



ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES: ¿OTRO EXCESO DEL TC?

Luis Castillo-Córdova

Perú, noviembre de 2006

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

- Castillo, L. (2006). Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC? *Diálogo con la jurisprudencia*, (98), 31-45.

- Castillo, L. (2007). Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿Otro exceso del TC? En E. Carpio y P. Grández (Coord.), *La defensa de la constitución por los tribunales administrativos: un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional* (pp. 66-99). Lima: Palestra.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia al EXP. 3741-2004-AA/TC del 14 de noviembre de 2005¹, plantea y resuelve una serie de cuestiones todas ellas de singular importancia para la configuración de la Justicia constitucional en el Perú. Sin embargo, y por estrictas exigencias de espacio, este comentario jurisprudencial se destinará a analizar solamente una de esas cuestiones, acaso la de mayor trascendencia e importancia de las que trae la sentencia mencionada. Me refiero a la atribución a la Administración pública de la facultad de examinar la constitucionalidad de las normas y, consecuentemente, de inaplicar aquellas que considera vulneran la Constitución.

Como se sabe, en un sistema en el que la Constitución está llamada a ser el fundamento que sostiene e irradia el entero sistema jurídico, y además, en un sistema en el que la Constitución es un orden valorativo en el que se advierte “el carácter sumamente sucinto y desde luego lapidario y vacío de las declaraciones del texto constitucional”², el cual resulta necesitado de concreciones y determinaciones, la labor del Supremo intérprete de la Constitución debe caracterizarse no sólo por su prudencia, sino también por el hecho que sus decisiones jurisprudenciales deben estar destinadas a crear el mayor consenso posible en la sociedad en general, y en el mundo jurídico (académico y judicial) en particular. No es posible realizar una adecuada y duradera labor de “ordenación y pacificación”³ sin consenso alguno o con un consenso estrecho o fundado en bases endebles. Y qué duda cabe que ningún consenso es posible sin la debida y correcta fundamentación. De modo que si el Tribunal Constitucional es el encargado de establecer (determinar) lo que la Constitución vale, entonces las razones que debe emplear para sustentar una concreta determinación de algún dispositivo constitucional deben gozar de la mayor razonabilidad posible⁴, de manera que genere el mayor convencimiento posible necesario para el mayor consenso posible⁵.

Sin embargo, y como se intentará demostrar en las páginas siguientes, las razones que ha empleado el Tribunal Constitucional en la sentencia que ahora se comenta para resolver la cuestión planteada, no sólo no tienen la suficiente fuerza jurídica como para crear el consenso deseado, sino que además adolece de una serie de deficiencias y puntos débiles que son precisamente el inicio de su crítica y necesaria reformulación. En la medida que la mejor ayuda que se pueda brindar al Tribunal Constitucional es hacerle notar las posibles deficiencias en su argumentación y, consecuentemente, en sus decisiones, no debe caber duda que la finalidad de este comentario jurisprudencial es ayudar lo más posible primero, a la correcta constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano, y segundo, al debido

¹ Sentencia publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 24 de octubre de 2006.

² ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Manuel. *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid 2003, p. 35.

³ Por todas, cfr. EXP. 0206-2005-PA/TC, de 28 de noviembre de 2005, F. J. 37; EXP. N.º 0004-2006-PI/TC, de 29 de marzo de 2006, F. J. 182.

⁴ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, 1ª edición, 2ª reimpresión, Bogotá 2005, ps. 62-65.

⁵ ALEXY, Robert. “La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional democrático”, en *Derechos y Libertades*, n.º 8, 2000, p. 41.



ejercicio de las funciones del Tribunal Constitucional como Supremo intérprete de la Constitución.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La cuestión que resuelve el Tribunal Constitucional y que aquí se analizará consiste, como ya se indicó anteriormente, en determinar si los órganos y tribunales de la Administración pública tienen o no (deben tenerlo o no) atribuida la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes. Como se sabe, dos son los posibles tipos de control de la constitucionalidad de las leyes, uno llamado control concentrado, y el otro control difuso. Es admitido por todos que el primero de los mencionados lo tiene atribuido exclusivamente un solo órgano (de allí su nombre de concentrado), el Tribunal Constitucional. Por el contrario, el control llamado difuso, se caracteriza –entre otros elementos– por no estar depositado en un solo órgano, sino por ser compartido (*difuminado*, por tanto) por órganos distintos. Con esto la cuestión termina de formularse de la siguiente manera: determinar si los órganos y tribunales administrativos pueden ser depositarios del control difuso de la constitucionalidad de las leyes⁶.

III. POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *Respuesta a la cuestión planteada*

El Tribunal Constitucional, en la sentencia que ahora se comenta, ha dado una respuesta afirmativa a la cuestión planteada. Para el Supremo intérprete de la Constitución “la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional”⁷.

Los presupuestos, siempre según el mencionado Máximo Tribunal de la Constitución peruana, que deben presentarse para realizar el control de la constitucionalidad de las leyes son los siguientes: “(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”⁸.

La consecuencia del reconocimiento del control de la constitucionalidad de las leyes a favor de la Administración pública 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, bien por la forma, bien por el fondo”⁹.

⁶ El control constitucional al que se hará alusión en este trabajo está referido de la ley y no de la norma infra legal. Con todo, téngase presente que frente a normas infra legales lo normal es que sea posible un control de legalidad sobre ellas.

⁷ EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, de 14 de noviembre de 2005, F. J. 7.

⁸ Idem, F. J. 50.A.

⁹ Ibidem.

2. Razones que sustentan la respuesta

A la expuesta respuesta del Tribunal Constitucional le siguen razones que pretenden actuar como sustento de la misma. Así, la primera razón que el mencionado Tribunal establece la encuentra en el artículo 138 CP. Según el Supremo intérprete de la Constitución, “si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, 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”¹⁰. Si este dispositivo constitucional se interpretara de modo que el control difuso de la constitucionalidad ahí recogido se circunscribiera solamente a los jueces y, por ende, sólo a los procesos judiciales, entonces no sólo se desconocería “determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica”¹¹, sino que además se daría “una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución”¹².

La segunda razón la encuentra el Tribunal Constitucional en la llamada eficacia vertical de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales acompañan a su titular ahí donde éste se localice. El hombre lleva sus derechos fundamentales cuando actúa como trabajador, como procesado, y –para lo que aquí interesa resaltar– cuando actúa como administrado. El poder político cuando actúe en relación con los particulares, debe respetar los derechos fundamentales de éstos. Por eso apela el Tribunal Constitucional a la eficacia de los derechos fundamentales “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*–”¹³.

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 y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley”¹⁴, es decir, reconociéndoles el *derecho-deber* de realizar el control difuso de la constitucionalidad.

Una tercera razón se ubica en la significación actual del principio de legalidad en sede administrativa. Si anteriormente “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

¹⁰ Idem, F. J. 7.

¹¹ Idem, F. J. 8.

¹² Ibidem.

¹³ Idem, F. J. 10.

¹⁴ Idem, F. J. 11.



ella reconoce”¹⁵. A partir de aquí, concluye el Tribunal Constitucional que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados “de 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*–”¹⁶.

Y, en fin, una cuarta justificación la encuentra el Tribunal Constitucional en el ordenamiento constitucional chileno, en el cual se admite que “un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa”¹⁷.

