



Aníbal Quiroga León (Perú)*

¿El control difuso administrativo?

RESUMEN

El trabajo estudia la aplicación del *control difuso o judicial review* previsto en la Constitución peruana para el Poder Judicial en sede administrativa, sea en cuanto a que actos administrativos tengan efectos frente a terceros o a que sus efectos resulten aplicables al administrado en un procedimiento administrativo, conforme a un precedente vinculante del Tribunal Constitucional. Analiza la competencia o capacidad de un ente administrativo para aplicar el control difuso en sede administrativa, sobre el supuesto de que dichos actos sean ilegales o inconstitucionales a juicio del ente, de conformidad con las reglas sustanciales y procesales dictadas por el Tribunal Constitucional. Para ello hace un estudio sumario y comparado de las principales características del control difuso y del control concentrado como modelos de control constitucional, así como las facultades y características de los llamados *precedentes vinculantes* de un tribunal constitucional.

Palabras clave: tribunales constitucionales, control de constitucionalidad, competencia de tribunales, efecto vinculante, garantías constitucionales, jerarquía de las normas, common law, Constitución política, jurisprudencia comentada, Perú.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Arbeit befasst sich mit der Durchführung der in der peruanischen Verfassung für die Verwaltungsgerichtsbarkeit auf der Grundlage von verbindlichen verfassungsgerichtlichen Präzedenzfällen vorgesehenen gerichtlichen Überprüfung oder Judicial Review von Verwaltungsakten, die entweder Dritte betreffen oder Auswirkungen auf die Betroffenen von Verwaltungsvorgängen haben. Sie analysiert die Kompetenz bzw. Fähigkeit von Verwaltungsgerichten zur Durchführung der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungseinheiten, wobei sie von der Annahme ausgeht, dass die genannten Akte nach Auffassung des Gerichts in Übereinstimmung mit den vom Verfassungsgericht niedergelegten inhaltlichen und verfahrensrechtlichen Regelungen gesetzes- oder verfassungswidrig sind. Dazu nimmt sie eine zusammenfassende

* Profesor Principal de la Facultad de Derecho y ex director de la revista *Derecho PUC* de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex vocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador becario del Unidroit (Roma). Ex director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Secretario Ejecutivo del Centro de Investigación de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO). Abogado en Ejercicio.

vergleichende Betrachtung der wichtigsten Komponenten der Überprüfung durch ordentliche Gerichte sowie der konzentrierten Überprüfung im Sinne von Modellen zur Verfassungskontrolle vor und geht auf die Wirksamkeit und die Charakteristika der sogenannten verbindlichen Präzedenzfälle aufgrund von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ein.

Schlagwörter: Verfassungsgerichte, Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit, Kompetenz der Gerichte, bindende Wirkung, von der Verfassung garantierte Freiheitsrechte, Normenhierarchie, Common Law, Verfassung, kommentierte Rechtsprechung, Peru.

ABSTRACT

This paper studies the application of the *diffuse control* or *judicial review* established in the Peruvian Constitution for the judiciary by an administrative court, either when administrative acts apply to the parties to an administrative proceeding, or when they impact third parties, in conformity with a binding precedent of the Constitutional Court. It analyzes the competence or capacity of an administrative agency to implement this diffuse control through an administrative court, on the assumption that such acts are illegal or unconstitutional in the opinion of the agency, pursuant to substantive and procedural rules provided by the Constitutional Court. The paper includes a comparative summary of the main characteristics of this diffuse control and of concentrated control as models of constitutional control, as well as the elements and characteristics of the *binding precedents* of a constitutional court.

Keywords: constitutional courts, constitutional control, court jurisdiction, binding effect, constitutional safeguards, rule hierarchy, common law, political Constitution, annotated jurisprudence, Peru.

Por lo tanto, la autoridad otorgada a la Corte Suprema por la Ley de Organización Judicial de los Estados Unidos (sección 13, Judiciary Act de 1789, modificada en 1801) para emitir órdenes directas de ejecución de conductas a funcionarios públicos, no parece estar respaldada por la Constitución, y hasta se hace necesario preguntarse si una competencia así conferida puede ser ejercida.

[...]

Hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo de limitar un poder ilimitable por naturaleza.¹

¹ Chief Justice John Marshall, caso *Marbury vs. Madison*, Writ of Mandamus, Suprema Corte de los Estados Unidos, 24 de febrero de 1803.

1. Introducción

En el curso del siglo XX, el artículo XXII del Título preliminar del Código Civil de 1936 (D) fue la primera norma positiva en el Perú que estableció:

Artículo XXII. Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera.

Esta disposición, poco entendida y mal estudiada, tuvo como antecedente el artículo 148 del proyecto de Constitución de 1925, de la llamada *Comisión Villarán*. Casi no tuvo aplicación judicial, ni generó una jurisprudencia o ejecutoria sostenible ni destacable. No fue entendida por los civilistas y ni estudiada por los constitucionalistas de entonces.

Más tarde, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (D) reiteró este mismo principio, estableciendo para ello un trámite procesal vigente para todo tipo de procesos y ante toda instancia judicial sin distinción:

Artículo 8°. Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de Segunda Instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad.

Tampoco esta previsión tuvo gran auge ni fue práctica usual en sede judicial. Sin embargo, nadie señaló o discutió la posibilidad de que tal principio y tal potestad estuviera fuera del sistema judicial o del Poder Judicial.

Es recién con la Carta Constitucional de 1979 (D), en su artículo 236, que este reiterado principio constitucional adquiere rango constitucional, al tiempo que ya no aparece considerado en el vigente Código Civil de 1984. Cabe señalar que dicha norma en la Constitución de 1979 (D) está sistemáticamente ubicada en el capítulo IX del título IV, denominado “Del Poder Judicial”, y que a la letra señalaba:

Artículo 236. 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.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1992, hoy vigente en Texto Único Ordenado, reiteró el trámite procesal de su antecedente en su numeral 14, reglamentando de este modo lo previsto en el artículo 236 de la Carta Constitucional de 1979 (D), y que la fecha se encuentra vigente.

Artículo 14. De conformidad con el artículo 236.^o2 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fuera impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Actualmente la Constitución de 1993, en vigencia, mantiene la previsión constitucional del control difuso de la constitucionalidad de las leyes en sede judicial, en la segunda parte del artículo 138, el primero del capítulo VIII, “Poder Judicial”, que dice:

Artículo 138^o. [...] En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera.

Finalmente, y del mismo modo, ya en el siglo XXI, el Código Procesal Constitucional, que dejó vigente el artículo 14 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, regula la institución en dos de sus numerales, el artículo VI de su Título preliminar y el artículo 3 de su texto,³ los cuales señalan a la letra:

Artículo VI. Control difuso e Interpretación Constitucional. Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez⁴ debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución [...].

Artículo 3.^o Procedencia frente a actos basados en normas. Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma. Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que ha entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte

² Léase el artículo 138, 2.^a parte, de la Constitución Política de 1993.

³ En su versión modificada por la ley 28946, de 24 de diciembre de 2006.

⁴ Entendido por juez constitucional el juez de los procesos constitucionales, a cuyo ámbito se refiere en aplicación el Código Procesal Constitucional, como indica la interpretación sistemática de los artículos I, II, III y IV del título preliminar del Código Procesal Constitucional.

Suprema de Justicia de la República, si no fueren impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno. En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece [...].

Así la cosas, el 14 de noviembre de 2005 el Tribunal Constitucional expidió sentencia de fondo en la causa 3741-2004-AA/TC, una causa de amparo constitucional interpuesta por don Ramón Hernando Salazar Yarlenque, y en la que fijó como *precedente vinculante* la interpretación extensiva del artículo 138 de la Constitución en vigencia, señalando que también correspondería esta facultad-potestad a los órganos colegiados y tribunales administrativos. En su concepto e interpretación, tal facultad-potestad también se extendería a dichos órganos de la administración pública por cuanto:

[...] si bien el artículo 138° de la Constitución 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.⁵

Esta sentencia mereció una sentencia aclaratoria que la complementara, dictada en resolución de 13 de octubre de 2006, recaída en el mismo proceso, en la cual se precisa que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública a los que ha hecho referencia solo son aquellos que imparten “justicia administrativa” con “carácter nacional”,⁶ adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.⁷

Siendo ese el estatus actual de la cuestión, y tal el *precedente vinculante* determinado por el Tribunal Constitucional, debe mencionarse que, además, consta el *precedente vinculante* contenido en la sentencia recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC (fundamento 7), así como en calidad de jurisprudencia sin carácter vinculante, pero con pleno valor jurisprudencial, las recaídas en el expediente 1383-2001-AA/TC (fundamento 16), en el expediente 0010-2005-PI/TC (fundamentos 52, 64, 66 y 67), en el expediente 1680-2005-PA/TC (fundamentos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9) y en el expediente 2502-2005-PHC/TC (fundamentos 13, 14, 15 y 16).

