enjuiciamiento jurisdiccional.» (MARIN PAGEO, Encarnación. “La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil”. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1990. Pp. 74-75)

Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.”

Como podemos observar, esta figura se concibe como un procedimiento por medio del cual se busca también velar por la tutela efectiva de la Constitución a través de una consulta que el Juez plantee ante el Tribunal Constitucional para determinar si la ley que será aplicable para tomar una decisión en el caso concreto, es o no acorde a la Constitución. Así pues, de la lectura del artículo 163°, podemos deducir los siguientes presupuestos necesarios para poder plantear esta figura:

1. Que la norma cuestionada tenga rango de ley
2. Que dicha norma sea aplicable al caso concreto
3. Que el fallo judicial dependa de la validez de la norma legal en cuestión
4. Que surja en el Juez una duda sobre la concordancia de dicha norma con la Constitución

Cumplidos dichos presupuestos, una vez concluido el proceso y antes de emitir sentencia, el Juez planteará la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal constitucional “*en la forma y con los efectos que establezca la ley*”, esto es mediante escrito en el cual deberá motivar en qué medida la constitucionalidad de la norma en cuestión es relevante para la decisión que adoptará para resolver el proceso.

II. ¿Resultaría conveniente introducir la cuestión de inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento para procedimientos administrativos?: Propuesta y análisis

Una vez definida la figura de la Cuestión de Inconstitucionalidad, veamos la propuesta del autor quien sostiene como conveniente incorporarla en nuestro ordenamiento a fin de hacer viable la figura del Control Difuso Administrativo; al respecto manifiesta lo siguiente:

“(…) mi propuesta sería una reforma de la Constitución que permita plantear la Cuestión de Inconstitucionalidad, no solo en el ámbito judicial, sino también en la administración pública, ya que esto nos permitiría emitir una jurisprudencia vinculante o un precedente vinculante de acuerdo a los parámetros fijados por el máximo intérprete de nuestra Constitución¹⁴¹.

El objeto de la cuestión de inconstitucionalidad se encuentra así delimitado por un triple condicionamiento, la norma a cuestionar tiene que ser una norma con rango de ley, aplicable en el curso de un proceso, y de su validez ha de depender el fallo a adoptar”¹⁴².

En atención a ello, procedemos a preguntarnos: ¿la presentación de esta propuesta resolvería la controversia sobre la viabilidad de un Control Difuso Administrativo en nuestro ordenamiento?, veamos: la propuesta

¹⁴¹ Reynaldo Bustamante coincide con esta propuesta, alegando la necesidad de crear mecanismos para que la Administración pueda controlar constitucionalmente las normas que deba aplicar dentro de un proceso administrativo; al respecto señala que «puede establecerse o adoptarse una serie de mecanismos procesales, como la consulta o el incidente de inconstitucionalidad a fin de que un órgano de justicia constitucional, sea quien confirme o declare, respectivamente, la inaplicación de una norma al caso concreto o eventualmente su invalidez por ser inconstitucional. (BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “Control difuso y administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?”. En: Revista Jurídica del Perú N° 41: Trujillo, 2002. p. 58)

¹⁴² AMARO CALDAS, Heral Roger. Op. Cit. p. 129-130.

del autor es reformar nuestra Constitución, a fin de integrar la figura de la Cuestión de Inconstitucionalidad tanto para el ámbito judicial como el administrativo, debiendo cumplir tres presupuestos para su aplicación: (i) la norma a cuestionar tiene que ser una norma con rango de ley, (ii) dicha norma debe ser aplicable en el curso de un proceso/procedimiento, y (iii) que el fallo o resolución que se emita dependa de la validez de la norma cuestionada. Así pues, se cuestiona lo siguiente:

En primer lugar, plantea introducir dicha figura en el ámbito judicial, sin embargo ¿cuál sería el sentido hacerlo?, en mi opinión no habría lógica, debido a que ya está regulado un procedimiento determinado para la aplicación del control difuso en sede judicial, con su consiguiente revisión por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; el introducir dicha figura en el ámbito judicial, no haría más que vulnerar el Principio de Celeridad Procesal ya que al exigir al Juez que antes de aplicar el control difuso, tenga que hacer una consulta al Tribunal Constitucional (con las formalidades que ello amerita) para que éste le “dé luz verde”, no haría más que retrasar la actuación judicial. En esa misma línea, se concluye la falta de necesidad de introducir la figura de la Cuestión de Inconstitucionalidad para el ámbito administrativo; teniendo en cuenta no solo las peligrosas consecuencias que se derivarían de atribuir a la Administración Pública el control constitucional de las normas¹⁴³, sino que ello significaría cargar de manera innecesaria las labores del Tribunal Constitucional, y digo de manera innecesaria porque ya existen procesos para velar por la constitucionalidad de las normas como es el caso del Control Difuso ejercitado por los órganos

¹⁴³ Es importante señalar que, al igual que el modelo peruano, en el ordenamiento jurídico español el tratamiento que se le da a la Administración Pública es similar al nuestro, esto es, el sometimiento de su actuación a lo que la ley le permita, por ejemplo vemos en el artículo 103.1 de la Constitución española, que expresamente señala un “sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” en su función de velar por el interés general; ello va de la mano con el artículo 106.1 donde se atribuye a los Tribunales jurisdiccionales la labor de control de la potestad reglamentaria de la Administración. De ello podemos advertir que los mismos riesgos que se han expuesto a lo largo del presente trabajo hayan sido considerados por los juristas españoles para no otorgar el ejercicio de tal potestad a la Administración Pública.

jurisdiccionales y Control Concentrado ejercitado por el Tribunal Constitucional mediante la Acción de Inconstitucionalidad¹⁴⁴; asimismo tenemos las garantías constitucionales, como la Acción de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento. Volvemos entonces al tema de las vías igualmente satisfactorias, no existe lógica alguna en intentar implementar una figura del Derecho Comparado para el tema del Control Difuso, cuando ya existen procesos específicamente determinados para ello, atribuidos al Tribunal Constitucional. La razón de abrazar regulaciones del Derecho Comparado es para mejorar y optimizar nuestro propio ordenamiento jurídico más no para entorpecerlo.

Por último, poniéndonos en el supuesto de que dicha propuesta sea aceptada, en atención a los presupuestos señalados por el autor, ¿por qué la aplicación de la Cuestión de Inconstitucionalidad sería únicamente para normas con rango de ley?, ¿Qué sucedería con las normas de carácter reglamentario que sean inconstitucionales?, ¿Cuál sería el sustento lógico para tal discriminación? Como se puede apreciar, dicha propuesta, al igual que el intento desafortunado del Tribunal Constitucional de establecer en su momento un Control Difuso Administrativo, deja más dudas que respuestas ante una situación controversial que a la fecha no ha cesado.

En ese sentido, la respuesta a la interrogante planteada en el presente apartado sería negativa toda vez que, introducir la Cuestión de Inconstitucionalidad del Derecho Español a nuestro ordenamiento carece de sustento lógico en su planteamiento, ya que lejos de mejorar la efectiva tutela de los derechos constitucionales, generaría consecuencias negativas en nuestro ordenamiento jurídico, como la vulneración al Principio de Celeridad Procesal que rige tanto en el ámbito judicial como administrativo; sumado a todo lo anterior, la falta de necesidad de su existencia en el ordenamiento peruano, al existir ya procesos

¹⁴⁴ la cual se define como el “proceso constitucional que tiene como finalidad que las leyes, decretos legislativos y otras normas con rango de ley (decretos de urgencia, tratados internacionales, resoluciones legislativas, etc.) no contravengan a la Constitución(...)”
(<http://www.tc.gob.pe/procesos/accionesincost.html>)

determinados para el control constitucional de las normas atribuidos al Tribunal Constitucional, como la Acción de Inconstitucionalidad.