IV. CRÍTICA A LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *Un punto de partida acertado*

Los puntos de partida del Tribunal Constitucional para resolver la cuestión planteada son acertados; sin embargo, y por desgracia, no puede decirse lo mismo de las consecuencias a las que arriba. Detrás de la posición del Supremo intérprete de la Constitución existe un criterio que es plenamente válido y por todos admitidos: el valor de la Constitución como norma jurídica suprema. En efecto, la Constitución vincula de modo efectivo a sus destinatarios (principio de normatividad)¹⁸; de manera general se ha dispuesto en la Constitución Peruana (CP) que “[t]odos los peruanos tienen el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución” (artículo 38 CP); y en particular referencia al poder político se ha establecido que “[e]l poder del Estado emana del Pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución (...) establece” (artículo 45 CP)¹⁹.

Complemento necesario de que la Constitución sea considerada como una realidad plenamente vinculante, es la consideración de la Constitución como el fundamento (o la cúspide, según se quiera ver) a partir del cual se define la validez del entero ordenamiento jurídico (principio de supremacía de la Constitución)²⁰. Una de las principales consecuencias de esta característica es que en el ordenamiento jurídico peruano en caso se llegue a producir una incompatibilidad entre la Constitución y una ley (u otra norma infralegal), se ha de preferir siempre el dispositivo constitucional: “[l]a Constitución prevalece sobre toda norma legal” (artículo 51 CP)²¹.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Idem, F. J. 13.

¹⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, 3ª edición, 4ª reimpresión, ps. 49–61.

¹⁹ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006 – Tomo II, ps. 885–891.

²⁰ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como...*, citado, ps. 49–61.

²¹ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El carácter normativo fundamental...”, citado, ps. 880–885.

Por lo que es un acierto innegable partir de la consideración de la Constitución peruana como una norma jurídica fundamental para resolver las cuestiones como las que suscita el caso que ahora se comenta. Sin embargo, siendo acertado el punto de partida, la incorrecta aplicación de estos principios acarrea consecuencias sumamente dañinas para el correcto funcionamiento del Estado Constitucional de Derecho, como a continuación se intentará poner de manifiesto.

2. *La Administración pública no es Comisionada del Poder constituyente*

Si la Constitución prevalece sobre la ley y, por ende, sobre las normas infra legales, conviene preguntarse por los mecanismos jurídicos existentes destinados a hacer realidad esta supremacía normativa. Esto nos coloca rápidamente sobre los distintos mecanismos de control jurídico (especialmente constitucional) de la actuación del poder político²². Como bien se sabe, dentro de una comunidad política el poder pertenece al pueblo; y debido a la imposibilidad material de que todo el pueblo se reúna a fin de decidir sobre los asuntos que interesan a todos (a la *polis*), el ejercicio concreto del poder político se ha encargado a un grupo reducido de personas que actúan a través de órganos creados por la norma constitucional. Si el poder no es ejercido directamente por el dueño del poder, entonces es necesario que en beneficio del titular del poder se implementen unos mecanismos que controlen su ejercicio.

En este contexto conceptual, la Constitución se presenta como una realidad normativa que tiene por finalidad la limitación del ejercicio del poder político²³. Esta limitación se efectúa tanto a través del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales (dimensión dogmática de la Constitución), como a través de la *división* de poderes (dimensión orgánica de la Constitución). Conviene resaltar ésta segunda dimensión para afirmar que si la idea es limitar el poder político, resulta absolutamente necesario que ese poder no se localice en unas solas manos. De ahí que al poder político (esencialmente uno e indivisible), se le haya reconocido funciones distintas.

Definida la *función* como la cuota de poder suficiente para cumplir con un deber, en los actuales Estados constitucionales –como el peruano–, se reconocen constitucionalmente las siguientes tres funciones del poder político: la legislativa (Poder legislativo), la ejecutiva (Poder ejecutivo) y la judicial (Poder Judicial). Asimismo, ese poder dividido en funciones encuentra su legitimidad en tanto es ejercido dentro de los cánones previstos constitucionalmente, en particular con aquel que pone de manifiesto la principal exigencia constitucional: la persona humana es el fin de toda realidad política y social, es decir, el poder político debe ser actuado de modo que sea posible conseguir la mayor efectividad de los derechos fundamentales (artículo 1 CP)²⁴.

²² La referencia es a los mecanismos jurídicos, no a los políticos como puede ser los juicios políticos (artículo 99 y 100 CP), las censuras parlamentarias (artículo 132 CP), etc., por infracción de la Constitución.

²³ EXP. N.º 002–2005–PI/TC, de 18 de febrero de 2005, F. J. 7.

²⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El valor jurídico de la persona humana”, en *Revista Galega de Cooperación científica iberoamericana*, número 11 – 2005, ps. 31–40.



Con la finalidad de asegurar el límite (orgánico y dogmático) del poder político a la Constitución, el Poder constituyente ha decidido que debido a que no siempre estará presente, determinados órganos a través de determinados procedimientos y en ejercicio de determinadas potestades, se encarguen de velar por el cumplimiento efectivo de la Constitución. Tales órganos, que se pondrían en funcionamiento una vez el Poder constituyente se replegase, actuarían como Comisionados de éste en la preservación de su obra: la Constitución²⁵.

El principal órgano encargado de controlar la vigencia efectiva de la Constitución como norma suprema es el Tribunal Constitucional (Comisionado mayor del Poder constituyente), como puede comprobarse de los artículos 201 y 202 CP. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional puede anular o inaplicar normas con rango de ley emitidas por el Poder legislativo y por el Poder ejecutivo; puede anular sentencias judiciales emitidas por algún juzgado o tribunal del Poder Judicial que contravenga la Constitución; y, en fin, puede anular cualquier acto administrativo emitido por cualquier órgano del poder político (legislativo, ejecutivo o judicial).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional siendo el principal órgano de control jurídico, no es el único. El órgano judicial se constituye también como controlador de la constitucionalidad del sistema jurídico peruano (Comisionado menor del Poder Constituyente)²⁶. Siendo el menos político de los tres órganos constitucionales de ejercicio del poder (teóricamente, el menos politizable), el Constituyente peruano también le ha encargado a él velar por la efectividad de la Constitución como norma jurídica fundamental. Por esta razón, el Constituyente peruano de modo expreso ha encargado al Poder Judicial el deber de en cualquier proceso *judicial* inaplicar la norma legal o *infra* legal que contravenga la Constitución (artículo 138 CP). La referencia en uno y otro caso, no está formulada para la Administración pública. Ésta no ha sido considerada por el Poder constituyente como órgano que deba velar por la vigencia plena de la Constitución, por lo que se entiende perfectamente que no se le haya atribuido ni potestades ni funciones en este sentido.

Por tanto, la Administración pública quedaría fuera de la consideración como Comisionada del poder constituyente, lo que significa que la Administración pública no tendría atribuida la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes para decidir sobre su aplicación o no en los casos concretos.

3. Interpretación estricta del artículo 138 CP

Sin embargo, la conclusión anterior podría verse modificada si se llegase a argumentar que si bien es cierto la Administración pública no es mencionada expresamente en el artículo 138 CP, debe ser considerada como incluida implícitamente, tal y como lo propone el Supremo intérprete de la Constitución peruana en la sentencia que se comenta. De modo

²⁵ En referencia al Tribunal Constitucional ha escrito García de Enterría, que “[e]s (...) 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”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como...*, citado, p. 198.