⁵ Véase el fundamento 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 2005, expediente 3741-2004-AA/TC.

⁶ Creemos que el Tribunal Constitucional se quiso referir a que tengan o ejerzan *competencia nacional*, ya que la expresión “carácter nacional” no parece la más acertada ni la más técnica para la materia a la que se refiere.

⁷ Fundamento 4 de la sentencia aclaratoria de 13 de octubre de 2006, expediente 3741-2004-AA/TC.

2. Premisa del estudio

El presente estudio analiza la aplicación del *control difuso*, previsto en la Constitución para el Poder Judicial, en sede administrativa; sea en relación con actos administrativos que tengan efectos frente a terceros o cuyos efectos sean aplicables al administrado que dio inicio al procedimiento administrativo de que se trate conforme a un precedente vinculante del Tribunal Constitucional; al tiempo de analizar la competencia y/o capacidad de un ente administrativo para aplicar el control difuso en sede administrativa, con relación al ordenamiento jurídico nacional y a los actos administrativos emitidos por otras instituciones del sector público, sobre el supuesto de que dichos actos sean ilegales o inconstitucionales a juicio del ente administrativo de que se trate.

3. Desarrollo

El *control difuso*, también denominado *revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes* o *judicial review*, es considerado en la doctrina del derecho procesal constitucional uno de los sistemas de control constitucional vigentes en el derecho occidental. Por ello también recibe la denominación de *sistema americano de control constitucional*.⁸

Como su nombre y definición lo indican, es un sistema de control constitucional de las leyes o normas legales de carácter general que, al ser aplicadas en la sentencia de un proceso judicial real, de verdadera controversia, genera dudas en la interpretación del juzgador respecto de su constitucionalidad. Por ello, el juzgador judicial recibe la autorización —y el poder— de desvincularse del poder jurídico de dicha norma legal y lograr su inaplicación para el caso concreto (la norma seguirá en vigencia en el ordenamiento jurídico de que se trate), resolviendo la controversia con otras normas legales vinculadas o conexas, o con principios constitucionales aplicables a dicho caso concreto.

Este sistema de control constitucional, de control difuso o sistema americano, nació en forma pretoriana en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en 1803, al sentenciarse el ahora célebre caso *Marbury vs. Madison*, en una *Writ of Mandamus*.

Poco más de cien años después, Hans Kelsen aportaba en Europa (Austria, Baja Sajonia, Alemania, etcétera) la creación del Tribunal Constitucional como base del *sistema concentrado de control constitucional*, *sistema europeo* o *control ad hoc de la constitucionalidad de las leyes*.

En principio, ambos sistemas son profundamente antagónicos, y los países se agrupan siguiendo uno u otro modelo. Así, donde hay sistema difuso suele no haber sistema concentrado, y viceversa. La peculiaridad en el sistema jurídico del Perú, a partir de la Constitución de 1979, es que contiene los dos sistemas a la vez, en lo que se ha venido en llamar *sistema mixto de justicia constitucional* (Quiroga) o sistema dual de justicia constitucional (García Belaunde).⁹

⁸ Aníbal Quiroga León: *El derecho procesal constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional. Ensayos*, Lima: ARA, 2005.

⁹ *Ibidem*.

Por ello es que en su día, Fix-Zamudio señaló:

En tal virtud, si examinamos en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano es necesariamente difuso, incidental, especial, declarativo; y viceversa el que califica como autónomo, es decir, el austriaco, es concentrado, principal, general y constitutivo.¹⁰

Hoy, sin embargo, dado el auge del derecho procesal constitucional, y su innegable desarrollo, Fix-Zamudio sostiene:

Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el Tribunal Federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada Certiorari, [...], pero [que] se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional ya que la mayoría por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos, por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo que se llama *stare decisis*, de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee efectos generales (indirectos) pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.¹¹

Por ello es que en los últimos tiempos, a raíz de polémicas decisiones del Tribunal Constitucional, se han difundido y puesto en discusión las características y los alcances de lo que la doctrina del derecho procesal constitucional denomina *control difuso*, *judicial review*, *sistema americano* o *revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes*, así como de lo que se ha denominado *sistema concentrado* o *sistema europeo* de justicia constitucional.

Ambos sistemas se crean en momentos diferentes, y por razones diferentes. Luego, responden a criterios diferentes y a diferentes concepciones, por lo que no parece adecuado hacer respecto de ellos un trasiego conceptual que termine desvirtuando la esencia de cada uno de ellos. Para este efecto, desarrollaremos los principales aspectos conceptuales de ambos sistemas, aparentemente incompatibles entre sí, a fin de

¹⁰ Héctor Fix-Zamudio: *La justicia constitucional en América Latina y la declaración general de inconstitucionalidad*, disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/703/3.pdf>.

¹¹ Héctor Fix-Zamudio: *Introducción al derecho procesal constitucional*, Querétaro: FUNDAP, 2002.

perflar sus contornos para comprender mejor el conjunto del sistema peruano y la situación planteada.

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el *órgano de control de la Constitución*. Esto significa que la Constitución peruana de 1993, en vigencia, al consagrar su existencia dentro del título V “De las Garantías Constitucionales”, ha optado de manera clara por el denominado *control ad hoc* de la constitucionalidad, también conocido como el *modelo europeo* o de *justicia constitucional concentrada*,¹² con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el máximo órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control: 1) la interpretación de los postulados constitucionales, en cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligante a sí mismo y a todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos, y b) como consecuencia de esta tarea interpretativa, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la nación, teniendo en cuenta que, como ha sostenido la antigua doctrina del derecho constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo es la *fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional*; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño premoderno.

En el Estado moderno de derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, según una clásica definición de Kaegi, donde el gran lema de lucha del Estado constitucional —hoy más vigente que nunca— ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario *Government by men*, transformado en el democrático y jurídico *Government by laws* actual.¹³ Entonces, la Constitución no es solo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que es precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *lex superior* o la *higher law*.

Así, resulta evidente que la primera de las tareas del Tribunal Constitucional será definir y delimitar sus propias facultades, de modo tal que para sí mismo tenga claro el alcance de su poder de control y frente a los poderes del Estado y la Nación entera tenga definido el límite de sus poderes de control. Esto es, corresponde al Tribunal Constitucional, de acuerdo con esta misma premisa de ser el intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes*, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones conferidas por la Constitución.

¹² Héctor Fix-Zamudio: *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1968)*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968.

¹³ Kaegi y Von Ihering, citados por Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1985, pp. 49 ss.

El Tribunal Constitucional se halla definido, como se ha dicho, en el artículo 201 de la Constitución, que en su primera parte permite distinguir tres atributos:

- a. ser el órgano del control constitucional;
- b. ser autónomo e independiente, y
- c. estar compuesto por siete miembros, denominados *magistrados del Tribunal Constitucional*, con un mandato de cinco años no renovable en lo inmediato.

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

En su tercera parte la Constitución se ha preocupado de establecer que los magistrados del Tribunal Constitucional gozan de inmunidad personal y de las mismas prerrogativas para el ejercicio de su función que aquellas reconocidas a los congresistas de la República. Asimismo, señala que los alcanzan las mismas incompatibilidades y que el mandato del magistrado constitucional no es susceptible de reelección para un periodo inmediato.