Capítulo Quinto

LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO

Recientemente, el Tribunal Constitucional mediante sentencia de fecha 18 de Marzo de 2014 concerniente al Expediente N° 04293-2012-PA/TC, emitió una sentencia cuya relevancia radica en la eliminación del precedente vinculante antes fijado concerniente a la atribución extensiva del Control Difuso de las normas infraconstitucionales a la Administración Pública. Cabe advertir que esta sentencia es un tanto extraña debido a algunas deficiencias por parte del supremo intérprete de la Constitución, deficiencias tanto formales como materiales. Se ha creído conveniente dividir el análisis de la sentencia en “dos historias”; en la primera se expondrá la materia de la cual se ocupa la presente sentencia, y en la segunda se analizará el cambio de criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional con respecto al precedente vinculante en cuestión.

I. Primera historia.

La materia de esta sentencia corresponde a un recurso de amparo interpuesto por el Consorcio Requena contra la primera sala de OSCE, la cual mediante Resolución N° 170-2012-TC-S1, declaró infundado el recurso de apelación presentado por el impugnante, el cual fue descalificado de un concurso público debido a que su ingeniero no

contaba con una copia simple de su título profesional; sin embargo tenía en su poder una constancia de habilitación del colegio de ingenieros del Perú. Después de analizar los fundamentos de ambas partes, el Tribunal concluye que en un supuesto idéntico, la misma Sala había señalado que bastaba la constancia de habilitación para poder seguir en carrera en el concurso público aun cuando las bases hayan solicitado copia del título profesional puesto que es un requisito para obtener la colegiatura en el Colegio de Ingenieros del Perú contar con el título debidamente legalizado y autenticado; dicha constancia había sido presentada por el Consorcio Requena, por lo que en virtud del Principio de Verdad Material, de Legalidad y Congruencia la Sala debió resolver de modo igual¹⁴⁵.

El Tribunal Administrativo del OSCE se aparta de un precedente referencial, vulnerando el derecho de igualdad ante la ley del postor impugnante, principio que exige que un mismo Órgano Administrativo al aplicar una misma ley o una disposición de una ley no lo haga de manera diferenciada o basándose en condiciones personales o sociales de los administrados, esto con la finalidad de evitar resoluciones administrativas arbitrarias, subjetivas y carentes de una base objetiva y razonable que la legitime. Evidentemente esta acción de amparo salió fundada¹⁴⁶, sin

¹⁴⁵ Este pronunciamiento afecta seriamente al Principio de predictibilidad, sobre el cual Gaspar Ariño señala que «la estabilidad es un valor fundamental, pues solo ella genera credibilidad en el sistema y esta resulta imprescindible para generar confianza en los mercados de valores, para dar seguridad liquidez». (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Principios del Derecho Público”. Citado por MARTINEZ ZAMORA, Marco Antonio. “El principio de predictibilidad en las decisiones del Tribunal Contrataciones del Estado”. En: Actualidad Jurídica N° 246, Lima, 2014. P. 42

¹⁴⁶ «el Tribunal Constitucional en el caso consorcio Requena, ha emitido una decisión que resulta altamente relevante en la búsqueda de una mayor homogeneidad en las decisiones del Tribunal de Contrataciones del Estado y, con ello, la reducción de los supuestos de arbitrariedad en la toma de decisiones que involucran el destino de la ejecución de un contrato determinado o, de la pervivencia en el mercado de un postor al que se le imputa la comisión de una infracción». (MARTINEZ ZAMORA, Marco Antonio. “El principio de predictibilidad en las decisiones del Tribunal Contrataciones del Estado”. En: Actualidad Jurídica N° 246, Lima, 2014. 43)

embargo el Tribunal advierte que ya habían transcurrido varios meses desde que se otorgó la buena pro al otro postor y el daño era irreparable, en consecuencia no se podía reponer las cosas al estado anterior, no se podía poner en carrera al postor impugnante para que se abra su propuesta económica y pudiera potencialmente ganar la buena pro¹⁴⁷.

II. Segunda historia

En el fundamento 30, el Tribunal cambia el hilo de la redacción de la sentencia y nos sumerge en una especie de “nueva historia” la cual empieza recordando cuales son las reglas establecidas por él mismo a efectos de construir un precedente¹⁴⁸, seguido a ello, en el fundamento 31

¹⁴⁷ Lo cuestionable de esta resolución es que no señala las consecuencias de esta conducta ilícita por parte de los miembros de la primera sala del OSCE; el apartamiento de su precedente generó un daño en el derecho de igualdad ante la ley para Consorcio Requena, se evidencia una vulneración de sus derechos fundamentales, siendo objetivamente imputable de dicha vulneración la Primera Sala del OSCE; ello sumado al daño patrimonial como por ejemplo el gasto en abogados para llevar el proceso constitucional de amparo; el lucro cesante que implica la pérdida de la posibilidad de ganar un concurso público y tener algún tipo de utilidades; en fin, el Tribunal Constitucional debió establecer en su sentencia alguna salvedad para el postor impugnante como por ejemplo habilitarlo a entablar un proceso por responsabilidad civil contra el OSCE y la Primera Sala de su Tribunal Administrativo. Si el Tribunal Constitucional advierte la irreparabilidad de un derecho fundamental, debería también señalar que hay consecuencias jurídicas para ese accionar, como el proceso por responsabilidad civil, o llevar el caso a la Contraloría para que fije responsabilidades administrativas.

¹⁴⁸ “Fundamento 30: en los expedientes 024-2013-AI/TC Y 03741-2004-PA/TC, se establecieron los seis presupuestos básicos que deben observarse en forma alternativa para establecer un precedente vinculante; a saber: 1. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo aplicando distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios. 2. Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con base a una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de tal

y siguientes, se pronuncia sobre el precedente vinculante fijado por el mismo Tribunal en el Exp. N° 03741-2004-PA/TC, el cual, como recordamos, estableció que «todo Tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente»¹⁴⁹. Es aquí donde radica la importancia de esta sentencia, ya que mediante el desarrollo jurisprudencial de estos fundamentos va a dejar sin efecto el precedente vinculante fijado en el año 2005 por el Tribunal, siendo sus principales fundamentos los siguientes:

En cuanto al aspecto formal manifiesta que «a pesar de haberse fijado las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante en el Exp. N° 00024-2003-AI/TC, las mismas no fueron respetadas cuando se fijó el precedente contenido en el Exp. N° 03741-2004-PA/TC en materia de control difuso administrativo»¹⁵⁰, es decir, formalmente dicho precedente fue fijado de manera incorrecta al no encajar en ninguno de los supuestos planteados por el mismo Tribunal para su establecimiento. Por otro lado, afirma que materialmente dicho precedente vinculante no era correcto, basándose en tres razones fundamentales: (i) la regulación del control difuso revela «la forma en

norma. 3. Cuando se evidencia la existencia de un vacío o laguna normativa. 4. Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto y en donde caben varias posibilidades interpretativas. 5. Cuando se evidencia la necesidad de cambiar o revocar de precedente vinculante. 6. Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución.”

¹⁴⁹ Cfr. Sentencia del 14 de noviembre de 2005 concerniente al Exp. N° 3741-2004-AA/TC .Fj. 16

¹⁵⁰ Cfr. Sentencia del 18 de marzo de 2014 concerniente al Exp. N° 04293-2012-PA/TC. Fj. 14

que deben proceder los jueces y no cualquier otro funcionario público. De modo que los alcances de esta disposición en el mejor de los casos puede ser extensivos a todos los jueces que desempeñen función jurisdiccional, por mandato de la Constitución, pero en modo alguno puede considerarse dentro de tales alcances a los tribunales administrativos». ¹⁵¹ Para reforzar esta idea, se hace mención del fundamento 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00004-2001-AI/TC¹⁵² y en el fundamento 2, 5, 6 y 7 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01680-2005-AA/TC¹⁵³. (ii) El artículo 14° del Texto

¹⁵¹ IDEM. Fj. 15

¹⁵² Sentencia del 9 de enero de 2003 recaída en el Expediente N° 00007-2001-AI/TC.