²⁶ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El carácter normativo fundamental...”, citado, ps. 900–901.

que la cuestión a resolver ahora puede quedar formulada de la siguiente manera: determinar si puede sostenerse que implícitamente la Administración pública debe ser considerada también como Comisionada del poder constituyente, de manera que deba reconocérsele el poder de juzgar la constitucionalidad de las leyes a fin de decidir ella misma su inaplicación. Como se ha visto, el Tribunal Constitucional es del parecer que sí se puede (y debe) considerar al menos implícitamente la función de control constitucional también a la Administración, pues se debe evitar una interpretación “positivista y formal” del artículo 138 CP. Sin embargo, en este punto es posible afirmar que el llamado control difuso de la constitucionalidad de las leyes no es atribuido a la Administración pública ni tan siquiera implícitamente. Varias razones pueden argumentarse en este sentido.

En primer lugar, lo que el artículo 138 CP está definiendo es una potestad, y dentro de esa potestad y como consecuencia de la misma está disponiendo un deber. La potestad es la de administrar justicia, y el deber es que cuando en el ejercicio de esta potestad ocurra la incompatibilidad entre la Constitución y una ley, el titular de la potestad deberá preferir la norma constitucional. Este deber sólo se entiende dentro de una interpretación sistemática la misma 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 de la Constitucionalidad, ni tan siquiera implícitamente. Esta exigencia es tan cierta que el Tribunal Constitucional se ve obligado a interpretar extensivamente lo dispuesto en el artículo 138 CP, de modo que pueda incluirse a la Administración pública: “si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.º, 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”²⁷.

Es un concepto básico del Derecho Constitucional (y, en general, de todo el Derecho) que aquellas disposiciones que definen potestades, competencias, funciones, facultades, deben ser interpretadas restrictivamente. No existen potestades constitucionales implícitas, ni mucho menos su atribución puede ser consecuencia de aplicaciones análogas de la norma. La separación de poderes –otro concepto básico del Derecho Constitucional–, como elemento fundamental del actual Estado constitucional de Derecho, no permite más que la interpretación estricta de las normas que organizan el poder, dividiéndolo en órganos constitucionales y atribuyéndoles clara y expresamente las correspondientes potestades, facultades o funciones. Como luego se verá, nada sería tan nefasto para el Estado constitucional de Derecho que admitir que determinadas potestades previstas exclusivamente para determinados órganos, puedan ser también titularizadas y ejercitadas por órganos distintos.

²⁷ EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, citado, F. J. 7.



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). No existe la jurisdicción administrativa, de ahí que lo acertado es admitir que en todo caso, la Administración pública tiene atribuidas potestades cuasi-judiciales²⁸. Que no exista una jurisdicción administrativa entendida como potestad jurisdiccional atribuida a la Administración pública, no significa de ningún modo que la jurisdicción judicial sea incompetente para administrar justicia en las relaciones jurídicas en las que una de las partes es la Administración pública. De hecho, las controversias que se generen en este ámbito serán resueltas en la llamada jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 148 CP), que pertenece a la jurisdicción judicial.

Será en esta jurisdicción contencioso administrativa en la que se llevará a cabo plenamente una labor jurisdiccional que tendrá por finalidad velar por la constitucionalidad y legalidad de la actuación de la Administración pública, propensa a la extralimitación debido a los privilegios (especialmente de autotutela) con los que cuenta²⁹. De modo que será en este ámbito (jurisdicción) donde se determine a través del órgano jurisdiccional judicial lo constitucionalmente válido, es decir, se realice una labor de control de la constitucionalidad. Así, esta jurisdicción “no verifica pretensiones previamente a su paso al terreno de los hechos, sino que enjuicia hechos pasados para discernir *a posteriori* su regularidad”³⁰.

En el sistema constitucional peruano, por tanto, la *iurisdictio* es privativa de tres jurisdicciones: la judicial, la militar y la arbitral. De ahí que los términos “proceso” y “jueces” referidos en la segunda parte del artículo 138 CP, no sólo se refiere a la jurisdicción judicial, sino también a la jurisdicción militar y a la arbitral. De esta forma, el llamado control difuso de la constitucionalidad de las normas podrá ser realizado dentro de un proceso judicial, militar y arbitral por los jueces judiciales, los jueces militares y los jueces arbitrales (árbitros). En ningún caso puede interpretarse aislada y extensivamente el artículo 138 CP para atribuirle a la Administración pública la función jurisdiccional, y, consecuentemente, en ningún caso puede considerarse que la Administración pública tiene atribuido el control de la constitucionalidad de las leyes y la posibilidad de inaplicar las que ella misma considere inconstitucionales.

4. Quiebra del Estado constitucional de Derecho

De lo dicho se puede apreciar claramente que lo inconstitucional precisamente es considerar que la potestad de administrar justicia incumbe también a la Administración pública y, consecuentemente, atribuirle a ésta el referido control difuso de la constitucionalidad de las leyes. Con esto se ingresa a la segunda razón para negar la atribución incluso implícita del

²⁸ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General*, 15ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 19.

²⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Editorial Centro de estudios Ramón Areces S. A., Madrid 1990, ps. 56–62.

³⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás–Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 10ª edición, Civitas, Madrid 2000, p. 523.

control de la constitucionalidad de las normas a la Administración pública. Como se ha adelantado antes, uno de los pilares de todo Estado de Derecho es precisamente la separación de poderes. El Estado de Derecho 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. El cumplimiento efectivo de la organización constitucional del poder político es la primera exigencia para poder hablar al menos de la existencia material y real de un Estado de Derecho.

Nada más que ruina y caos en el Estado Constitucional de Derecho puede obtenerse de interpretar extensivamente los dispositivos constitucionales orgánicos que definen potestades y facultades con los consecuentes deberes que de ahí se deriven. Esto en buena cuenta no haría más que aniquilar uno de los más sólidos sustentos de todo Estado de Derecho: la separación de poderes. Y si no, piénsese un momento en la ruina y caos que se desprenderían de admitir que por el hecho de que la Constitución es norma jurídica y además fundamental, debe vincular a la Administración pública al punto de que deberá reconocérsele el deber de inaplicar las leyes que el funcionario u órgano administrativo considere son inconstitucionales. Así, la Administración pública se adjudicaría potestades del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional juzgando la validez constitucional de las leyes, y convirtiendo en fórmula hueca la presunción de validez de las normas emitidas nada menos que por el Parlamento, órgano constitucional de representación del titular del poder político.

En este contexto 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. No es difícil pensar en lo fácil que le resultaría a la Administración deshacerse de sus obligaciones legales con el sencillo recibo de la inconstitucionalidad de la ley, lo cual conduciría a vaciar de contenido al principio de legalidad³¹, reconocido además como principio constitucional por el Tribunal Constitucional³².

No debe confundirse, sin embargo, el principio de normatividad y supremacía de la Constitución, con la facultad (deber) de controlar la constitucionalidad de las leyes. Es cierto que la Constitución vincula también a la Administración pública, pero de aquí no se concluye que tenga atribuida la competencia para establecer con valor jurídico que determinada ley o norma se ajusta o no al texto constitucional. En referencia a la Administración pública, el encargado de definir lo constitucionalmente válido es el Tribunal Constitucional y los tribunales del Poder Judicial. Precisamente por eso es que, como se adelantó ya, las

³¹ Sobre la significación del principio de legalidad sobre la actuación de la Administración pública, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, citado, ps. 431-485.