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

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

- a. La determinación en instancia única de que una ley, o norma con rango de tal, así como las normas regionales de alcance general u ordenanzas municipales, debe ser derogada erga omnes por contravenir la Constitución en la forma o en el fondo (esto es, por ser incompatible con el alcance de la interpretación que el Tribunal Constitucional haya hecho de un principio o postulado de la Constitución (artículo 200.4, artículo 202.1 y artículo 204 de la Constitución));
- b. La resolución en última y definitiva instancia de las resoluciones denegatorias provenientes del Poder Judicial en las acciones de garantía constitucional de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, siempre que su sentido haya sido desestimatorio al demandante en sede judicial —también llamada *jurisdicción de la libertad*.¹⁴

¹⁴ Nótese que también en este punto, pese al texto expreso de la Constitución, el Tribunal Constitucional había señalado en el pasado inmediato un precedente vinculante en que, contrariando el texto expreso de la Carta Fundamental, determinó que también podía conocer de las

- c. La dirimencia de los conflictos de competencia o de atribuciones de los órganos constitucionales según la interpretación de su alcance en la Constitución, con arreglo al Código Procesal Constitucional.

Para el cabal cumplimiento de estas atribuciones taxativamente dispuestas por la Carta Constitucional, el Tribunal Constitucional debe definir, de modo previo y claro, el alcance de sus facultades y poderes, explícitos e implícitos, dentro del enunciado o marco general de ser el *órgano de control de la Constitución* y, por lo tanto, *órgano constituido* y no *órgano constituyente*.

La facultad del *control concentrado* de la constitucionalidad de las leyes, según el modelo *européo* o *kelseniano* —nacido bajo la inspiración de Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929—,¹⁵ implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la Constitución, *intérprete vinculante u obligatorio* en virtud de la concordancia artículo 204 ab initio de la Constitución y VI in fine y VII del Título preliminar del Código Procesal Constitucional,¹⁶ esta tarea debe estar dirigida a interpretar, en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del Parlamento en particular cuando se trate del control de la constitucionalidad de las leyes.

En efecto, como aparece obvio, la sola creación y presencia en una Constitución escrita de un Tribunal Constitucional supone, per se, la creación y el designio por el constituyente de un modelo específico de control al Congreso, pues si la tarea

acciones de garantía estimatorias. Ese precedente vinculante ha sido quebrado en el primer *overruling* que el Tribunal Constitucional ha sentenciado (el cambio de un precedente vinculante por otro), determinando ahora que lo correcto es entender que el Tribunal Constitucional no puede conocer —es decir, carece de competencia para revisar— las acciones de garantía estimatorias en materia de acciones de *garantía* constitucional. Es decir, se ha apartado de su propio precedente, de suyo discutible por contener una interpretación que colisionaba con el texto expreso de la Constitución, para regresar a la interpretación natural y literal de la Constitución, privilegiando el texto escrito que no puede ser superado por la vía de la interpretación constitucional, so riesgo de invadir fueros constituyentes que no le corresponden. Véase Aníbal Quiroga León: “Los precedentes vinculantes y el *overruling* en el Tribunal Constitucional”, ponencia en el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, PUC, 2009. Véase también la opinión unánime de diversos juristas a favor de este *overruling* en *Tribunal Constitucional. Órgano oficial*, año 1, n.º 6; Lima, abril-mayo de 2009, pp. 4-5.

¹⁵ Aníbal Quiroga León: “Una aproximación a la Justicia Constitucional: el modelo peruano”, en Aníbal Quiroga León (comp.): *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima: PUC, 1990; pp. 153 ss.

¹⁶ En la redacción del Proyecto de LOTC (proyecto 1419/93 y dictámenes 1419/94 y 1421/94) se definía en el artículo 1 esta interpretación como *suprema* (“*suprema* [del lat. *Supremus*]; adj. Sumo, altísimo. || 2. Ser supremo. || 3. Que no tiene superior en su línea [...]”, según el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, 21.ª ed, Madrid: Espasa-Calpe, 1992, t. II, p. 1922). En el debate parlamentario esta adjetivación cualificadora fue suprimida. Sin embargo, luego de la dación del Código Procesal Constitución, al reformarse la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya aparece esta definición en su actual artículo 1. Igual enunciado aparece en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, LO 2/1979, de 3 de octubre. Cit. por Jesús Gonzales Pérez: *Derecho procesal constitucional*, Madrid: Civitas, 1980.

primordial del Tribunal Constitucional es la determinación excepcional de que una ley debe ser derogada del sistema jurídico por vicio de inconstitucionalidad, y si la ley es fundamentalmente la obra esencial del Congreso, la conclusión aparece obvia: la creación y presencia de un Tribunal Constitucional implica la opción del constituyente por generar un sistema idóneo y eficaz de control de los actos parlamentarios traducidos en leyes de la República, pues de otro modo no hallaría explicación ni sentido su presencia. Al efecto, García Pelayo¹⁷ sostiene:

Una primera característica de los órganos constitucionales consiste en que son establecidos y configurados directamente por la Constitución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención, ni a su mera enunciación de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o institucionales “constitucionalmente relevantes”, sino que determina su composición, órganos y métodos de designación de sus miembros, su status institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben ipso jure de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de los órganos. Esta configuración directa por las normas constitucionales es una consecuencia lógico-institucional de la importancia decisiva que la Constitución concede a ciertos órganos, de un lado, porque en ellos se condensan los poderes últimos de decisión del Estado siendo, así, el vértice *dell'organizzazione statale*,¹⁸ y, de otro, porque son la expresión orgánica no solo de la división de las tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también y ante todo de la idea del Estado proyectada por la Constitución.

En efecto, el sistema jurídico debe ser ordenado conforme a la Constitución. Ya Kelsen, a quien la doctrina unánimemente atribuye la paternidad del *sistema concentrado*, había sostenido desde principios del siglo XX:

[...] el orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas hállase constituida por el hecho de que la creación de una norma —la de grado más bajo— se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus termina en la norma de grado más alto o norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. Sobre la base de las precedentes consideraciones [...] la aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, tan solo puede hallarse efectivamente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su

¹⁷ Manuel García Pelayo: “El ‘status’ del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 1, n.º 1, Madrid: CEC, 1981, pp. 13 ss.

¹⁸ Santi Romano: *Principi di diritto costituzionale generale*, Milán, 1946, p. 156.

cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional, y de anularla cuando —de acuerdo con la opinión de ese órgano— sea “inconstitucional”. Puede existir [...] un órgano especial establecido para este fin; por ejemplo, un tribunal especial, el llamado Tribunal Constitucional; o bien el control de la constitucionalidad de las leyes, la llamada “revisión judicial”, puede encomendarse a los Tribunales Ordinarios y, especialmente, al Tribunal Supremo (de Justicia Ordinaria).¹⁹

La interpretación constitucional es la tarea esencial del Tribunal Constitucional y debe hacerse conforme a la Constitución. En efecto, la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual harto diferente de la interpretación jurídica ordinaria (*hermenéutica*), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales respecto a las normas jurídicas ordinarias. Mientras que las primeras son esencialmente políticas (ya sean *autoaplicables*, ya sean *programáticas*, ya sean *estructurales*), las segundas son de básico contenido subjetivo, de modo tal que, siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación, pues el resultado sería erróneo. De este modo, la hermenéutica tradicional resultará insuficiente al intérprete constitucional, que para el efecto deberá recurrir a los propios métodos de interpretación (por ejemplo, el *contrapeso de los valores*, el *principio de la unidad de la Constitución* y la *interpretación con arreglo o conforme a la Constitución*), ya que las normas constitucionales, al ser esencialmente normas políticas, distributivas del ejercicio legítimo y legitimado del poder constituido, son continente de valores, principios y postulados fundamentales para la organización política, social y económica de una nación, los mismos que tienen una dimensión históricamente dinámica.²⁰

Ya en 1862 Ferdinand de Lassalle, en su célebre conferencia berlinesa titulada “Sobre la esencia de la Constitución”,²¹ 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”.²² De la afirmación se concluye que la Constitución moldea los pilares del país, y la realidad de este a su vez condiciona la vigencia constitucional, en una interacción constante que es menester descubrir y manejar con acierto de modo permanente, sobre todo por parte del intérprete constitucional.²³

¹⁹ Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado*, citado por Francisco Fernández Segado: *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid: Dykinson, 1984, p. 25.

²⁰ Aníbal Quiroga León: “La interpretación constitucional”, en *Derecho* n.º 39, Revista de la Fac. de Derecho de la PUC del Perú, Lima, 1985, pp. 323 ss. Véanse también Eduardo Ferrer (coord.): *La interpretación constitucional*, México: Porrúa, 2005, t. II, pp. 949 ss.; Konrad Hesse: “La interpretación constitucional”, en *Escritos de Derecho constitucional. Selección*, Madrid: CEC, 1983, pp. 33 ss. Asimismo, García de Enterría: o. cit., pp. 95 ss.