3. En lo que respecta al primer extremo, el Tribunal estima que la municipalidad emplazada ha incurrido en un evidente exceso, pues la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio, arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable. (énfasis agregado)

¹⁵³ Sentencia del 11 de mayo de 2005 recaída en el Expediente N° 01680-2005-AA/TC.

2. Este Tribunal tiene dicho que el control judicial de constitucionalidad de las leyes es una competencia reconocida a todos los órganos jurisdiccionales para declarar la inaplicabilidad constitucional de la ley, con efectos particulares, en todos aquellos casos en los que la ley aplicable para resolver una controversia resulta manifiestamente incompatible con la Constitución (control difuso). (...)

5. A) Por un lado, el control de constitucionalidad se realiza en el seno de un caso judicial, esto es, luego del planteamiento de un problema jurídicamente relevante que se haya sometido al juez para su dirimencia. (...) El ejercicio de esta delicada competencia efectivamente no puede realizarse fuera del ejercicio de lo que es propio de la función jurisdiccional, pues los tribunales de justicia no son órganos que absuelvan opiniones consultivas en torno a la validez de las leyes. Tampoco órganos que resuelvan casos simulados o hipotéticos, ni entes

Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, establece un «mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso en la resolución de procesos sometidos a su conocimiento»; refiriéndose a la elevación en consulta de dichas resoluciones a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, «lo que en el caso de los tribunales administrativos no ocurre¹⁵⁴, dado que en caso de no ser impugnadas las resoluciones expedidas por los tribunales administrativos en los que se haya aplicado el control difuso, las mismas adquirirían la calidad de cosa decidida, independiente de si el ejercicio de

académicos que se pronuncien sobre el modo constitucionalmente adecuado de entender el sentido y los alcances de las leyes.

6. B) En segundo lugar, el control de constitucionalidad sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez. En ese sentido, el juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso, término este último que no puede entenderse como circunscrito solo a la pretensión principal, sino que comprende, incluso, a las pretensiones accesorias que se promuevan en la demanda o se establezcan en la ley.

7. C) En tercer lugar, y directamente relacionado con el requisito anterior, es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo, pues, de otro modo, el juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio.

¹⁵⁴ En ese sentido, el magistrado Vergara Gotelli amplía los fundamentos de su voto afirmando que «si bien (los tribunales administrativos) podrían aplicar este tipo de control, sólo podría realizarse contra disposiciones infralegales y no legales, pudiendo permitirse sólo dicha aplicación cuando se implementen los mecanismos necesarios tendientes a garantizar una correcta aplicación de dicho control, equiparándose las exigencias que se realizan a los jueces del Poder Judicial, puesto que lo contrario significaría que estos estarían discriminados en sus facultades quedando en una situación de superioridad –en facultades- los Tribunales Administrativos». Asimismo, acerca de la postura que equipara la revisión judicial de las resoluciones administrativas al mecanismo de control de las resoluciones judiciales que apliquen control difuso, el mismo magistrado señala que «el cuestionamiento en sede judicial es independiente del mecanismo de consulta, que resulta la única forma de que un órgano jerárquicamente superior pueda controlar si la inaplicación de la norma ha sido a la luz de la Constitución o si constituye un acto arbitrario del ente administrativo»

tal potestad es conforme o no a la Constitución»¹⁵⁵.(iii) el establecimiento de dicho precedente supuso una afectación al sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución, así como al Principio Constitucional de Separación de Poderes, «dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa.»¹⁵⁶

Una vez expuestas sus razones resuelve dejar sin efecto el precedente vinculante que otorgaba a la Administración Pública la potestad para el ejercicio del Control Difuso de las normas infraconstitucionales, ya que ello «lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo» en base a las consideraciones vertidas para llegar a dicha conclusión.

A) El voto singular del magistrado Urviola Hani

Es importante resaltar el voto singular del magistrado Urviola Hani, quien manifiesta su oposición a dejar sin efecto el Precedente Vinculante en mención, siendo sus principales fundamentos los siguientes:

- 1) *El Tribunal Constitucional ha sostenido que el artículo 138° de la Constitución no puede ser interpretado de modo literal en el sentido que sólo puede ejercerlo el Poder Judicial.*

¹⁵⁵ Cfr. Sentencia del 18 de marzo de 2014 concerniente al Exp. N° 04293-2012-PA/TC. Fj. 15

¹⁵⁶ En esa misma línea, señala que el artículo 118.8 de la Constitución establece que «al Presidente de la República le corresponde ‘ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas’ y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones. De modo que no solo se permitiría que el Poder Ejecutivo ejerza una potestad reglamentaria, sino que también realice la labor de controlar la constitucionalidad, cuando conforme a la Constitución, no le corresponde cuestionarla, sino únicamente acatarla.»

Para tal afirmación se basa en el fundamento 24 de la sentencia del control difuso arbitral¹⁵⁷ basada en el fundamento 9 de la sentencia del control difuso administrativo, los cuales destacan que el artículo 138° de la Constitución no puede ser objeto de una interpretación literal, señalando que «la interpretación de las disposiciones constitucionales utiliza específicos criterios para identificar el respectivo contenido normativo, tales como Unidad de la Constitución (...) y de Concordancia Práctica, entre otros», por ello sostiene que «no es incorrecta, ni arbitraria la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, en la que, a efectos de materializar la fuerza vinculante de la Norma Fundamental, ha establecido precedentes vinculantes para que los tribunales arbitrales o los tribunales administrativos nacionales puedan también ejercer el control difuso.»¹⁵⁸

¹⁵⁷ Sentencia 00142-2011-PA/TC. Fundamento 24. Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; *“por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.º (...), más aún si ella misma (artículo 38.º) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla”* (STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 9).

¹⁵⁸ Cfr. Sentencia del 18 de marzo de 2014 concerniente al Exp. N° 04293-2012-PA/TC. Fj. 29

- 2) *El control difuso norteamericano fue establecido jurisprudencialmente y no mediante una disposición constitucional expresa.*

En este punto explica que el sistema de control difuso que en el Perú se adopta tiene su origen en el *judicial review* norteamericano, el mismo que no nació de una disposición expresa de la Constitución sino de una sustentación jurisprudencial en el famoso caso *Marbury vs Madison* de 1803. En ese sentido, este magistrado entiende que no habría impedimento alguno en que el Tribunal Constitucional, en aras de la defensa de la Supremacía Constitucional, establezca vía jurisprudencial la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas a los Tribunales Administrativos Nacionales¹⁵⁹.

- 3) *Una razón institucional. El TC no puede dejar sin efecto un precedente vinculante sin analizar previamente, cuál ha sido la utilidad o efecto que ha generado en el sistema jurídico, o si existen fórmulas para mejorarlo.*

En este punto explica que durante los siete años en que el Control Difuso estuvo vigente, se formularon diversas opiniones tanto a favor como en contra de dicha figura, así como también se evidenció un incremento progresivo de pedidos por parte de los ciudadanos para que la Administración Pública ejercite el Control Difuso en las normas que consideren vulneran sus derechos fundamentales. En ese sentido, el Tribunal Constitucional «no podía alegar que después de 7 años de dictado el precedente vinculante que establece el control difuso administrativo, ‘no se respetaron las reglas para el establecimiento de un precedente vinculante’, Después de 7 años corresponde analizar cómo se ha venido aplicando dicho precedente, si viene cumpliendo los objetivos para los que fue establecido o si requiere alguna reforma para optimizarlo»¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Al respecto revisar fundamentos 8, 9 y 10 del voto en discordia del magistrado Urviola.