³² Por todas cfr. EXP. N.º 4232-2004-AA/TC, de 3 de marzo de 2005, F. J. 48; y EXP. N.º 03448-2005-PA/TC, de 1 de julio de 2005, F. J. 13.



cuestiones que se deriven de la actuación de la Administración pública, serán resueltas en la jurisdicción contenciosa administrativa (Poder Judicial) o, en su caso, a través de los respectivos procesos constitucionales (Poder Judicial y Tribunal Constitucional) que determinan lo que es y no es constitucional.

Cuando el Tribunal Constitucional o los jueces del Poder Judicial, como Comisionados del Poder Constituyente establecen determinaciones de los mandatos abiertos y valorativos de la Constitución, entonces esas determinaciones vinculan a la Administración pública en el ejercicio de sus funciones. Son estos órganos jurisdiccionales los que determinarán lo constitucionalmente válido, y la Administración pública, en tanto está vinculada a la Constitución, deberá ser consecuente con las decisiones jurisdiccionales (a través de sentencias) de los jueces del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.

En este contexto debe ser interpretado el artículo III del Título preliminar de la Ley del Procedimiento administrativo general, en la cual si bien se dispone que la actuación de la Administración deberá conducirse “con sujeción al ordenamiento constitucional”, 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”³³

Lo constitucionalmente válido no lo define la Administración pública. El propio poder constituyente ha establecido los mecanismos y órganos de control de la constitucionalidad de las normas, y entre ellos no figura la Administración pública. Es más, esto es así al punto que sí ha reconocido expresamente que la actuación de la Administración estará sujeta a control judicial y constitucional por parte del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Precisamente la Constitución ha establecido la existencia de estos órganos que controlan la actividad de la Administración, no sólo para vigilar su ajustamiento a la legalidad, sino también –y especialmente– a la constitucionalidad, en la medida que es posible que en un caso concreto la Administración resulte finalmente aplicando una norma verdaderamente inconstitucional. Por eso es verdad que “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”³⁴, pero no se acierta cuando se reconoce “el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley”³⁵, pues no es a la Administración Pública a la que le compete esta labor.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás–Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, citado, p. 34.

³⁴ EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, citado, F. J. 11.

³⁵ *Ibidem*.

Por tanto, es fundamental para hablar de Estado Constitucional de Derecho que las potestades propias del poder político sean ejercitadas sólo por los órganos habilitados constitucionalmente para ello. La Administración pública no tiene atribuida la *iurisdictio* y, consecuentemente, no se le ha reconocido la facultad de evaluar la constitucionalidad de las leyes y, por tanto, tampoco tiene la facultad de inaplicarlas. Es verdad que la Constitución como norma jurídica fundamental vincula a la Administración pública, pero esto no significa que la Administración se convierta en controladora de la constitucionalidad, por el contrario, significa sencillamente que la Administración está vinculada a las determinaciones de los mandatos constitucionales que establezcan los órganos con la competencia para ello. El Tribunal Constitucional no puede alterar el reparto de potestades efectuado por el Poder constituyente, al cual –no debe olvidarse– debe obediencia. La salvación de la Constitución sólo puede efectuarse desde la misma Constitución, y no a sus espaldas, y no desde luego socavando los basamentos propios de todo Estado de Derecho.

5. Aplicación de la Administración pública de criterios jurisprudenciales sobre la constitucionalidad

Las consideraciones del apartado anterior podrían sugerir razones en contra de lo que aquí se viene sosteniendo. Sin embargo, una contestación a estas razones es posible, y la contestación misma –como se argumentará inmediatamente– constituye la tercera razón para sostener que ni tan siquiera implícitamente está reconocido en el sistema constitucional peruano la potestad de la Administración pública para controlar la constitucionalidad de las leyes.

En efecto, podría sostenerse que si bien la Administración pública se vincula a la Constitución no a través de sus propios juicios de constitucionalidad porque es radicalmente incompetente para ello, sino a través de los juicios de constitucionalidad que emitan tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial, entonces cuando éstos Comisionados del poder constituyente inapliquen leyes al caso concreto por considerarlas inconstitucionales, la Administración pública estará también obligada a inaplicar esas mismas leyes cuando se den las mismas concretas circunstancias. De esta forma, la Administración finalmente llegaría a inaplicar leyes.

Sin embargo este argumento puede ser contestado de la siguiente manera. Lo que de fondo está en discusión es la atribución a la Administración pública de la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes, de modo que si la tiene atribuida podrá realizar juicios propios de constitucionalidad que desemboquen en la inaplicación de leyes calificadas por la Administración misma como inconstitucionales. Aquí se llevan dadas (y se darán algunas más inmediatamente) una serie de razones para sustentar que la Administración pública no tiene atribuida esta potestad, sino que este control jurídico de la constitucionalidad está atribuido al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial.

Cuando estos órganos constitucionales realizan el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, el resultado es una ley que no ha sido derogada (que está vigente, por tanto) que existe irremediabilmente vinculada a un criterio jurisprudencial de inaplicación concreta de



la misma por vulnerar alguna norma de la Constitución. Lo que está vigente no es sólo la ley, está vigente la ley junto a un criterio hermenéutico determinado. El Tribunal Constitucional o los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial al establecer la inaplicación de una ley por inconstitucional, lo que han hecho es desterrar por inconstitucional una posible interpretación de la ley. Esa interpretación, por tanto, no forma parte ya del ordenamiento constitucional ni legal y por ello no podrá ser aplicada por ningún operador jurídico en el futuro. Por este motivo, no se pierde razón cuando se afirma que la tarea de los órganos y tribunales judiciales “se ha hecho mucho más esencial para interpretar y completar la legalidad”³⁶, por lo que “[l]as exigencias de seguridad y claridad, antes referidas sólo a las leyes, se extienden en el Estado constitucional (...) a la jurisprudencia”³⁷.

Así, el órgano o tribunal administrativo que rechaza una determinada interpretación y aplicación de una ley, no está llevando a cabo un control de la constitucionalidad de la ley con la consecuente inaplicación de la misma. Lo que está haciendo es aplicando un criterio jurisprudencial de alguno de los Comisionados del Poder Constituyente que han determinado que una ley no puede ser interpretada de determinada forma. Dicho con otras palabras, la Administración pública no puede realizar determinaciones constitucionales (decir en el caso concreto lo que significa un dispositivo constitucional), pero sí puede y debe aplicar las realizadas por los órganos constitucionalmente habilitados para ello, en la medida que esas determinaciones definen no sólo el orden constitucional sino también el legal.

Por tanto, que la Administración se encuentre vinculada a la Constitución (norma jurídica fundamental) no significa que ella puesta innovar el ordenamiento jurídico (constitucional o legal), sino que se ha de sujetar a las concreciones o determinaciones constitucionales que realicen los órganos jurisdiccionales con el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes. Cuando éstos órganos inaplican una ley, lo hacen en determinadas circunstancias, dentro de las cuales concluyen un criterio jurisprudencial al que la Administración queda vinculada. Y cuando la Administración aplica ese criterio, no está definiendo lo constitucionalmente válido, está aplicando un modo de interpretar la ley que lleva precisamente a su inaplicación en unas concretas circunstancias, en las definidas por el criterio jurisprudencial.