²¹ *Über Verfassungswesen*, citado por García de Enterría: o. cit., p. 42.

²² Fernández Segado: o. cit.

²³ Quiroga León: *La interpretación...*, o. cit. Para evaluar la vigencia de estos postulados, véase a quienes sostienen que dicho ensayo es uno de los pocos trabajos que sobre la interpretación constitucional se han hecho en el Perú, en Enrique Bernaldes y Marcial Rubio: *Constitución: fuentes e interpretación*; Lima: Mesa Redonda, 1988, p. 101.

Comoquiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir en primer lugar sus alcances y límites. Este control aparece evidente en el denominado *control concentrado* o *control ad hoc*, esto es, de índole abstracta —y por tanto incompatible en ese punto con el *control difuso* o *judicial review*—, en el cual corresponde al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a *caso concreto* alguno en el que esté en disputa cualquier derecho subjetivo) de la ley dubitada y en el que el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de *subsunción*, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución.

Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio, si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como —al decir de Kelsen—²⁴ *legislador negativo*, esto es, con poder derogatorio directo (artículo 204 ab initio de la Constitución), y en cada caso de inconstitucionalidad así determinada se crea una *norma subconstitucional*,²⁵ de la que es titular el Tribunal Constitucional como *constituyente delegado*.

Por ello, y por expresa previsión constitucional, el principio jurídico de que toda ley se deroga solo por otra ley (que se expresa, por ejemplo, el artículo I del Título preliminar del Código Civil), se halla necesariamente ampliado por el siguiente enunciado proveniente de una lectura sistemática de la Constitución: *toda ley se deroga solo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional*.

Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una demanda en los términos que formula la teoría general del proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino en verdad una *iniciativa legislativa negativa* que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el artículo 203 de su texto.

En consecuencia, debe determinarse si una ley dubitada, puesta en el debate constitucional por los legitimados para solicitar su derogación por la vía del control directo

²⁴ “El calificativo de ‘legislador negativo’ que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende ‘desjurisdiccionalizar’ ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce [...] las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. [...] Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su *independencia* [...]; cuando habla de ‘legislador en sentido negativo’ lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco. Escribe Kelsen: ‘un tribunal facultado para anular leyes —en forma individual o de manera general— funciona como un legislador en sentido negativo’”. Cit. por Pablo Pérez Tremps: *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid: CEC, 1981; pp. 6 ss. (cursiva y aclaración agregados). La cita se refiere a Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. de García Maynez), México: UNAM, 1979; pp. 303-334.

²⁵ Alonso Alonso García: *La interpretación constitucional* Madrid: CEC, 1984, p. 13.

que ejerce el Tribunal Constitucional, no ingresa limitada ni condicionada a lo que diga el Tribunal Constitucional. *La ley ingresa plenamente vigente y con presunción iuris tantum de constitucionalidad, que el Tribunal Constitucional y todos los agentes del Estado y la ciudadanía deben respetar y obedecer por mandato de la propia Constitución (artículo 204 de la Constitución, en especial in fine), de modo tal que si el Tribunal Constitucional estima que no hay inconstitucionalidad o no logra la legitimidad especial y la voluntad jurídica y constitucional suficientes para oponer su fuerza a la ley dubitada, deberá necesariamente dejarla ir en las mismas condiciones en las que ingresó a su examen de subsunción, esto es, en vigencia jurídica y con la presunción de constitucionalidad también vigente por no habérsela enervado conforme a la propia Constitución.*

Al efecto, cabe precisar que antes de que el juez constitucional deba realizar tal tarea de *subsunción* entre la norma constitucional y la norma legal dubitada, tiene el deber principal de salvar la constitucionalidad de la ley, de buscar en primer lugar una vía interpretativa que concuerde positivamente la ley dubitada con la Constitución. Eso —que es doctrina unánime y pacífica— se halla corroborado expresamente en el artículo VI ab initio del Título preliminar del Código Procesal Constitucional.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivale al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, ya que extirpa por vía *quirúrgica* la ley dubitada del sistema jurídico (al decir de Fix-Zamudio), de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arderar, pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento. Una tarea *quirúrgica* que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el vacío que deja la norma derogada y ello puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos.

Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que haya sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir —como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano— una *situación de mayor inconstitucionalidad* en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba. Es este *horror vacui* el que determina el principio formulado así por el Tribunal Constitucional Federal alemán: “es válido el principio de que la Ley no debe ser declarada nula [inconstitucional] cuando puede ser interpretada en consonancia o conforme con la Constitución”.²⁶

El mismo Tribunal Constitucional Federal Alemán, así también como el Supremo Tribunal norteamericano, no han dudado en conectar este principio con la *presunción de constitucionalidad de las leyes*, no como una simple afirmación formal de que toda ley se tendrá por válida hasta que no se logre declarar válidamente su inconstitucionalidad, sino que: a) tal presunción implica materialmente la confianza que se otorga al Legislativo en la observancia y en la interpretación adecuada de los principios y

²⁶ García de Enterría: o. cit., pp. 96 ss.

postulados constitucionales; b) una ley no será declarada inconstitucional a menos que no exista en el juez constitucional ninguna *duda razonable* sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución, y c) cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que permita una interpretación inconstitucional, se habrá de presumir, siempre que sea *razonablemente posible*, que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha norma es precisamente aquella que le permita mantenerse dentro de los límites constitucionales.²⁷

A este efecto, parece conveniente recordar también que, aun en un sistema tan disímil como el americano del *control difuso* o de la *judicial review* en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, proveniente del *common law*, se ha acuñado desde antiguo el principio esencial de que *la validez constitucional es la última cuestión que la Corte habrá de considerar con respecto a una ley*. Esto constituye un lema esencial para la Corte Suprema estadounidense, una pauta sumamente básica, de que jamás tocará la cuestión de constitucionalidad de una ley a menos que razonablemente no le quede otra cuestión a la cual recurrir. Es decir, el Tribunal Supremo se dirigirá al examen de la cuestión de constitucionalidad de la ley del Congreso solo después de haber agotado todo otro aspecto razonable que pudiera haber servido como base jurídica en la solución del caso subyacente.

En ese sentido, en la aplicación del control difuso en los Estados Unidos, su cuna, la Corte Suprema Federal nunca buscará un cotejo frontal entre la Constitución y la ley. Lo evitará hasta que no haya otra salida razonable, y entonces procederá, pero siempre cautamente y con relucencia. La Corte Suprema Federal norteamericana expresó en una de sus sentencias:

[...] si hubiera una doctrina que ha echado raíces más profundas que cualquier otra en el proceso de adjudicación constitucional, es la doctrina que no debemos tocar cuestiones de constitucionalidad [...] hasta que sea inevitable.²⁸

Lo que responde la cuestión, a fin de cuentas, es la pregunta: ¿Podría otro Poder del Estado —el Congreso— haber promulgado esta ley creyendo razonablemente en su validez constitucional? Dicho de otro modo, la cuestión no es: ¿Cuál será el verdadero sentido de la Constitución según el criterio de los jueces constitucionales?, sino si la legislación será sostenible como ejercicio razonable del Poder Legislativo.²⁹

Dentro de este rubro de ideas, conviene en este punto determinar si el Tribunal Constitucional posee, por extensión, en la acción de control directo de la constitucionalidad de las leyes, la facultad del *control difuso* o de *judicial review* de que trata la segunda parte del artículo 138 de la Carta Constitucional.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Dale Furnish: “La ‘Revisión Judicial’ de la Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos; en Anibal Quiroga León (comp.): *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima: PUC del Perú, 1990, p. 91.

²⁹ Thayer: “The Origin and Scope of the American Doctrine as Constitutional Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 7, n.º 149 (1893); cit. por Furnish: o. cit., p. 96.