¹⁶⁰ IDEM. Fj.31-32

- 4) *Los fundamentos utilizados para establecer el control difuso administrativo son los mismos que se utilizaron para establecer el control difuso arbitral. Es más, se basó en aquel.*

En este punto vuelve a pronunciarse sobre el fundamento 24 de la Sentencia que estableció el Control Difuso Arbitral¹⁶¹, concluyendo que «si el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes razones para establecer extensivamente el control difuso arbitral, entonces no existe justificación para que se deje sin efecto el control difuso administrativo, que precisamente, contiene las mismas razones e incluso el fundamento de aquel». ¹⁶²

- 5) *No todos son desacuerdos. El problema de la inexistencia de un procedimiento de consulta que revise el control difuso administrativo.*

En este punto concuerda con los otros magistrados en que, a diferencia de lo que ocurre en vía judicial, en vía administrativa no existe un procedimiento de revisión de la aplicación del control difuso por parte de los Tribunales Administrativos Nacionales como es el caso de la elevación en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en sede judicial. Al respecto indica que discrepa de sus colegas en la solución de este problema, manifestando que «la mejor solución no sería eliminar el precedente vinculante sobre el control difuso administrativo, sino por el contrario, mejorarlo, adicionando por ejemplo una nueva regla que incorpore el procedimiento de consulta u otro similar ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la

¹⁶¹ Fundamento 24, Exp. N° 00142-2011-PA/TC: «(...)Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional(...)»

¹⁶² IDEM. Fj. 32

República cada vez que un Tribunal Administrativo Nacional aplique el control difuso sobre una ley, siempre y cuando dicha decisión no sea impugnada judicialmente por las partes». ¹⁶³

III. Análisis del cambio de criterio del Tribunal Constitucional

Una vez expuestos los fundamentos que adoptó el Tribunal para cambiar de criterio, es menester analizarlos a fin de determinar si su planteamiento ha generado tal fuerza de credibilidad para lograr el mayor consenso posible que todo pronunciamiento jurisprudencial debe tener arraigado. Entonces comencemos.

En primer lugar, hace una crítica al aspecto formal de la formulación del precedente vinculante que estableció a la Administración Pública la potestad de ejercer el Control Difuso de las normas infraconstitucionales, manifestando al respecto que dicho precedente no cumplía con las reglas fijadas por el mismo Tribunal para la fijación de tal; sin embargo, se puede advertir que en el presente caso vuelve a incurrir en el mismo error, ya que el establecimiento de este nuevo precedente tampoco se acomodó a ninguna de esas reglas que invoca, generando así una primera incongruencia en esta resolución. En adición a ello, es importante recordar que la justificación de la existencia del precedente vinculante es la estrecha relación que existe entre éste y la controversia planteada, situación que no se da en la presente sentencia, ya que la materia controvertida no trata en ningún momento sobre la aplicación del Control Difuso por parte de la Administración Pública, en este caso la Primera Sala de OSCE, sino se discute el apartamiento de un precedente establecido por dicha Sala en un caso similar trayendo como consecuencia la vulneración del derecho de trato igual ante la ley del demandante. Prácticamente el Tribunal Constitucional se inventa un espacio para construir un precedente vinculante, cayendo en el mismo error formal del que ocupó unas líneas para criticar del precedente que dejó sin efecto.

En cuanto a los fundamentos referidos al aspecto material de dicho precedente expuso básicamente tres: (i) el artículo 138° de la

¹⁶³ IDEM. Fj. 33

Constitución atribuye dicha potestad únicamente a los jueces y no a la Administración Pública; (ii) a diferencia de lo que sucede en vía administrativa, el Control Difuso realizado en vía jurisdiccional está sujeto a un mecanismo controlador de dicho ejercicio, mediante la elevación en consulta a la Sala Social de la Corte Suprema y (iii) otorgar el Control difuso a la Administración Pública supone una afectación al sistema de control dual que caracteriza el ordenamiento peruano y una desnaturalización al Principio de Separación de Poderes, ya que al Poder Ejecutivo sólo corresponde reglamentar las leyes y cumplirlas no cuestionar su constitucionalidad. Después de leer detenidamente dichos fundamentos se puede concluir que, si bien es cierto son correctos en su parte argumentativa, no llegan a generar esa convicción plena que debe caracterizar los pronunciamientos del máximo intérprete de la Constitución; toda vez que, en la sentencia de Salazar Yarlenque el Tribunal Constitucional usó las siguientes razones para fundamentar su decisión de atribuir el ejercicio del Control Difuso a los Tribunales u órganos colegiados de la Administración Pública: (i) la interpretación extensiva del artículo 138° de la Constitución; (ii) la eficacia vertical de los Derechos Fundamentales; (iii) la interpretación “moderna” del Principio de Legalidad y (iv) el caso de Control Constitucional de las normas en la Contraloría General de la República de Chile. De esas cuatro razones, el Tribunal sólo desvirtúa la primera, añadiendo el fundamento de la inexistencia en vía administrativa de un mecanismo de control al ejercicio del Control Difuso de las Normas por parte de los Tribunales Administrativos; motivo por el cual, deja las puertas abiertas a dudar sobre la fuerza argumentativa de los fundamentos no desvirtuados. En ese sentido, el nuevo precedente vinculante aparte de adolecer de vicios en su aspecto formal, materialmente carece de suficiencia argumentativa para generar la mayor convicción posible y consenso que debe caracterizarlo; ello ha sumado a que el debate jurídico sobre este tema, no haya cesado hasta el día de hoy.

IV. Análisis del voto singular Del Magistrado Urviola

Como ya se ha expuesto, el magistrado Urviola emitió un voto singular manifestando su oposición a dejar sin efecto el Precedente Vinculante en mención, fundamentando su posición en cinco razones que, en el presente apartado se analizarán a fin de determinar su corrección o incorrección argumentativa, veamos:

1) Sobre la interpretación no literal del artículo 138° de la Constitución y el Control Difuso Arbitral.

En este punto, el magistrado Urviola hace una comparación entre la extensión del Control Difuso a los laudos arbitrales con la de la atribución de la misma potestad a los Tribunales Administrativos en base a la interpretación del segundo párrafo del artículo 138° de la Constitución; sin embargo no cae en cuenta de que si se hizo extensiva dicha potestad a los árbitros, fue porque ellos tienen expresamente atribuidos el poder de *iurisdictio*,¹⁶⁴ es decir ejercen función jurisdiccional, por lo tanto entran dentro del concepto de jueces previsto en el artículo 138° de la Constitución. En ese sentido, la interpretación que se hace del artículo 138° es por lo que él mismo está expresando en su redacción y no por lo que omite decir (como sucedió con el caso de la Administración Pública), por ello resulta desatinado señalar tal argumento, ya que como ya hemos visto, la atribución de una potestad se da de manera expresa. No está de más recordar que la vinculación positiva a la norma es para particulares pero los principios de las potestades públicas se rigen por una vinculación negativa, sólo pueden hacer lo que la norma expresamente les concede.

¹⁶⁴En efecto, la jurisdicción arbitral ha sido expresamente reconocida en el artículo 139.1 de nuestra Constitución, el cual expresamente indica que «no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (...)».

2) *Sobre el establecimiento jurisprudencial del control difuso norteamericano*

Es cierto que la creación del Control Difuso en Estados Unidos fue vía jurisprudencial, pero se debe recordar que dicha sentencia tenía detrás toda una labor doctrinaria sobre el caso, toda una tradición anglosajona que buscaba mediante todo un trabajo filosófico y jurídico, la primacía de ese *higerlaw* evocado en su momento por el juez Coke; hablamos en todo caso de una circunstancia especial y específica en la que no existía un mecanismo que asegurara la protección de esos derechos inherentes a las personas¹⁶⁵. Ante ello, no es correcto comparar dicha situación con el caso peruano, en donde ya tenemos cimentado un poder constituyente que ha otorgado expresamente al Tribunal Constitucional y el Poder Judicial la responsabilidad de velar por la constitucionalidad de las leyes.