6. *¿Control de la constitucionalidad por los particulares?*

Una cuarta razón para negar que la Administración pública tenga atribuido incluso implícitamente el control de la constitucionalidad de las leyes y, por ende, la facultad de inaplicarlas, viene relacionada con el ámbito de los llamados procesos privados. Como se ha concluido anteriormente, en la Constitución peruana sólo se ha reconocido la jurisdicción judicial, la militar y la arbitral. En estas jurisdicciones es posible, por tanto, hablar de “jueces” y “procesos”. Sin embargo, éstos no son los únicos ámbitos en los que es posible encontrar un órgano de decisión (que haga las veces de “jueces”), o una secuencia de actos encaminados a la toma de una decisión (que haga las veces de “proceso”); sino que esto

³⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Thomson – Civitas, Madrid 2004, p. 326.

³⁷ *Ibidem*.

puede igualmente verificarse en el ámbito administrativo y en el ámbito privado. Así, es posible hablar de órganos y procedimientos administrativos, y de órganos y procedimientos privados. Estos últimos, como se sabe, son procedimientos que tienen lugar en el seno de una persona jurídica privada, a través de los cuales órganos de ésta (Junta general, Gerencia, Directorio, etc), resuelven cuestiones internas de la institución o cuestiones que atañen a alguno de sus miembros en relación con la institución³⁸.

Pues bien, si el Tribunal Constitucional pretende extender a la Administración pública la potestad de administrar justicia y, consecuentemente, el deber de inaplicar leyes, deberá hacer lo mismo hacia los particulares, porque 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. Con otras palabras, si el Tribunal Constitucional pretende considerar que la Administración pública es Comisionada del Poder constituyente para así atribuirle funciones de control constitucional, entonces deberá reconocer que los particulares son también Comisionados del poder constituyente y debería reconocerles también la capacidad de inaplicar una ley que –según su propia consideración– sea calificada de inconstitucional.

En efecto, como se ha visto propone el Supremo intérprete de la Constitución, debido a que la Constitución es norma que vincula al poder político, y debido a que la Constitución está por encima de la ley, la Administración pública (poder político a fin de cuentas), tendría la facultad de decidir si una ley es o no constitucional, y si la considera inconstitucional, tendría el deber de inaplicarla. Este mismo razonamiento puede (debería) efectuarse respecto de los particulares inmersos en procesos privados. Debido a que la Constitución vincula a los particulares (artículo 38 CP), éstos podrán evaluar una ley que atañe al proceso privado y decidir no aplicarla por inconstitucional, al estar la Constitución por encima de la ley. De esta forma, o se admite que tanto la Administración pública en los procesos administrativos como los particulares en los procesos privados tienen la potestad de inaplicar leyes, o se niega esta facultad a ambos.

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.

Se ha de insistir en que sostener que la Administración pública y los particulares no tienen atribuida la potestad de controlar constitucionalmente las leyes y, consecuentemente, al

³⁸ Muy significativos son los procesos privados sancionatorios en el seno de una asociación, un club, etc, respecto de los cuales el Tribunal Constitucional ha manifestado con acierto que debe desenvolverse según unas exigencias propias del debido proceso. Por todas y recientemente cfr. EXP. N.º 03359–2006–AA/TC, de 29 de agosto de 2006, F. J. 4.



negarles la capacidad para desvincularse de las leyes que consideren inconstitucionales, no significa ni negar la existencia de leyes realmente inconstitucionales, ni que no se pueda hacer nada contra su vigencia efectiva. Sin duda que se debe conseguir que las leyes inconstitucionales no lleguen a tener vigencia alguna en el ordenamiento jurídico, para lo cual o se inaplicarán o se declarará su inconstitucionalidad con efectos derogatorios. Pero determinar cuando una ley es inconstitucional y llegar a establecer jurídicamente ya sea su inaplicación o su derogación, no le corresponde ni a la Administración pública ni a los particulares. Existen otros órganos a los que se le ha atribuido esa potestad: el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Nuevamente aparece el principio de la separación de poderes para reafirmar la exigencia constitucional que cada órgano del poder ejerza sólo aquellas potestades (facultades y consecuentes deberes) que el Constituyente haya decidido atribuirles.

Por tanto, pretender hacer extensiva a la Administración la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes, exige necesariamente extenderla tanto que alcance también a los particulares. No existe razón ninguna para reconocer ésta potestad a una sí y a otros no cuando para ambos la Constitución se presenta como norma jurídica fundamental efectivamente vinculante, y tanto en el ámbito administrativo como privado es posible hablar de órganos de decisión y de proceso. Sin embargo, bien pronto se cae en la cuenta de que si se procede a reconocer a ambos el control de la constitucionalidad de las leyes, se habrá desnaturalizado la función de Comisionados del Poder constituyente que tienen atribuido tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial.

7. *Vulneraciones manifiestas*

Esto que se acaba de decir se ha de mantener aún pensando en el supuesto de leyes que violen manifiestamente la Constitución. En efecto, se podría pensar que el hecho de exigir como requisito para la inaplicación de la ley que se trate de una ley manifiestamente inconstitucional –como lo exige el Tribunal Constitucional en la sentencia que se comenta– salvaría las objeciones presentadas a la admisión de la potestad de control constitucional por parte de la Administración pública. Se puede pensar que la permisión del control constitucional sólo será posible en aquellos casos en los que no exista duda sobre la inconstitucionalidad de una ley. En estos supuestos, se pensará, es constitucionalmente exigible la inaplicación de la ley, por así exigirlo los principios de normatividad y supremacía constitucionales.

Sin embargo, cuando se ha dicho aquí que la potestad jurisdiccional (la atribución de la *iusdictio*) no corresponde a la Administración, por lo que tampoco le corresponde la función de evaluar la constitucionalidad de una ley, ni tampoco la facultad de inaplicar una ley considerada inconstitucional, se ha hecho referencia a una cuestión de atribución de competencias. Tomando en cuenta la ya mencionada definición de *función* como la atribución de un poder para lograr el cumplimiento de un deber, se debe afirmar que la Administración pública no tiene el poder para controlar la constitucionalidad de las leyes, por lo que no se le puede reconocer el cumplimiento del deber de inaplicar las mismas. Y esto ocurre al margen de que sea o no manifiesta la inconstitucionalidad de una ley.

Adicionalmente, no debemos engañarnos y esperar leyes manifiestamente inconstitucionales como aquella que disponga –por ejemplo– la prohibición de que personas de color puedan tramitar licencias de funcionamiento de locales comerciales, o que dispongan la imposibilidad de que personas analfabetas puedan presentar recursos administrativos. Sería vano esperar que el legislador aprobara leyes de este tenor. Hoy en día las inconstitucionalidades no se dan de manera clara e incontrovertible. Si la Constitución es un orden abierto de valores³⁹, indeterminado y determinable⁴⁰, entonces será cualquier cosa menos algo claro que una ley sea inconstitucional. Así, en buena cuenta, termina por reconocerlo el mismo Tribunal Constitucional, al exigir para el pretendido reconocimiento del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración, el que “la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución”⁴¹. Estamos siempre ante una o más posibles interpretaciones, lo que conlleva a una situación distinta a lo claro, manifiesto e incontrovertible.