El *control difuso* de la constitucionalidad de las leyes nace, como lo reconoce de modo la unánime y pacífica doctrina, como facultad pretoriana en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, con la célebre sentencia expedida en el caso *Marbury vs. Madison*, en una acción de *Writ of Mandemus*, bajo la presidencia del *Chief Justice* John C. Marshall. En ella se sentó el precedente vinculante (*stare decisis*) de que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de una *legislatura repugnante* y, como teoría fundamental, *nula e ineficaz*, ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita. Y por ello mismo la Suprema Corte Federal la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho.³⁰

El llamado *sistema difuso* o de *judicial review* de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características: una funcional y otra espacial. Por la primera, se halla sistemáticamente ubicada como atributo constitucional *innominado* de toda Constitución escrita.³¹ Hoy en día, en los países en que se la ha incorporado, ello aparece expresamente y siempre dentro del capítulo del Poder Judicial. De allí la denominación *sistema difuso*, esto es, atributo *distribuido* o *difundido* entre todos los órganos del Poder Judicial, es decir, solo entre los agentes del Poder Judicial en cuanto funcionen u operen como tales. Se dice *difuso* porque no dispone un órgano específico ni un procedimiento directo, pues se halla difuminado, difundido entre todos los jueces del Poder Judicial. Como atributo constitucional no es susceptible de *transvase* por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado.

Por la segunda, es absolutamente unánime que en su modelo de origen, el sistema sólo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del Congreso, lo que da por resultado la descalificación de la ley, siempre para el caso concreto y solo con efectos *inter partes* y mediante declaración judicial de *inaplicación*. Solo será constitucionalmente válida y jurídicamente posible en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea dubitada por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe de decidir ineluctablemente la controversia judicial.

No cabe duda de que el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, solo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en

³⁰ Furnish: o. cit., p. 88. Allí se puede hallar la transcripción literal de la parte “más importante” de este célebre fallo. Se le puede encontrar completo en: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* n.º 2, Lima, 1988, pp. 100 ss.

³¹ Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía antes de 1803 en la Constitución de los Estados Unidos y que, hasta la fecha, no se la consigna expresa ni literalmente. Corresponde a una exclusiva y auténtica *creación o redefinición jurisprudencial* efectuada por el Supremo Tribunal Federal, siempre dentro del Poder Judicial. Véase Furnish: o. cit., pp. 96-97.

su aplicación concreta, real y tangible.³² Así aparece de modo uniforme entre nosotros en la lectura sistemática los artículos 8 de la LOPJ (D) de 1963, 236 de la Constitución de 1979 (D), 138, segunda parte, de la Constitución de 1993 en vigencia, y 14 del vigente TUO de la LOPJ, VI del Título preliminar y 3 del Código Procesal Constitucional.

Esto quiere decir que la justicia constitucional o el control constitucional determinados según el esquema o modelo anglosajón de la *judicial review* es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva, en tanto solo se puede dar dentro de un proceso que contenga un conflicto subjetivo de intereses adversos. Subsidiaria porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria o constitucional de los tribunales de justicia, donde esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer, además, de juez constitucional. Residual porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está añadida a su tarea principal, en la que el control constitucional indirecto y limitado al *caso concreto, interpartes*, nunca lo puede relevar de su función de hacer *reparto o distribución de los bienes jurídicos tutelados* —cualquiera sea la naturaleza, dimensión o denominación de estos— materia de la controversia judicial. Y subjetiva porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función judicial con la de *contralor concreto de la Constitución*, solo parte —como fuente— de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario.

Esto define a la justicia constitucional americana como una *justicia subjetiva*, porque es el derecho de los sujetos, su derecho subjetivo concreto, determinado y determinable en un proceso de controversia real —con una actuación en una realidad determinable—, el que sustentará el examen de constitucionalidad. No le corresponderá, entonces, un examen teórico o abstracto. Por el contrario, como puede ser apreciado

³² Dice Dale Furnish: “La potestad de la Corte Suprema de los Estados Unidos es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sabe buscar oportunidades para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo. [Con el curso del tiempo] [...] la Corte ha [auto]establecido que ciertas reglas incontrovertibles que [auto]limitan su función de revisión judicial (una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la judicial review [...]; sin embargo, hay una pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar esa limitaciones, para alcanzar la justicia social u otros factores innegables). Un jurista que quiere acatar la facultad y la función de la Corte Suprema estadounidense, tiene que apreciar estas limitaciones, o no podrá comprender cuál es la realidad y la práctica de la *Judicial Review*. A) La validez constitucional es la última cuestión que la Corte Considerará con respecto a una ley; [...] B) Se requiere un “caso o controversia” auténtica para probar la validez de una Ley del Congreso (la Corte [...] no revisará la validez de una ley del Poder Legislativo, salvo en un juicio auténtico entre partes adversarias. [...]. Se puede asumir jurisdicción solamente sobre casos concretos. [...] Es decir, el Tribunal no declarará hipotética, abstracta o contingentemente sobre la constitucionalidad de la ley. Tiene que haber un efecto real e inmediato sobre la suerte de las partes en juicio, un efecto que se pueda modificar o prevenir exclusivamente por la intervención de la Corte Suprema); [...] C) La Corte Suprema no interviendrá en una ‘cuestión política’ (esto es, en actos no judiciales); [...] y, D) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso [...]”. Furnish: o. cit., pp. 90-96. Respecto de la necesidad de un “caso concreto” véase Ernesto Blume Fortín: “El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución”, en *Pensamiento Constitucional*, año III, n.º 3, Lima: PUC, 1996.

con facilidad, la justicia constitucional concentrada o ad hoc, bajo el modelo kelseniano de Tribunal Constitucional, es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente opuesto al anterior, ya que no puede ser subjetivo sino que es fundamentalmente abstracto. Son entonces conceptos antitéticos.

Y ello surge así desde la no receptividad del sistema americano en la Europa de finales del siglo pasado e inicios del presente (la doctrina francesa llegó a hablar de la *dictadura de los jueces* aludiendo a su no legitimación directa) y de sus metodologías opuestas. No cabe hacer un juicio axiológico, de cualidad de una sobre la otra; simplemente cabe enunciar sus diferencias objetivas.

Mientras aquella es subjetiva, esta es abstracta, puesto que no requiere de contención subjetiva ninguna ni se hace en sede judicial. Mientras aquella es para el caso concreto, esta es erga omnes. Mientras aquella está difuminada entre todo el sistema judicial, con todas sus variantes, esta se halla concentrada en un solo órgano expresa y específicamente diseñado en la Constitución. Mientras aquella surge del valor que determina el derecho en conflicto con la realidad que enmarca su proceso judicial, esta proviene de un examen objetivo de subsunción dentro de la simple confrontación de las interpretaciones del referente constitucional y de la interpretación de la norma dubitada. Tal diferenciación y antagonismo ya habían sido puestos de relieve por Mauro Cappelletti y John Clarke Adams.³³

Esta coexistencia, cuando no incluso conjunción, de modelos dispares, nos enfrenta a la necesidad de abordar una cuestión nada pacífica entre la doctrina: la compatibilidad o incompatibilidad del sistema difuso de control de la constitucionalidad con todos los sistemas jurídicos, esto es, con los sistemas anglosajones o de *common law* y con los de tradición romano-canonista o civil. [...] existe una incompatibilidad fundamental entre el control difuso de la constitucionalidad de las normas y los sistemas de tradición romanista. [...] la experiencia italiana y alemana anterior a la constitucionalización de sus respectivos Tribunales Constitucionales revela la desadaptación del modelo difuso respecto de los países con sistemas jurídicos de derecho civil. Entre los varios argumentos esgrimidos en defensa de (esta) posición [...] (se) advierten (los riesgos) que el método difuso pueda conducir a una grave incertidumbre y confusión cuando un Tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional. Esta inseguridad es salvada en los sistemas jurídicos del *common law* mediante el recurso a la doctrina del *stare decisis* [...]. Cuando el principio del *stare decisis* es extraño a los jueces en los sistemas jurídicos romanistas o de derecho civil, [...] un método de control de la constitucionalidad que permita a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, puede conducir a que una (misma) ley pueda ser

³³ Mauro Cappelletti y John C. Adams: *Judicial Review of Legislation: Europeans Antecedents and Adaptations*, cit. por Francisco Fernández Segado: "El Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica", en *Pensamiento Constitucional*, año III, n.º 3, Lima: PUC, 1996, pp. 238 ss., y CISS n.º 33-36.

inaplicada por algunos jueces por inconstitucional y ser considerada aplicable por otros jueces en sus decisiones.

Si lo anterior es así, cabe concluir que el Tribunal Constitucional no puede ni debe ejercer la *judicial review* cuando conoce de una acción directa y abstracta de inconstitucionalidad de las leyes, por pertenecer aquella (la *judicial review*) a la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial conforme a la segunda parte del artículo 138 de la Carta constitucional, inequívoca y sistemáticamente situada dentro del capítulo dedicado a la estructura del Poder Judicial (lo que la Constitución *reserva* expresamente para un órgano, veda implícitamente para otro).