3) *Sobre la falta de análisis de la utilidad del precedente que se ha dejado sin efecto*

Sobre este punto, el magistrado manifiesta que se debió examinar las ventajas o utilidades que durante su vigencia tuvo el Control Difuso Administrativo, sin embargo, y como se verá más adelante, la Administración Pública prácticamente no ejerció tal potestad durante los casi ocho años de vigencia, por lo que este fundamento carece de toda lógica práctica.

4) *Sobre la equiparación de los fundamentos utilizados para establecer el control difuso administrativo y el control difuso arbitral*

Básicamente este fundamento va de la mano con el primero, a lo que agrega el hecho de que el fundamento 24 de la Sentencia que

¹⁶⁵ El control judicial de constitucionalidad de las leyes nació como una técnica que era utilizada exclusivamente por el juez, en ello radica su denominación de control “judicial”, ya que se le otorgó al órgano jurisdiccional la facultad de ser garante de la Constitución. (RAMÍREZ SANCHEZ, Félix Enrique. “El control difuso es exclusividad del Poder Judicial”. En: Actualidad Jurídica N° 246, Lima, 2014.P. 30)

reconoció el ejercicio del Control Difuso a los árbitros fundamenta parte de su redacción en el fundamento 9 de la Sentencia que fijó el Control Difuso en vía administrativa; sin embargo, dicha alusión es para reforzar la razón de fondo, la cual va dirigida en explicar que tal atribución se otorga a los árbitros por ostentar el poder de *iurisdictio* reconocida a todos los jueces.

5) *Sobre la inexistencia de un procedimiento de consulta que revise el control difuso administrativo.*

Por último acepta el problema planteado sobre la inexistencia de un mecanismo que controle el ejercicio de Control Difuso en vía administrativa, afirmando que la solución no es dejar sin efecto dicho precedente sino mejorarlo, incorporando un procedimiento de consulta ante la Sala Social de la Corte Suprema, como lo tiene el Poder Judicial; sin embargo, en base a todas las razones expuestas a lo largo del presente trabajo considero que dicha propuesta no resulta conveniente, y que es inviable y peligroso hacer extensiva una responsabilidad tan delicada como lo es el Control Constitucional de las normas.

Como era de esperarse, no demoraron en alzarse las voces apoyando la postura del magistrado Urviola y criticando el cambio de criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional¹⁶⁶, quienes califican al nuevo precedente fijado como un *'lamentable retroceso para el constitucionalismo peruano'*¹⁶⁷ o como un *'principio esquizofrénico'*¹⁶⁸, incluso se ha llegado a hablar de una *'bipolaridad constitucional'*¹⁶⁹ en referencia a que, a su consideración, en esta sentencia el Tribunal Constitucional de un lado, recuerda a los tribunales u órganos

¹⁶⁶ Al respecto revisar: CAMPOS BERNAL, Heber. “Un Mal Paso”; SUMAR, Oscar. “El Derecho y las Alcantarillas: acerca del control difuso administrativo”; KU YANASUPO, Lily. “Dinosaurios con toga”; entre otros.

¹⁶⁷ KU YANASUPO, Lily. “Dinosaurios con toga”. El Cristal Roto. Lima - 2014

¹⁶⁸ BULLARD GONZALES, Alfredo. “Esquizofrenia”. El Comercio. Lima – 2014.

¹⁶⁹ Web <http://www.ius360.com/editorial/bipolaridad-constitucional-sentencia-del-tc-deja-sin-efecto-el-precedente-vinculante-sobre-el-control-difuso-administrativo/>

administrativos que deben ceñirse a los principios constitucionales, pues deben cumplir los artículos 38° y 51° de la Constitución¹⁷⁰, pero de otro lado, deja sin efecto la base jurisprudencial que les permitía inaplicar normas que entraban en contradicción con la Constitución; ante ello, como ya se ha expuesto líneas arriba, cuando se afirma que la Administración debe actuar con respeto a las disposiciones constitucionales, se hace referencia a esa vinculación positiva a la norma a la que está sujeta como órgano del poder público, es decir sólo puede hacer lo que la norma establece, en su caso actuar bajo los parámetros que la ley le faculta en virtud del Principio de Legalidad, a fin de asegurar el respeto y vigencia del Estado Constitucional de Derecho. Como estas opiniones, nos encontramos con muchas más que, basados en fundamentos que ya han sido desvirtuados, intentan seguir defendiendo su postura a como dé lugar.

V. Aplicación del Control Difuso Administrativo durante su vigencia

Durante los casi ocho años de vigencia del Control Difuso Administrativo, no se ha evidenciado que los Tribunales de la Administración Pública hayan ejercido de manera abundante dicha potestad. De acuerdo a una investigación realizada por Lily KuYanasupo¹⁷¹ se puede evidenciar la veracidad de tal afirmación, describiendo los pocos casos en los que se la Administración utilizó el Control Difuso, un artículo de la página web [“laley.pe”](#), resume el trabajo de investigación de Lily Ku, veamos:

Tenemos en primer lugar al Tribunal del INDECOPI, que mediante Resolución N° 1145-2009/SC1-INDECOPI rechazó la solicitud de un administrado de inaplicar a su caso el artículo 42.1, de la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809, por conculcar el artículo 24 de la Constitución, referido al orden de prelación del pago de la remuneración

¹⁷⁰ Cfr. Sentencia del 18 de marzo de 2014 concerniente al Exp. 04293-2012-PA/TC. Fundamento 35 y 36. Fj. 17

¹⁷¹ YANASUPO KU, Lily. “El control difuso en sede administrativa. ¿Los tribunales administrativos protegen derechos fundamentales?”. Revista Jurídica del Perú. N° 132, febrero de 2012, pp. 25-43

y beneficios sociales del trabajador respecto de las demás obligaciones del empleador. Sobre el particular, se presentó un caso similar al mismo Tribunal quien, Resolución 1709-2010/SC1-INDECOPI analizó la solicitud de Prima AFP de inaplicar a su caso el artículo 42.1 de la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809¹⁷² el cual excluía del primer orden de prelación la comisión cobrada por las AFP por la administración de los fondos pensionarios, ello a su entender contravenía el artículo 24 de la Constitución que establece que «el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador»¹⁷³. Al respecto, el Tribunal de INDECOPI resolvió rechazar tal solicitud indicando que el hecho de que el artículo 42.1 de la Ley General del Sistema Concursal excluya tal cobro se debe a que tal comisión tiene «naturaleza retributiva, es decir no constituye una remuneración ni un crédito a favor del trabajador, sino que se trata de un crédito que mantienen las entidades previsionales frente a los trabajadores.»¹⁷⁴; esto sumado a otros fundamentos hicieron que el Tribunal concluya que no hay contravención alguna con el ordenamiento constitucional y por ende rechazó tal solicitud.

El Tribunal Registral también controló la constitucionalidad de una resolución por afectar el derecho de acceso a la justicia, aunque no precisamente en un caso concreto. En efecto, en la Sesión del Septuagésimo Octavo Pleno del Tribunal Registral realizado en el 2011 se acordó lo siguiente: “Control de constitucionalidad.- se declara inaplicable por contravenir la Constitución Política del Perú el inciso d) del artículo 2 del Reglamento General de Registros públicos incorporado

¹⁷² Artículo 42°.- Orden de preferencia: 42.1 En los procedimientos de disolución y liquidación, el orden de preferencia en el pago de los créditos es el siguiente: Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes previsionales administradas por la Oficina de Normalización Previsional, la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador u otros regímenes previsionales creados por ley, así como los intereses y gastos que por tales conceptos pudieran originarse (...)

¹⁷³ Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 24°.

¹⁷⁴ Resolución 1907-2010/SC1-INDECOPI. Fj. 7

mediante Res. N° 141-2011-SUNARP-SN en el que se señala que la tacha especial regulada en el artículo 43-A será irrecurrible y determina la finalización del procedimiento en sede registral”.