Muy por el contrario, si esperamos que las leyes que son inconstitucionales lo sean de la manera descrita, entonces nos habremos introducido en los predios de la más vergonzosa ingenuidad y, por tanto, de la más terrible desconexión con la realidad. Y en esa nebulosa de irrealidad se terminarían posicionando quienes pretenden sostener el control de la constitucionalidad de las leyes a la Administración por tratarse de supuestos de *manifiesta vulneración de la Constitución*. Tanta desconexión con la realidad se manifiesta que no les permitirá percatarse de la enorme y peligrosísima puerta que se termina abriendo a la desvinculación de la ley, incluso de la ley constitucional, por parte de la Administración pública (e incluso de los particulares); más allá de la complejidad que sin duda generará la constatación de que lo manifiesto para uno no lo es necesariamente para otro.

Y en fin, si la inconstitucionalidad de las leyes son hoy en día oscuras y necesitadas de una actividad hermenéutica (más o menos compleja, según los casos), y si pensamos que jueces del Poder Judicial, e incluso magistrados del Tribunal Constitucional no se destacan precisamente por el empleo de las herramientas adecuadas para determinar lo constitucionalmente válido, mucho peor será con funcionarios cuya preparación –precisamente por no tener atribuida la *iurisdictio*– no es especializada en el ámbito de la función jurisdiccional.

V. ALGUNAS RAZONES FINALES

1. *Eficacia vertical de los derechos fundamentales*

Según se vio, entre las razones que ha invocado el Tribunal Constitucional para sustentar la pretendida facultad de la Administración pública para inaplicar leyes supuestamente

³⁹ En referencia al ámbito alemán, cfr. CRUZ, Luis. *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada 2005, en particular capítulo III (ps. 97–127).

⁴⁰ Como bien se ha escrito, “[e]l juez que aplica principios es, pues, un arquitecto con instrucciones bien precisas acerca de cuáles son los parámetros del estado de cosas que debe diseñar, pero con apenas instrucciones respecto del diseño concreto. SERNA, Pedro (director), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2ª edición, Comares, Granada 2005, p. 5.

⁴¹ EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, citado, F. J. 50.a.



inconstitucionales, se encuentra la eficacia vertical de los derechos fundamentales. El razonamiento sería sencillo: los derechos fundamentales vinculan a la Administración, por lo que ésta en su actuación no podrá vulnerar los derechos fundamentales de los administrados, de modo que si una ley le obliga a realizar algo que contravenga el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, la Administración debería inaplicarla. Todos los argumentos en contra presentados hasta ahora sirven para rechazar este argumento del Tribunal Constitucional.

Es verdad que las normas de la Constitución que reconocen derechos vinculan también a la Administración pública. Incluso es verdad que la Administración pública (como parte del poder político) tiene la obligación de promover las condiciones para hacer efectiva la plena vigencia de los derechos fundamentales (como consecuencia de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales)⁴². Pero estas verdades no justifican que se trastoque la organización constitucional del poder y se habilite a determinado órgano a ejercer facultades que no le corresponden por haber sido asignadas por el Constituyente a otros órganos constitucionales. La Administración pública se vincula a la Constitución y propicia el pleno ejercicio de los derechos fundamentales dentro de un marco constitucional que no define ni determina ella. Este marco constitucional viene dibujado por las decisiones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial según corresponda.

Esto quiere significar, entre otras cosas, que la Administración pública deberá conducirse según toda ley vigente cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada o admitida en los órganos jurisdiccionales correspondientes; y deberá conducirse también según toda ley vigente cuestionada constitucionalmente y unida a criterios constitucionales de interpretación y aplicación (o inaplicación) definidos también por los órganos jurisdiccionales en los correspondientes procesos de cuestionamiento. En esta línea debe interpretarse el artículo III del Título preliminar de la Ley de procedimiento administrativo general, de modo que si bien es cierto que la Administración debe actuar de forma que garantice los derechos fundamentales de los administrados, también es cierto que ella no define cual es el contenido constitucionalmente protegido de los mismos. Son otros órganos los encargados de hacerlo, y la Administración se vincula a la Constitución vinculándose a las determinaciones constitucionales que los referidos órganos establezcan en el ejercicio de sus potestades.

Una vez más se ha de insistir en que la Administración pública no tiene atribuida la potestad para determinar o concretar lo que es y no es constitucionalmente válido. Esto es así al punto que cuando la amenaza de violación efectiva de un derecho fundamental por parte de la Administración pública ocurra de forma manifiesta y de inminente realización, entonces se podrá acudir directamente al amparo constitucional, ya que en estos casos “no es preciso

⁴² CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Principales consecuencias de la aplicación de la doble dimensión de los derechos fundamentales”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, volumen 7, 2003, ps. 183–195.

transitar ante los tribunales administrativos, dado que se trata de órganos sometidos al principio de legalidad”⁴³.

2. *El principio de legalidad en el Estado constitucional*

Se puede apreciar cómo el Tribunal Constitucional arrancando de dos puntos de partida válidos, arriba a conclusiones de muy dudosa constitucionalidad. Esto mismo se nota en la afirmación acertada del Supremo intérprete de la Constitución de que en los Estados constitucionales actuales (como es el caso peruano), la ley vale en el marco de la Constitución y de los derechos fundamentales, y no a la inversa como ocurría anteriormente con el Estado legal de Derecho⁴⁴: “el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales”⁴⁵. Siendo acertada esta afirmación, nuevamente sería un error pensar – como lo hace el Tribunal Constitucional– que esto habilita a reconocer a la Administración pública la potestad de inaplicar leyes fruto de un examen de constitucionalidad, “examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad”⁴⁶.

Se debe recordar una vez más 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.

3. *Referencia al derecho comparado*

Y una final referencia, esta vez al derecho comparado. Sin duda que resulta útil echar una mirada a lo regulado en ordenamientos constitucionales de otros países y a lo resuelto por sus jurisdicciones constitucionales sobre una determinada cuestión. De ahí se puede obtener importantes experiencias y valiosísimos criterios a tomar en consideración en la solución de una determinada cuestión. Sin embargo, esta utilidad desaparece cuando el Derecho al que se acude presenta una regulación distinta a la del Estado en el que se presenta la cuestión que se intenta resolver, como es lo que ocurre en el caso peruano en referencia al Derecho chileno.

En efecto, mientras que en el ordenamiento constitucional peruano no es posible sustentar que la Administración pública tiene atribuida la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes, en el ordenamiento constitucional chileno expresamente se ha reconocido a un

⁴³ EXP. N.º 1266–2001–AA/TC , a los 9 días del mes de septiembre de 2002, F. J. 5.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en CARBONELL, Manuel. *Neoconstitucionalismo(s)*, Editorial Trotta, Madrid 2003, ps. 13–29.

⁴⁵ EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, citado, F. J. 15.

⁴⁶ *Ibidem*.



órgano administrativo concreto, la Contraloría General de la República de Chile, la facultad de controlar preventivamente la legalidad de la actividad de la Administración, y la constitucionalidad de algunos actos de la Administración, especialmente de naturaleza normativa. Así, respecto del principio de legalidad se ha establecido en la Constitución chilena 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” (artículo 88). Mientras que el análisis de constitucionalidad se manifiesta “con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución” (artículo 89)⁴⁷.

Dos razones, pues, hacen inservible la invocación que del caso chileno efectúa el Tribunal Constitucional peruano para sustentar su posición. Primera, que 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 segundo, que 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. No se trata, como pretende hacer el Tribunal Constitucional en el caso peruano, de la atribución extensiva e implícita de una potestad a los órganos administrativos.