Por otro lado, a la luz de la doctrina más esencial del derecho constitucional queda claro que las competencias constitucionales no se pueden analogizar ni extender, pues deben ser taxativas y son excepcionales —véase el principio general del derecho contenido en el artículo IV del Título preliminar del Código Civil—. De lo contrario, si se asumiera que al Tribunal Constitucional le corresponde algo que está reservado expresamente para el Poder Judicial, ¿no se consagraría peligrosamente con ello el precedente de que la sagrada y exclusiva facultad del Tribunal Constitucional de deponer de modo directo las leyes contrarias a la Constitución puede también ser extendida a cualquier otro órgano del Estado aunque no esté designado por la Constitución para ello?

Finalmente, es deber racional reconocer que la doctrina del Tribunal Constitucional en la justicia constitucional ad hoc o concentrada es mucho más poderosa, excelsa y directa en la defensa de la Constitución, por cuanto el control constitucional del Poder Judicial es derivado subsidiario y mediatizado al caso concreto. Por eso mayoritariamente la tendencia moderna opta sin ambages por el sistema del Tribunal Constitucional en el modelo de justicia constitucional concentrado o ad hoc, antes que por repetir la fórmula jurisprudencial de la *judicial review* basada en el Poder Judicial, no siempre dispuesto o en aptitud de repetir el modelo norteamericano, con sus alcances y limitaciones, y no siempre dotado de la ventaja comparativa que el sistema del *stare decisis*, o de precedente vinculante como fuente principal de derecho, confiere a la sentencia judicial en el *common law*.³⁴

Sin embargo, se debe aclarar que lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la *jurisdicción negativa de la libertad* (artículo 202.2 de la Constitución), dado que en dicha facultad expresa, pero excepcional por cierto, se implica el necesario control constitucional de parte de la tarea judicial en el funcionamiento de las acciones de garantía constitucional, a condición de que hayan sido *denegadas* al pretensor por el Poder Judicial y siempre que al mismo tiempo medie *recurso de agravio constitucional* (artículo 18 del Código Procesal Constitucional).

Ello significa que, en la facultad excepcional de la *jurisdicción negativa de la libertad*, el Tribunal Constitucional realiza una extensión de la tarea judicial antes que una

³⁴ Luis Marcelo De Bernardis: *La garantía procesal del debido proceso*; Lima: Cultural Cuzco, Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal, 1995, pp. 82 ss.

función de control de la actividad judicial, la de control directo de la constitucionalidad de las leyes. En este caso sí hay un caso concreto, sí hay partes adversarias y sí hay derechos subjetivos en controversia (no se debe olvidar que las acciones de garantía solo son procedentes frente a la violación de derechos constitucionales de orden subjetivo y con legitimación activa real, vigente y existente). Por ello, como aparece obvio, en la *jurisdicción negativa de la libertad* el Tribunal Constitucional sí tiene, con las características ya señaladas, la facultad de la *judicial review* como derivación judicial (reconducción del Poder Judicial) de la facultad de control sobre las acciones judiciales de garantía, lo que no se debe confundir en ningún momento con las verdaderas competencias del Tribunal Constitucional, dentro de una actitud de *autocontrol de sus poderes* o *self restraint* que ha caracterizado siempre la actividad y el funcionamiento del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus poderes explícitos e implícitos.

Entonces, no hay actividad constitucional más opuesta que la *judicial review* y el *control concentrado de la constitucionalidad de las leyes*, por lo que es necesario determinar siempre con claridad y acierto sus fronteras. Pero, al mismo tiempo, hay que establecer bien sus canales de contacto, sobre todo en un sistema como el peruano en donde confluyen ambos al mismo tiempo y en el mismo espacio constitucional (artículos 138, segunda parte, y 201 de la Constitución), en lo que la doctrina constitucional peruana denomina *sistema dual* o *sistema mixto*.³⁵

Diríamos, con García Belaunde,³⁶ que estos canales de contacto son, pues, básicamente dos: a) el control del Tribunal Constitucional sobre la labor del Poder Judicial en la denominada *jurisdicción negativa de la libertad* a la que ya nos hemos referido, y b) en la vinculación constitucional que se estatuye por mandato del artículo VI, segundo párrafo, del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, respecto a la imposibilidad del juez del Poder Judicial para hacer control difuso frente a un fallo desestimatorio del Tribunal Constitucional en una acción de inconstitucionalidad, donde la facultad de la *judicial review* cede paso frente a la cualidad mayor y efecto mandatorio en cuanto a la interpretación constitucional de una decisión del Tribunal Constitucional, por mandato propio de la Constitución Política del Estado y por necesaria coherencia constitucional del sistema mixto de control constitucional.

Así surge de la sentencia de fondo de 14 de noviembre de 2005, recaída en el expediente 3741-2004-AA/TC,³⁷ *Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la Municipalidad Distrital de Surquillo*, sobre acción de amparo constitucional, en que el Tribunal Constitucional estableció como *precedente vinculante*, a la luz de su interpretación constitucional, el que todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene —en principio— la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución.

³⁵ Véase Quiroga León: *Una aproximación...*, o. cit., p. 180 y nota 72, referida a la posición del Dr. Domingo García Belaunde, destacado constitucionalista.

³⁶ García Belaunde: *Sobre la jurisdicción constitucional*, o. cit., pp. 27 ss.

³⁷ Sentencia publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de octubre de 2006.

Para ello, señaló entonces el Tribunal Constitucional, se deben observar los siguientes presupuestos: a) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo, y b) que la ley cuestionada no pueda ser interpretada de conformidad con la Constitución.

El precedente vinculante fue finado del modo siguiente por el Tribunal Constitucional:

PRECEDENTE. [...] 41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes: a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional; b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma; d) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los 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; e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante; [...] 50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos: A) Regla Procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados. A) Regla Sustancial: 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 38.º, 51.º y 138.º 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. B) Regla Procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas. Regla Sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.

Sin embargo, este precedente vinculante fue “complementado” mediante una resolución aclaratoria del 13 de octubre de 2006,³⁸ en que el Tribunal Constitucional acotó:

RESOLUCIÓN DE ACLARACIÓN. [...] 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° 3741-2004-AA/TC, esto es, 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 [...]”. 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.

³⁸ Conforme a la doctrina procesal, el recurso de aclaración de un fallo pertenece a la categoría de los medios ordinarios de impugnación, y su resultado —la resolución aclaratoria— forma parte jurídica de la sentencia original, formando un solo cuerpo o texto jurídico, y de ese modo debe ser interpretada, unitariamente.

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 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. [...] Determinar cuándo 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 solo aquellas potestades (facultades y consecuentes deberes) que el constituyente haya decidido atribuirles.

Esta sentencia plantea la problemática de la supuesta atribución de la Administración Pública de la facultad de examinar la constitucionalidad de las normas dentro de procesos administrativos contenciosos y, consecuentemente, el poder de inaplicar aquellas que considere vulneran la Constitución en un caso concreto de justicia administrativa. En sustento de ello, el Tribunal Constitucional ha señalado:

[...] la Administración Pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no solo 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.³⁹

La consecuencia del reconocimiento del control de la constitucionalidad de las leyes a favor de la Administración Pública ha sido explicada por el Tribunal Constitucional en el hecho de que:

³⁹ Fundamento 7 de la sentencia original del Precedente Vinculante bajo análisis.

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.

A la respuesta del Tribunal Constitucional le siguen razones que pretenden actuar como sustento de ella. Así, la primera razón que el mencionado Tribunal Constitucional establece la encuentra en el artículo 138, segunda parte, de la Constitución Política del Estado. Según la interpretación de la Constitución del Tribunal Constitucional:

[...] si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138º, 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.⁴⁰

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, solo a los procesos judiciales, entonces —continúa diciendo el Tribunal Constitucional—, no solo se desconocerían “determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica”,⁴¹ sino que además se daría “una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución”.⁴²

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 este 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 estos. Por eso, apela el Tribunal Constitucional a la eficacia de los derechos fundamentales señalando:

[...] 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.⁴³

Consecuentemente, si las normas constitucionales que reconocen los derechos fundamentales obligan a la Administración Pública, esta no puede actuar de manera que

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Fundamento 8 de la sentencia original.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Fundamento 10 de la sentencia original.

vulnere esos derechos. De tal forma, si se encuentra vigente alguna ley que vulnere un derecho fundamental, la Administración debe estar en posición de 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”,⁴⁴ es decir, reconociéndoles el derecho-deber de realizar el control difuso de la constitucionalidad.