Otra entidad administrativa que realizó el control difuso fue el Tribunal Fiscal. Mediante RTF 000026-1-2007 declaró inaplicable el artículo 8.2. de la Resolución de Superintendencia N° 141-2004/Sunat por vulnerar el derecho de defensa y principio de *reformatio in peius*. Dicha norma se refería a la pérdida del beneficio de gradualidad si quedaba firme y consentida la resolución que establecía la sanción.

Finalmente, el Tribunal de Servir en las Resoluciones N° 195-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala y N° 1281-2011-SERVIR/TSC-Primera Sala declaró no aplicar el artículo 1.2. del Decreto Supremo N° 058-2008-EF y los artículos 1 y 6 del Decreto Supremo N° 114-2010-EF, referidos al reconocimiento de la bonificación del Decreto de Urgencia N° 037-94 solo a los que tenían una sentencia con calidad de cosa juzgada. Para Servir dichas normas lesionaban los derechos a la igualdad ante la ley y a una remuneración equitativa y suficiente.

De lo anotado, se observa que en casi ocho años de vigencia del precedente Salazar Yarlenque, la Administración ha inaplicado en su mayoría normas infralegales, y no de carácter legal. Contadas son las ocasiones en que esta ha verificado la lesión “en un caso concreto” de un derecho fundamental o principio constitucional; y peor aún son pocas las ocasiones en que ha difundido su poder de inaplicar normas cuando lo ha hecho¹⁷⁵. A ello habría que agregar que el trabajo interpretativo que se debe realizar para poder declarar la inconstitucionalidad de una norma es complejo, y ello debido a que las normas no se presentan en el ordenamiento jurídico como “manifiestamente inconstitucionales”, sino que, por el contrario, se encuentran revestidas por una presunción de legalidad (y constitucionalidad); es por ello que será casi imposible toparnos leyes que “nos impidan comer manzanas”¹⁷⁶, es decir

¹⁷⁵ <http://laley.pe/not/1276/los-tribunales-administrativos-no-ejercieron-activamente-el-control-difuso-/>

¹⁷⁶ Cfr. BULLARD GONZALES, Alfredo. “Esquizofrenia”. Diario el Comercio. Lima-2014

manifiestamente inconstitucionales; el control constitucional de las normas es una labor sumamente delicada, la cual no puede estar siendo extendida de manera indiscriminada. Para muestra de ello, vemos que aún existen recelos por los actuales controladores de la Constitución, en especial el Tribunal Constitucional, el cual al no tener órgano alguno que controle sus pronunciamientos y al ser él mismo intérprete y controlador supremo de la Constitución goza de una potestad que si no se ejerce con la mayor prudencia posible se puede generar caos en el ordenamiento jurídico que termine en el llamado *Totalitarismo del Tribunal Constitucional*¹⁷⁷, frase que más que un título de película de terror, es una cuasi realidad que, gracias a la deficiencia argumentativa y de criterio de algunos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, poco a poco va asomando su presencia.

En base a todo lo expuesto, considero que el esfuerzo por tutelar la Supremacía Constitucional dentro de un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro es totalmente válido; sin embargo, atribuir a la Administración Pública la potestad para controlar constitucionalmente una norma legal o infralegal no es un manera acertada de lograr dicho fin, esto básicamente por tres razones: la primera es que teóricamente, según las múltiples razones ya expuestas, la existencia de tal figura en nuestro ordenamiento es imposible, el ejercicio de control constitucional de las normas esta exclusivamente atribuido al Tribunal Constitucional y a los órganos jurisdiccionales pero no para la Administración Pública; en segundo lugar, en la práctica o realidad palpable, hacer extensiva una labor tan delicada a más órganos estatales (en esta caso concreto a la Administración Pública) no hará más que generar incertidumbre jurídica por las diversas -y probablemente contradictoras- interpretaciones que se generarían de una misma norma, lo cual, lejos de potenciar o coadyuvar al fortalecimiento del principio de seguridad jurídica, lo minaría causando graves problemas sobre todo en los administrados; y por último, señalar la falta de necesidad de atribuir a la Administración Pública el ejercicio de esta potestad, al ya existir órganos especializados y procesos determinados encargados de este control constitucional de las normas.

¹⁷⁷ Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. “El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial”. Palestra Editores. Lima-2008. Pp.79 y ss.

CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico peruano ha sido claramente abrazado por la corriente neoconstitucional que, como ya se ha expuesto, erige a la Constitución como norma suprema y vinculante, nacida para limitar el poder y ordenar la vida en sociedad mediante principios y normas intrínsecas a la naturaleza humana, las mismas que el Estado debe promover y proteger. Es en ese sentido, que la tarea de control constitucional encomendada a los comisionados del poder constituyente – es decir al Tribunal Constitucional y a los órganos jurisdiccionales- cobra capital importancia y a la vez se torna sumamente delicada, ya que, de las manos de estos órganos de control, emanarán los lineamientos a seguir por el resto de poderes, surgidos a partir de las concreciones jurídicas que de la norma constitucional abstracta, dichos comisionados hayan realizado.

Por otro lado, es importante resaltar el rasgo sobresaliente de la naturaleza jurídica de la Administración Pública, esto es su subordinación a la Ley reflejado en el Principio de Legalidad, siendo esta última el fundamento de su existencia y la que determine su margen discrecional de actuación, estableciendo facultades y límites a toda la actividad administrativa. Siendo esto así, difícilmente se podría aceptar las propuestas dadas en un primer momento por el Tribunal Constitucional en la sentencia que fijó la figura del Control Difuso Administrativo (y avaladas por opiniones de algunos autores), que

pretendían, bajo una errónea interpretación del principio de supremacía constitucional y unidad constitucional, menoscabar el Principio de Legalidad, desconociendo la fundamental importancia de este último en el ámbito administrativo. Dicha sentencia, si bien se consideró como norma constitucional adscrita, lo fue sólo de manera formal ya que materialmente no se le puede considerar de la misma manera, y esto último debido a la débil y equivocada argumentación de sus fundamentos, los mismos que han sido fácilmente desvirtuados a lo largo del presente trabajo; sumándose a ello razones de forma, como lo fue establecer un precedente vinculante que no guardaba relación ni representaba solución alguna en el caso concreto; así como no generar un consenso mayoritariamente aceptado que es (en principio) uno de los rasgos que debe caracterizar sustancialmente a todo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en especial al que se establezca como precedente vinculante.

Después de analizar las posturas a favor y en contra que sobre este tema se han esgrimido, se llegó a encontrar mayor afinidad con las primeras; sin desmerecer el sustento lógico-jurídico de las segundas, se puede concluir que estas, si bien tienen un correcto punto de partida, como lo es la defensa de la supremacía y unidad constitucional, desembocan en conclusiones equivocadas en su afán de hacer prevalecer sus concepciones ideológicas, a lo cual se adicionan graves consecuencias como la vulneración de varios principios; saltando a la vista el de legalidad, ya que le permitió a algunos Tribunales u órganos colegiados de la Administración desconocer la ley que a su consideración sea manifiestamente inconstitucional y consiguientemente inaplicarla en el caso concreto; ello, no puede ser fácilmente aceptado, ya que –como se explica líneas arriba- la ley es el sustento y motor de toda la actividad administrativa. Asimismo se vulneró el principio de seguridad jurídica, ya que hacer extensiva dicha potestad a la Administración Pública que no cuenta con un órgano revisor y unificador de criterios como lo es la Corte Suprema en el sede judicial, desembocaría en una variedad diferenciada de interpretaciones y concreciones de la norma constitucional por los diferentes órganos administrativos, perjudicando la predictibilidad del Derecho en la solución de controversias en sede administrativa. Esto trae consigo además, la vulneración del principio jerarquía normativa, porque resulta irónico que en el afán de otorgarle a la Administración el ejercicio

de controlar constitucionalmente las normas, se le termine atribuyendo dicho control con menos restricciones que el control difuso en sede judicial.