VI. POSTERIOR ACLARACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *Contenido de la aclaración*

Cuando este comentario jurisprudencial había sido prácticamente terminado, el Tribunal Constitucional publicó el día 6 de noviembre de 2006 en el Diario oficial “El Peruano”, una resolución aclaratoria de la sentencia al EXP. N.º. 3741–2004–AA/TC. En esta resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional vuelve a recordar principios constitucionales como la vinculación de todos a la Constitución (artículo 38 CP), la supremacía de la norma constitucional (artículo 51 CP), y el deber estatal de garantizar la plena vigencia de los Derechos Humanos (artículo 44 CP). Adicionalmente, recuerda el Supremo intérprete de la Constitución el deber de las autoridades administrativas de respetar la Constitución (artículo IV.1.1 Título preliminar de la Ley del Procedimiento administrativo general), y la

⁴⁷ Según la ley orgánica que regula la Contraloría General de Chile, ésta tiene por objeto, entre otros, “llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General” (artículo 1). En este sentido, “[e]l Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, representará la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer” (artículo 10). Aunque adicionalmente “el Contralor General podrá eximir a uno o más Ministerios o Servicios del trámite de la toma de razón de los decretos supremos o resoluciones que concedan licencias, feriados, y permisos con goce de sueldos, o que se refieran a otras materias que no considere esenciales” (artículo 10).

nulidad de los actos administrativos que contravengan la Constitución y las leyes (artículo 10 Ley del Procedimiento administrativo general)⁴⁸. En buena cuenta, recuerda el Tribunal Constitucional que la Constitución es norma jurídica fundamental⁴⁹, por lo que sería un error considerar que “la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad”⁵⁰.

A partir de aquí, se reafirma el Tribunal Constitucional en 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”⁵¹, pero precisa 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”⁵². Además aprovecha el mencionado Tribunal para establecer requisitos adicionales a la procedencia de lo que llama *control difuso administrativo*: “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. (...) 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 (...); o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional”⁵³.

2. Crítica a la resolución aclaratoria

A) En estricto no es una aclaración

Una valoración crítica de la resolución aclaratoria obliga a formular al menos los siguientes dos generales juicios de valor. El primero es que en estricto no estamos ante ninguna aclaración, sino ante una extensión de la sentencia al EXP. N.º 3741–2004–AA/TC. Como se puede concluir de una atenta lectura de la resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional modifica –aunque por desgracia no en lo esencial– su criterio jurisprudencial al redefinir los entes de la Administración que a su entender podrán realizar control difuso de la constitucionalidad. Ya no se trata simplemente del “tribunal u órgano colegiado de la

⁴⁸ Resolución aclaratoria a la sentencia del EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, resolución del 13 de octubre de 2006, F. J. 2.

⁴⁹ Idem, F. J. 3.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, citado, F. J. 50.a.

⁵² Resolución aclaratoria, citada, F. J. 4.

⁵³ Idem, F. J. 7.



administración pública”⁵⁴, sino sólo de algunos de ellos, aquellos en los que concurren elementos ni tan siquiera aludidos indirectamente en la sentencia objeto de aclaración. Así, se trata de órganos y tribunales administrativos que, primero, deben impartir justicia administrativa; segundo, deben tener carácter nacional; tercero, deben estar adscritos al Poder ejecutivo; y cuarto, deben tener por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados. Igualmente, son criterios totalmente nuevos, que no se concluyen directamente de la sentencia aclarada, los vinculados a la exigencia de que la inaplicación de la ley inconstitucional por parte del órgano administrativo debe haberse producido a petición de parte.

Aquí sólo se ha de hacer notar rápidamente las contradicciones en las que incurre el Tribunal Constitucional al exigir determinados requisitos. Por ejemplo, si se reconoce que los órganos colegiados y los tribunales de la Administración tienen atribuida la facultad del control difuso, ¿por qué predicarlo sólo de aquellos que “imparten justicia administrativa con carácter nacional”? ¿Qué tienen unos que no tengan los otros? Otro ejemplo, si los órganos y tribunales de la Administración tienen atribuida la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes, ¿por qué circunscribir esa potestad sólo a procedimientos que “tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados”?

Si ya es de dudosa constitucionalidad, como se ha dicho y se reiterará inmediatamente, que los órganos administrativos tengan atribuida la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes, no sólo mucho más dudoso sino totalmente arbitrario (el Tribunal Constitucional no manifiesta razón alguna para ello) sería reconocer que sólo determinados órganos en determinados supuestos tienen atribuida la mencionada potestad de control constitucional. Si el Tribunal Constitucional quería evitar que la Administración pública aplicase leyes inconstitucionales porque eso –a su entender– “no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica (...); sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución”⁵⁵, no cabe duda que se ha equivocado frontalmente de solución, porque habrá un amplio ámbito (órganos o tribunales de alcance no nacional, o procesos que no tengan por finalidad atribuir derechos) en el que la Administración estaría condenada a aplicar leyes inconstitucionales.

B) Validez de la crítica formulada en los apartados anteriores

El segundo juicio de valor general es que al permanecer la cuestión de fondo, a saber, la atribución a la Administración pública (tribunales administrativos y órganos colegiados) de la potestad de administrar justicia y, consiguientemente, la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes, y con ella, la facultad de inaplicar leyes, permanece también la validez de todas las objeciones y críticas formuladas a lo largo de este trabajo.

⁵⁴ O incluso de la Administración pública misma: “Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública”. EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, citado, F. J. 6.

⁵⁵ Idem, F. J. 8.

No volveré a referirme a ellas, simplemente conviene volver a poner de relieve tres consideraciones. La primera, que en sentido riguroso los órganos de la Administración pública no tienen atribuida la potestad de administrar justicia. Como ya se argumentó, en todo caso puede hablarse de jurisdicción judicial, militar y arbitral, pero no administrativa (artículo 139.1 CP). Esto no quita que exista una jurisdicción encargada de juzgar las relaciones jurídicas en las que una de las partes es la Administración pública. Esa jurisdicción es la judicial, en el ámbito que constitucionalmente recibe el nombre de contencioso administrativo (artículo 148 CP). Aunque el Tribunal Constitucional hable de “jurisdicción administrativa”, ésta en realidad no se verifica en el ámbito de la Administración pública, sino en el de la jurisdicción judicial. No hay *iurisdictio* en el ámbito de la Administración pública, por lo que no existe atribuida a ella potestad ninguna de control de la constitucionalidad, ergo, no puede inaplicar leyes cuya inconstitucionalidad haya sido determinada por el propio órgano o tribunal administrativo⁵⁶.