Una tercera razón es ubicada en la significación actual del principio de legalidad en sede administrativa. 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”.⁴⁵

A partir de aquí, concluye el Tribunal Constitucional, 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”.⁴⁶

Y, al 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”.⁴⁷

Pero, como se sabe, en un sistema en el que la Constitución está llamada a ser el fundamento básico del Estado de derecho, el fundamento republicano y la *lex superior*, que sostiene, irradia y vincula por entero al sistema jurídico en que se halla inserta; 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”,⁴⁸ el cual resulta necesitado de concreciones y determinaciones, la labor de la suprema interpretación de la Constitución debe caracterizarse no solo por su prudencia, sino también por el hecho de que sus decisiones jurisprudenciales no deben ser el resultado de una tesis singular, sino de consenso, y 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” sin ese consenso, o con un consenso estrecho o fundado en bases endeble. Y qué duda cabe de 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

⁴⁴ Fundamento 11 de la sentencia original.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Fundamento 13 de la sentencia original.

⁴⁸ Robert Alexy: “Los Derechos Fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell: *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, 2003, p. 35.

razonabilidad posible,⁴⁹ de manera que genere el mayor convencimiento posible, necesario para el mayor consenso posible.⁵⁰

Sin embargo, aparece con evidencia que las razones que ha fundamentado en este caso el Tribunal Constitucional no solo carecen de la suficiente fuerza jurídica para crear el consenso deseado, sino que adolecen de una serie de deficiencias y puntos débiles que son precisamente el inicio de su crítica y su necesaria reformulación. La cuestión que resuelve el Tribunal Constitucional consiste en determinar si el control difuso que la historia constitucional, la doctrina procesal constitucional y la Constitución reconocen de modo exclusivo y excluyente solo al Poder Judicial, pueden ser extendidos o analogizados hacia los órganos colegiados y tribunales de la Administración Pública del Poder Ejecutivo. Esto es, si el Tribunal Constitucional puede, por vía de la interpretación de la Constitución, alterar el texto expreso de la Constitución, darle un sentido verdaderamente opuesto a su literalidad, si le asiste una función de *poder constituyente* además de ser *poder constituido*, y si una facultad constitucional, que es de orden público-constitucional, puede ser interpretada extensivamente hacia otro orden constitucional no expresamente previsto.

Como ya se ha visto, el control difuso en el derecho comparado nació en 1803, en la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos (vértice superior de todo el Poder Judicial en esa nación), pertenece al Poder Judicial en el derecho comparado, y en el derecho comparado solo ha tenido auge y difusión dentro del Poder Judicial. No hay precedente comparado en que se haya extendido el control difuso a la justicia administrativa o a la administración pública.

En el Perú, desde su nacimiento formal (1963), su ámbito de aplicación ha sido solo el Poder Judicial (de hecho, fue concebido por primera vez en el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial (D) de 1963, fue reiterado en el actual TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial en vigencia, fue reiterado en el artículo 236 de la Constitución de 1979 (D) y lo mismo ha pasado en el texto expreso de la actual Carta Constitucional en vigencia (artículo 138, segunda parte). De hecho, la norma jurídica más reciente que la contiene expresamente, que es el Código Procesal Constitucional, y que se refiere a esta facultad (artículos VI del Título preliminar y 3), solo tienen como destinatario al juez del Poder Judicial y al Tribunal Constitucional —excluyendo a la Administración Pública—, como se puede ver de sus artículos I, III y IV de su Título preliminar.⁵¹

⁴⁹ Carlos Bernal Pulido: *El derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2.ª reimp., 2005, pp. 62-65.

⁵⁰ Robert Alexy: “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático”, en *Derechos y Libertades*, n.º 8, 2000, p. 41.

⁵¹ “Artículo I. Alcances. El presente Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia [...]. Artículo III. Principios Procesales. [...] El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, [...]. Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades [...]. Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación. [...] Artículo IV. Órganos Competentes. Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código”.

¿Cómo entonces se puede fundamentar que ello puede ser transvasado conceptualmente a la Administración Pública en sus tribunales administrativos o en sus órganos colegiados?

Uno de los argumentos más débiles del Tribunal Constitucional, y que revela poca consistencia jurídica, radica en la alegación de que en la Constitución peruana no existe norma que prohíba que el control difuso pueda ser aplicado por orden distinto al Poder Judicial, para concluir que válidamente puede ser ejercitado por un orden diferente al del Poder Judicial. La endeblez teórica de esta consideración se patentiza al determinarse, *prima facie*, que la Constitución no contiene un orden prohibitivo, sino atributivo. No es un código político de prohibición. Es decir, por tratarse de facultades constitucionales que son de orden público y de capital importancia para la estructuración de nuestro Estado de derecho, la Constitución no contiene prohibiciones sino atribuciones (en ello el argumento del Tribunal Constitucional constituiría un claro sofisma); atribuciones que son de orden público y que, por ende, no pueden ser materia de analogía ni de extensión en la interpretación. Lo que señala claramente la doctrina de la interpretación constitucional⁵² es que las facultades constitucionales, al ser de orden público, se dan sobre vasos comunicantes, de manera que lo que se le atribuye a un órgano no puede ser ejercitado por el otro, siendo de aplicación el principio de interpretación previsto en el artículo IV del Título preliminar del Código Civil.⁵³ Así, del mismo modo que la Constitución no prohíbe el control difuso para otros órdenes (no tendría que prohibirlo ni ello viene al caso), tampoco prohíbe que el Ejecutivo dé las leyes (basta para ello que la facultad de dar leyes esté conferida al Congreso de la República) o que el Poder Judicial conozca de la acción de inconstitucionalidad de las Leyes (lo que está conferido al Tribunal Constitucional), etcétera.

En consecuencia, a la luz de la doctrina citada y del precedente vinculante, lo que hay que determinar es si tal precedente se sostiene y es en verdad aplicable y vigente; de manera que, si la respuesta es positiva, hay que determinar cómo es que rige en la vida de la Administración Pública, en sus tribunales administrativos u órganos colegiados, dentro de lo que tanto la sentencia original como la sentencia aclaratoria han denominado “Justicia Administrativa” en sede del Poder Judicial.

Nuestra posición es que claramente constituye una contravención directa y flagrante al texto expreso de la Constitución el atribuir a la Administración Pública del Poder Ejecutivo el ejercicio de una facultad expresamente diseñada y señalada para el Poder Judicial. No basta para zanjarlo, en nuestro concepto, el que tal interpretación conste en un precedente vinculante, ya que, como lo ha dicho el propio Tribunal Constitucional y lo tiene determinado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ninguna orden superior será válida ni debe ser cumplida si atenta contra el orden público, los derechos fundamentales de las personas y el propio respeto de los límites constitucionales. De hecho, tal principio está recogido en el artículo 25

⁵² Quiroga León: *La interpretación constitucional*, o. cit.

⁵³ “Artículo IV. Aplicación analógica de la ley. La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José,⁵⁴ que en su parte pertinente señala:

Artículo 25. Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

El Tribunal Constitucional es un órgano constituido —y no un poder constituyente— y es a todas luces evidente que carece de facultades constituyentes o para modificar la Constitución por la vía de la interpretación constitucional. En consecuencia, también el Tribunal Constitucional tiene por límite objetivo el texto expreso y literal de la Constitución. La fidelidad a la Constitución así lo exige. De este modo, la conclusión evidente es que este Precedente Vinculante es inaplicable o de ejecución imposible, so riesgo de alterar el texto expreso de la Constitución.

En consecuencia, nuestra primera posición sería relativizar la aplicación de este mal llamado *control difuso en sede administrativa*, por las razones ya expuestas y porque su aplicación, reiteramos, constituye a nuestro criterio una evidente y flagrante vulneración constitucional. Téngase en cuenta, además, que la normatividad vigente que desarrolla este postulado constitucional (el del control difuso), contenida tanto en el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuanto en el Código Procesal Constitucional, remite la definitividad del control difuso a la Corte Suprema de Justicia de la República, por la vía de la consulta obligatoria en caso de que no existan o no se interpongan los recursos de impugnación.⁵⁵ Esta definitividad de la Corte Suprema no se cumpliría, y sería de imposible cumplimiento, en el caso de este mal llamado *control difuso en sede administrativa*.