Aparte de la afectación sustancial de principios fundamentales, también resulta grave preocupante la forma en que el Tribunal Constitucional concretiza preceptos constitucionales para fijar un precedente vinculante, en este caso hizo una interpretación extensiva del artículo 138° de la Constitución para atribuir jurisprudencialmente a la Administración Pública la potestad de control constitucional de las normas. Y decimos preocupante por la razón de que, siendo el Tribunal Constitucional el máximo intérprete de la Constitución, cuyos pronunciamientos que –al menos formalmente- son siempre constitucionales y no son objeto de control posterior de constitucionalidad; se evidencien estos graves excesos de las competencias que tiene atribuidas; todo ello por motivado por el afán de hacer prevalecer las concepciones ideológicas de sus magistrados, estén o no en armonía con los preceptos constitucionales; que como sabemos, en el caso concreto ocurrió lo segundo, ya que desconoció en primer lugar que las potestades se dan de manera explícita en la Constitución y no vía interpretativa o jurisprudencial, así como también obvió el requisito de administrar justicia –o poder de *iurisdictio*- que debe caracterizar al órgano encargado de controlar constitucionalmente las normas, requisito que la Administración Pública no cumple.

Si bien es cierto, el tema quedó -en principio- zanjado por el pronunciamiento del supremo intérprete de la Constitución en la sentencia del 18 de marzo de 2014; sin embargo, vuelve a ser preocupante y seriamente cuestionable la actuación del Tribunal para emitir sus pronunciamientos, ya que vuelve a incurrir en las mismas deficiencias tanto formales como materiales, ya que vuelve establecer un precedente que no tiene relación alguna con el caso concreto y las razones esgrimidas como fundamento de su nuevo pronunciamiento, si bien es cierto son constitucionalmente correctas, no desvirtuaron por completo los fundamentos utilizados en un primer momento para la fijación de dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico; ello conllevó – como era de esperarse- a que se genere de todo menos el consenso característico de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional;

evidenciándose hasta la actualidad posturas contrarias que alimentan cada día más la controversia jurídica en torno a este tema. Esto merece una seria crítica al modo de actuación de los magistrados del Tribunal Constitucional, ya que se está evidenciando serios errores que más allá de la formalidad, generan riesgos innecesarios en nuestra sociedad; motivo por el cual, y de acuerdo a Luis Castillo, se hace necesario un afianzamiento en los magistrados del supremo intérprete de la Constitución sobre la importancia de la labor que cumplen como intérpretes y controladores de la Constitución, que no olviden que es esta última quien ostenta la soberanía del poder y no ellos, debiendo ajustar el margen de su actuación a estos preceptos constitucionales, y así evitar cometer excesos en sus competencias como lo hemos evidenciado en el presente trabajo de investigación; es así que el tema del autocontrol se hace inminentemente necesario en los pronunciamientos que el Alto Tribunal concrete de las normas constitucionales.

Como vemos, todos los razonamientos arriban a un solo puerto, que es el de la desestimación de la viabilidad de un control difuso en sede administrativa; que, por más intentos que se hayan dado por generar una aceptación mayoritaria de dicha figura en nuestro ordenamiento –como se ha expuesto por ejemplo, en la propuesta de introducir la cuestión de inconstitucionalidad del ordenamiento español a nuestro sistema-, las razones no han sido lo suficientemente fuertes como para lograr su cometido; y esto lo podemos evidenciar en el desarrollo que a lo largo de las páginas precedentes se ha hecho de las mismas, rebatiendo cada uno de sus fundamentos argumentativos.

El objetivo de haber profundizado y analizado el tema del Control Difuso en vía administrativa, más que en una exposición detallada de lo que fue y significó esta figura, ha centrado su esencia en generar un aporte jurídico-valorativo encaminado al esclarecimiento del panorama aún nublado por la controversia que hasta la actualidad no ha encontrado un punto de consenso. Así pues, después de los argumentos planteados considero que la figura del control difuso administrativo no encuentra asidero alguno dentro de nuestro ordenamiento jurídico; fundamentalmente porque la Administración Pública no tiene otorgado el poder de *iurisdictio* característico de todo controlador de la constitucionalidad de las normas, así como tampoco tiene atribuida de

manera expresa por la Constitución, la potestad del ejercicio del control difuso. La única manera posible para fijar dicha figura es mediante una reforma constitucional, en donde ambos rasgos sean reconocidos de manera expresa a la Administración y no como erróneamente lo hizo el Tribunal vía interpretativa; sin embargo, es importante resaltar la falta de necesidad de implementar dentro de nuestro sistema jurídico tal figura, que como sabemos busca salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, ya que en nuestro sistema existen varios mecanismos de control constitucional de las normas; así tenemos en primer lugar los controles previos a la promulgación de las leyes, hechas por el propio poder Ejecutivo que dotan a las mismas de una presunción de constitucionalidad; asimismo tenemos el sistema de control dual de constitucionalidad de las normas, atribuidos de manera expresa por la Constitución al Tribunal Constitucional (control concentrado) y a los órganos jurisdiccionales (control difuso); y por último, tenemos una serie de garantías constitucionales que tienen por finalidad salvaguardar los derechos fundamentales del ciudadano, resaltando para el caso concreto la acción de amparo, sobre el cual, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado que no es necesario agotar la vía administrativa para acudir al amparo cuando se pretenda la inaplicabilidad de leyes.

Por último, durante la vigencia de dicha figura jurídica, no se evidenció ningún caso concreto en donde algún órgano colegiado o tribunal administrativo haya ejercido tal potestad, lo cual afianza aun más su falta de utilidad. El Control Difuso Administrativo no es de ningún modo un acierto que ayude a tutelar la supremacía y unidad constitucional, sino que –muy por el contrario- constituye un serio riesgo jurídico que, de ser instaurado nuevamente por un pronunciamiento jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional, podría generar serias vulneraciones en el Estado Constitucional de Derecho en el que vivimos.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Revistas

- ABRUÑA PUYOL, Antonio. “Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano”. Lima: Palestra Editores, 2010
- ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto / MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. “Alcances del control difuso en el ámbito registral” A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional. Palestra Editores: Lima, 2007.
- AMARO CALDAS, Heral Roger. Tesis “La aplicación del Control Difuso en la administración pública, previa aplicación de la cuestión de inconstitucionalidad”. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Mayor de San Marcos. Lima-2011
- ASOCIACIÓN PERUANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. La posición de la Administración Pública frente al control de constitucionalidad de leyes y normas reglamentarias (Comunicado. Agosto de 2005)
- BACA ONETO, Víctor. “La Administración Pública y el control difuso de la constitucionalidad de las leyes en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional peruano”. Gaceta Jurídica N°23: Lima, 2008. P.383.

- BREWER-CARIAS, Allan. *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. estudio de derecho comparado*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1993.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. Palestra Editores. Lima-2007
- BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. “Control difuso y administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?”. En: Revista Jurídica del Perú N° 41: Trujillo, 2002
- CAMARGO ACOSTA, Johan. “Juntos pero no Revueltos: Breves Apuntes en torno a los Sistemas de Control de Constitucionalidad de la Leyes: el adoptado en el Perú y algunos países de Latinoamérica”.
- CARBONELL, Miguel. “Neoconstitucionalismo”. México: Editorial Trotta, 2009.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *“El Tribunal Constitucional y su Dinámica Jurisprudencial”*. Lima: Palestra Editores, 2008.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. “Administración Pública y control de la constitucionalidad de las leyes. ¿Otro exceso del TC?”. Lima: Diálogo con la Jurisprudencia N° 98, 2008.
- CASTILLO CORDOVA, Luis. “Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional”. Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional N°77. Lima, 2014.
- CASTRO AUSEJO, Sheilla. “Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?”. En: Revista de Derecho Administrativo N° 1, Lima: Palestra Editores, 2007.
- CHIRI GUTIERREZ, Isabel. “El Control Difuso del Tribunal Fiscal”. Lima: Palestra Editores, 2008.
- DEL POZO, Claudia. “Control difuso y procedimiento administrativo”. Lima: Palestra Editores, 2005.
- DEL POZO GOICOCHEA, Claudia. “El control de constitucionalidad ejercido por la Administración pública”. Lima: Palestra Editores, 2007.

- ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “El control difuso: su ámbito de acción en el Derecho comparado y sus alcances en el Perú”, en Revista Jurídica del Perú N° 62, Trujillo, 2005.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo. “Los sistemas constitucionales iberoamericanos”. Editorial Dykinson: Madrid, 1992.
- GARCIA DE ENTERRÍA. “Curso de Derecho Administrativo-Tomo I”. Civitas Ediciones: Madrid, 2011.
- GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Administración Pública y la ley”. En: Themis. Revista de Derecho N°40. P 230. Citado por BULLARD GONZALEZ, Alfredo. En: Resolución N° 0259-2005/TDC-INDECOPI del Expediente N° 111-2000/CRP-ODI-CCPL.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”. Civitas, Madrid-1991.
- GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “Tratado de la Administración Pública y del procedimiento administrativo”. Lima: Caballero Bustamante, 2011.
- HAKANSSON NIETO, Carlos. “El proceso de inconstitucionalidad: una aproximación teórica y jurisprudencial”. Palestra Editores: Lima, 2014.
- JELLINEK, Georg. “Teoría General del Estado”. Buenos Aires: Albatros, 1981.
- LOWELL, JEFFREY Y OLIVER, DAWN, "The Changing Constitution", citado por César Landa Arroyo. "Estudio sobre Derecho Procesal Constitucional", Editorial Porrúa S.A. 1a Edición, 2006, México D.E.
- MARIN PAGEO, Encarnación. “La cuestión de inconstitucionalidad en el proceso civil”. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1990.
- MARTINEZ ZAMORA, Marco Antonio. “El principio de predictibilidad en las decisiones del Tribunal Contrataciones del Estado”. En: Actualidad Jurídica N° 246, Lima, 2014.
- MORALES GODO, Juan. “Control difuso por parte de los tribunales administrativos. A propósito de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, de fecha 14 de noviembre de 2005, en el expediente N° 3714-2004-AA/TC”. Lima: Palestra Editores, 2007.

- MORON URBINA, Juan Carlos. “¿Es ahora el Poder Ejecutivo el guardián *in limite* de la constitucionalidad de las leyes?. Lima: Palestra Editores, 2007.
- PANDO VILCHEZ, Jorge. “¿Hacia el control confuso de constitucionalidad?” en *Diálogo con la Jurisprudencia* N° 98, Lima.
- PANDO VILCHEZ, Jorge. *La Administración frente a la Norma Inconstitucional: ¿Control de Constitucionalidad y Control de Legalidad Administrativa?.* Revista Peruana de Derecho Público N° 5 Año 3 Julio-Diciembre 2002
- POZZOLO, Susanna. “Neoconstitucionalismo, derecho y derechos”. Lima: Palestra Editores, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derecho y Proceso*. En: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, “*Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*”. Madrid: AFDUAM N° 5, 2001.
- RAMÍREZ SANCHEZ, Félix Enrique. “El control difuso es exclusividad del Poder Judicial”. En: *Actualidad Jurídica* N° 246, Lima, 2014.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. “Principios de Derecho Administrativo General I – Segunda Edición”. Madrid: Iustel, 2009.
- TIRADO BARREDA, José Antonio. ¿Debe la administración inaplicar una ley por inconstitucional?: tres argumentos en contra del control difuso administrativo. Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo. Lima-2008.
- TIRADO BARREDA, José Antonio. “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la administración pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Editorial Grijley. Lima-2008.
- VANOSSI, Jorge R. “*Introducción a los Sistemas de Control de Constitucionalidad*”. Argentina: La ley 1980
- VALLE Riestra, Javier y otros. *Código Procesal Constitucional*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2010.
- YANASUPO KU, Lily. “El control difuso en sede administrativa. ¿Los tribunales administrativos protegen derechos

fundamentales? Revista Jurídica del Perú. N° 132, febrero de 2012

Jurisprudencia

- Sentencia del 18 de marzo de 2014 concerniente al Exp. 04293-2012-PA/TC.
- Sentencia del 08 de noviembre del 2005 concerniente al Expediente N° 5854-2005-PA/TC.
- Sentencia del 14 de Noviembre de 2005 concerniente al Exp. N° 0024-2003-AI/TC.
- Sentencia del 10 de Octubre de 2005 concerniente al Exp. N° 0024-2003-AI/TC.
- Sentencia del 11 de Mayo de 2005 concerniente al Expediente N° 1680-2005-PA/TC.
- Sentencia del 29 de Julio de 2008 concerniente al Expediente N° 6730-2006-AA/TC.
- Sentencia del 02 de Noviembre de 2006 concerniente al Expediente N° 1690-2005-AA/TC.
- Sentencia del 11 de Mayo de 2005 concerniente al Expediente N° 1679-2005-PA/TC.
- Sentencia del 14 de noviembre de 2005 concerniente al Expediente N.º 3741-2004-AA/TC.
- Sentencia del 18 de marzo de 2014 concerniente al Expediente N° 04293-2012-PA/TC.
- Sentencia del 9 de enero de 2003 concerniente al Expediente N° 00007-2001-AI/TC.
- Sentencia del 11 de mayo de 2005 concerniente al Expediente N° 01680-2005-AA/TC.
- Sentencia del 21 de setiembre de 2011 concerniente al Expediente N° 00142-2011-PA/TC.
- Sentencia del 18 de marzo de 2014 concerniente al Expediente N° 04293-2012-PA/TC.
- Resolución 1907-2010/SC1-INDECOPI.

Documentos Electrónicos

- BULLARD GONZALES, Alfredo. “Esquizofrenia”. El Comercio: Lima – 2014
<<http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/esquizofrenia-alfredo-bullard-noticia-1723738>> (Consulta: 13 setiembre 2014)

- CAMPOS BERNAL, Heber. “Un Mal Paso”. El Cristal Roto. Lima – 2014
<<http://elcristalroto.pe/publico/constitucional/un-mal-paso/>>
(Consulta: 13 setiembre 2014)
- KU YANASUPO, Lily. “Dinosaurios con toga”. El Cristal Roto: Lima, 2014
<<http://elcristalroto.pe/publico/constitucional/dinosaurios-con-toga-otro-precedente-muerto-manos-del-tc-aproposito-de-la-sentencia-que-deja-sin-efecto-el-control-difuso-en-sede-administrativa/>> (Consulta: 13 setiembre 2014)
- LA LEY. “Los tribunales administrativos no ejercieron activamente el control difuso”. La ley: Lima-2014.
<<http://laley.pe/not/1276/los-tribunales-administrativos-no-ejercieron-activamente-el-control-difuso-/>> (Consulta: 15 octubre 2014)
- IUS 360. “¿Bipolaridad Constitucional?: Sentencia del TC deja sin efecto el precedente vinculante sobre el control difuso administrativo. Editorial IUS 360: Lima, 2014.
<<http://www.ius360.com/editorial/bipolaridad-constitucional-sentencia-del-tc-deja-sin-efecto-el-precedente-vinculante-sobre-el-control-difuso-administrativo/>> (Consulta 13 setiembre 2014)
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Control ‘difuso’ y control ‘concentrado’ en el Derecho Procesal Constitucional Peruano”. En: Revista de Derecho PUCP N° 50. 1996, en <http://blog.pucp.edu.pe/item/121387/control-difuso-y-control-concentrado-en-el-derecho-procesal-constitucional-peruano>
(Consulta: 02 de diciembre de 2014)
- SUMAR, Oscar. “El Derecho y las Alcantarillas: acerca del control difuso administrativo”. Blog Gestión. Lima – 2014, en <http://blogs.gestion.pe/menulegal/2014/05/el-derecho-y-las-alcantarillas-acerca-del-control-difuso-administrativo.html>
(Consulta: 02 octubre 2014)