La segunda es que no se desconoce el principio de supremacía y normatividad de la Constitución por no aceptar que la Administración pública tenga atribuida la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes. Como también se argumentó oportunamente, una cosa es la vinculación de la Administración a la Constitución, y otra bien distinta reconocer que ésta tiene atribuido el control de la constitucionalidad de las leyes. La Constitución vincula a la Administración al punto que ésta debe respetar la atribución de funciones y potestades efectuada por el Constituyente. Ya se argumentó aquí que la Administración pública no puede ser considerada como Comisionada del Poder constituyente. De modo que no es a la Administración (a ningún tribunal ni órgano colegiado de la Administración) a quien le corresponde determinar y concretar los mandatos abiertos e indeterminados de la Constitución, en particular, a la Administración no le corresponde definir el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

Y la tercera es que, también como se explicó anteriormente, la vinculación de la Administración pública a la Constitución si bien no significa reconocerle la potestad de control constitucional, sí significa que debe someterse plenamente a los juicios y criterios jurisprudenciales que hayan sido formulados por los órganos constitucionales con la potestad de realizar control constitucional (Tribunal Constitucional y Poder Judicial). Así, si una ley ha sido cuestionada en su constitucionalidad en un proceso ordinario o en un proceso constitucional, y el órgano jurisdiccional correspondiente la ha inaplicado de modo que ha anulado una posible interpretación de la ley, el órgano o tribunal administrativo (todo órgano o tribunal administrativo, al margen que tenga o no carácter nacional), debe aplicar el criterio jurisprudencial, pues si bien es cierto la ley continúa vigente, sigue vigente pero acompañada siempre del criterio jurisprudencial de inaplicación por el que se define que determinada interpretación de la ley en determinadas circunstancias es inconstitucional.

⁵⁶ Recuérdese la crítica efectuada a la exigencia de inconstitucionalidad *manifiesta*.



Por eso acierta de pleno el Tribunal Constitucional cuando manifiesta que los órganos y tribunales administrativos no deben aplicar “una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional”⁵⁷, ni cuando se “contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional”⁵⁸. Si bien se trata de un acierto al establecer esta vinculación a lo decidido por el Tribunal Constitucional, yerra el Supremo intérprete de la Constitución al llamarla “control difuso administrativo”, pues lo que hace el órgano administrativo no es enjuiciar constitucionalmente la ley pues ya está enjuiciada, sino que aplica la ley vigente interpretada tal y como lo ha hecho el encargado de formular determinaciones y concreciones constitucionales; adicionalmente yerra al vincular la actividad de los órganos de la Administración sólo a las determinaciones que realice el Tribunal Constitucional, olvidándose que los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial actúan también como Comisionados del poder constituyente y, por tanto, realizan también determinaciones constitucionales.

Dentro de este mismo contexto, el Tribunal Constitucional vuelve a acertar cuando afirma que los órganos o tribunales administrativos “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”⁵⁹. Al reconocimiento de este acierto, nuevamente, se ha de recordar que cuando el órgano o tribunal administrativo aplica una ley cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional o por los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, la aplica no porque el órgano o tribunal administrativo haya realizado el juicio de constitucionalidad, sino porque se trata de una ley respecto de la cual los órganos con potestad para ello han concluido su constitucionalidad aplicativa.

En uno y otro caso se ha de insistir en que la Administración pública (ninguno de sus órganos o tribunales) no tiene atribuida la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes. Esta potestad la tienen atribuida otros órganos, señaladamente el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, de manera que la Administración pública debe sujetarse a los juicios de constitucionalidad que éstos realicen. Por tanto, cuando la Administración pública (cualquiera de sus órganos o tribunales) no aplican una ley enjuiciada como inconstitucional dentro de determinadas circunstancias por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, no está aplicando control difuso de la constitucionalidad, sino sencillamente está aplicando la normatividad vigente. Y es que, como ya se explicó, si el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial establecen que es inconstitucional determinada interpretación de una ley en determinadas circunstancias, significa que esa ley sigue estando vigente, pero incorporando en su normatividad el criterio hermenéutico de inaplicación en determinadas circunstancias por inconstitucionalidad. Por eso, como

⁵⁷ Resolución aclaratoria, citada, F. J. 7.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Idem*, F. J. 8.

también se explicó antes, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial ayudan a definir el ordenamiento legal al definir el alcance constitucional de una ley.

VII. VALORACIÓN FINAL

En este comentario jurisprudencial sólo se ha analizado uno de los criterios jurisprudenciales establecido por el Tribunal Constitucional como precedente de obligado cumplimiento: el reconocimiento a la Administración pública del deber de inaplicar leyes consideradas por ella misma como inconstitucionales. A lo largo de estas páginas se ha intentado poner al descubierto las falencias que trae consigo tanto este criterio jurisprudencial, como las razones empleadas para su justificación y las peligrosas consecuencias no avistadas por el Tribunal Constitucional.

Una valoración final, sin embargo, se impone como necesaria a la crítica realizada aquí. Ya en otra oportunidad puse de manifiesto una serie de riesgos que lleva implícita la justicia constitucional en un Estado constitucional⁶⁰, en particular el riesgo de excesos en los que podía incurrir el Tribunal Constitucional como Supremo intérprete de la Constitución. La cuestión era sencilla de presentar, aunque extremadamente compleja en su gravedad: si la Constitución es un orden abierto de valores que requiere de concreción y determinación, y si el Tribunal Constitucional se configura como máximo órgano de concreción y determinación constitucional, entonces él es quien en buena cuenta dice lo que significan los dispositivos constitucionales, en particular, los que reconocen derechos fundamentales. Se presenta pues un gravísimo riesgo en la labor de determinación constitucional: que el Tribunal Constitucional incurra en excesos. Así, se corre el riesgo que el Supremo intérprete de la Constitución no interprete ni aplique la Constitución, sino que termine imponiendo el deseo de cómo sean las cosas, o la cosmovisión o la ideología mayoritaria o incluso unánime de sus circunstanciales miembros. Por eso se concluía la necesidad de autocontrol por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional al momento de definir lo constitucionalmente válido en un caso concreto, autocontrol que tiene su principal fundamento el hecho de que el Tribunal Constitucional no es el Poder constituyente, de modo que la Constitución se configura en su primer límite.

Frente a la pregunta de si en el caso que se ha analizado el Tribunal Constitucional se ha conducido o no con la prudencia requerida dentro del siempre difícil camino de la concreción y determinación constitucionales, muchas más son las razones que apuntan en la dirección de no haberlo hecho. Y no se trata simplemente de compartir o no los argumentos del Tribunal Constitucional, se trata de haber advertido que ellos son jurídicamente endebles cuando no incorrectos, que conducen a situaciones no sólo que rozan la inconstitucionalidad material (es muy dudoso que atribuyendo el control de la constitucionalidad a órganos y tribunales de la Administración se mantenga intacto el principio de separación de poderes), sino que además manifiestan confusiones (confundir el principio de normatividad fundamental de la Constitución, con la potestad de control de

⁶⁰ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 149, abril 2006, ps. 133–139.



la constitucionalidad), o contradicciones (decir que se desea consolidar la normatividad de la Constitución evitando que la Administración aplique leyes inconstitucionales, y sólo reconocer control difuso a determinados órganos administrativos en determinados procesos), o arbitrariedades (reconocer que los órganos y tribunales de la Administración tienen atribuida la potestad de controlar la constitucionalidad de las leyes, y sin manifestar razón alguna sólo circunscribirlo después a órganos y tribunales de alcance nacional que tengan por finalidad declarar derechos fundamentales), cuando no crean gratuitos e importantes peligros jurídicos (abrir la puerta a la desvinculación legal de la Administración con el fácil recibo de la inconstitucionalidad de la ley), que no se entienden en sí mismos, y mucho menos si vienen generados por el Máximo comisionado del Poder constituyente. Todas estas razones no hacen sino colocarnos delante de otro exceso del Tribunal Constitucional.