Sin embargo, cabe reconocer que otra posición podría establecer, de manera vertical y jerarquizada, que si al Tribunal Constitucional competen la interpretación auténtica de la Constitución y el supremo control de la Constitución, su jurisprudencia vinculante debe ser aplicada e interpretada tal como se expresa, sin ningún análisis de razonabilidad o de constitucionalidad —a contrapelo de lo que el propio Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades—, de manera que, a partir de dicho precedente vinculante se debe considerar que la Administración Pública, por medio de los tribunales u órganos colegiados administrativos, siempre que impartan la “Justicia Administrativa” con “carácter nacional”, y siempre que sean dependientes o adscritos al Poder Ejecutivo (solo a ella se refiere la sentencia aclaratoria bajo

⁵⁴ Ratificada y vigente en el ordenamiento jurídico peruano desde julio de 1978.

⁵⁵ Tal como hasta la fecha ocurre en su cuna, en derecho constitucional de los Estados Unidos, donde todo control difuso judicial es siempre controlado por la Suprema Corte Federal, que tiene la palabra final. Allí no existe, ni se ha postulado jamás, que ello pueda ser ejercitado por su administración pública.

comento, fundamento 4 in fine), podrán hacer control difuso al resolver los casos que le correspondan.

Es evidente que esta formulación aclaratoria es impropia, carente de sustento jurídico, desde que el “carácter nacional” (resaltado en el texto) no se refiere a que sean órganos o tribunales nacionales, sino de competencia nacional, en todo el territorio nacional, y no de competencia local, regional, departamental o sectorial. En segundo lugar, se excluye a la justicia administrativa de competencia nacional, ejercitada por órganos o tribunales no dependientes del Poder Ejecutivo. Y, finalmente, se excluye a la autoridad administrativa unipersonal de competencia nacional, y a la autoridad administrativa colegiada o conformada en tribunales administrativos de orden local, regional o sectorial. El Tribunal Constitucional no ha explicado el porqué de esta diferenciación, que luce como arbitraria e incompleta.⁵⁶

Pero, si tal fuera el caso, que se opine por la obediencia debida al fallo vinculante del Tribunal Constitucional, dado que sería una facultad adosada de orden excepcional, esta tendría que ejercerse taxativamente, en el expreso caso de que se configure el supuesto normativo de fallo precedente, tanto en su versión original cuanto en su versión aclaratoria —que debe ser leída, interpretada y aplicada como un todo unitario—, de conformidad con el principio de interpretación que informa el artículo IV del Título preliminar del Código Civil ya citado.

Las reglas serían las siguientes:

- a. Solo podría ser ejercitada por un órgano colegiado, cuerpo colegiado o tribunal administrativo colegiado de competencia nacional.
- b. Solo podría ser ejercitado por un órgano colegiado, cuerpo colegiado o tribunal administrativo colegiado de competencia nacional adscrito, dependiente o perteneciente al Poder Ejecutivo.
- c. Solo podría ser ejercitado por un órgano colegiado, cuerpo colegiado o tribunal administrativo colegiado de competencia nacional adscrito, dependiente o perteneciente al Poder Ejecutivo dentro de un procedimiento administrativo de orden contencioso,⁵⁷ en que el que el derecho del administrado se encuentre confrontado por la Administración Pública, y en donde el resultado afecte la esfera de sus derechos fundamentales.

⁵⁶ Se tiene claro en la doctrina nacional que, así como el Tribunal Constitucional ha efectuado ya un *overruling* respecto de un anterior precedente vinculante (el caso del RAC constitucional frente a fallos estimatorios) (véase la nota 13), asimismo lo hará en breve respecto del precedente vinculante en análisis.

⁵⁷ “No nos estamos refiriendo a un proceso contencioso administrativo, que se da en sede judicial, y donde se confronta a la Administración Pública con el derecho del administrado en sede del Poder Judicial, según la teoría del *control interórganos*, sino a que el procedimiento administrativo a que se refiere sea uno en que el administrado ‘contiene’ con la administración pública, por la consecución de una determinada prestación que le ha sido negada, en que haya un real y verdadera controversia de derechos subjetivos, y donde el resultado de la administración pública tenga por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados”. Fundamento 4 in fine de la sentencia aclaratoria del Precedente Vinculante.

- d. Deberá ser aplicado solo de manera excepcional, luego de haberse descartado todos los métodos ordinarios de interpretación, como *última ratio* o *dernier resort*, cuando tal interpretación de control difuso administrativo “sea realmente relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo” (regla sustancial A, in fine, punto 1, de la sentencia original del Precedente Vinculante), y siempre que la norma a cuestionarse en el control difuso administrativo “no sea pasible de ser interpretada de conformidad con la Constitución” (regla sustancial A, in fine, punto 2, de la sentencia original del Precedente Vinculante).

Si solo puede ser aplicado por un órgano colegiado, cuerpo colegiado o tribunal administrativo colegiado de competencia nacional adscrito, dependiente o perteneciente al Poder Ejecutivo dentro de un procedimiento administrativo de orden contencioso, se deberá proteger la vulneración constitucional por la forma o por el fondo de una disposición infraconstitucional (regla sustancial A de la sentencia original del Precedente Vinculante), el que la norma infraconstitucional tenga una manifiesta contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (regla procesal A de la sentencia original del Precedente Vinculante), o cuando la aplicación de tal disposición infraconstitucional contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional (fundamento 7 de la sentencia aclaratoria del Precedente Vinculante).

En conclusión, ante la interrogante de cómo debería ser aplicado por un ente administrativo, la respuesta sería la siguiente:

- a. Adoptar una posición de cautela constitucional, por respeto a la Constitución misma, en el entendido de que nadie debe obediencia a un mandato, orden o previsión flagrantemente inconstitucional, sin que de ello no se desprendan responsabilidades, sobre todo de cara a un expreso mandato constitucional (en el Estado democrático constitucional y de derecho, no cabe la obediencia debida frente a actos ilegales, inconstitucionales o violatorios de derechos fundamentales), así como el Tribunal Fiscal se ha limitado a ejercer el control normativo por la vía de la jerarquía normativa, sin ingresar en la calificación de la inconstitucionalidad de la norma ni hacer una interpretación de la Constitución que no le corresponde (aplicándose lo mismo para el caso de la vulneración a un precedente vinculante del Tribunal Constitucional).
- b. Aplicar tal control difuso en sede administrativa solo cuando: a) solo cuando deba hacerse en sede de su órgano colegiado que tiene competencia nacional; b) solo en el momento de resolver tal cuestión contenciosa en sede administrativa (esto es, en la decisión final que pone fin a la instancia administrativa); c) solo frente a un reclamo del administrado, y solo en el caso de que se ejerza “justicia administrativa” de competencia nacional; d) solo cuando la aplicación de la norma infraconstitucional tenga por resultado la vulneración de los valores y principios constitucionales y, por ende, la de

los derechos fundamentales de los administrados, y e) solo cuando dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia administrativa así planteada dentro de un proceso administrativo, y cuando, además, la norma legal infraconstitucional dubitada no pueda ser pasible de una interpretación conforme a la Carta Constitucional.

Quedará claro, además, que tal facultad no podrá ejercerse en ningún caso y de ningún modo fuera de esos parámetros y del escenario así descrito. No podrá hacerse en un acto administrativo que no provenga de un proceso contencioso y con la finalidad ya indicada, en una comunicación, en un informe, en un memorándum, cualquiera sea la forma administrativa en que se contenga acuerdo o resolución o decisión fuera del procedimiento administrativo, y solo será de cargo del órgano colegiado de resolución de controversias previsto para el ente administrativo.

Tal facultad de ordinario deberá ser ejercitada solo a petición de parte, de modo rogado, ex parte. Excepcionalmente se ha señalado que podrá ser dispuesta de oficio, ex officio, cuando se detecte o determine, en la resolución del procedimiento administrativo de que se trate, que la aplicación de la norma infraconstitucional dubitada contravenga expresamente la interpretación previa del Tribunal Constitucional contenida en un precedente vinculante (fundamento 7 de la sentencia aclaratoria).