

PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
DE ESPAÑA



UNIVERSIDAD DE JAÉN

MAESTRÍA en
TUTELA JUDICIAL DE DERECHOS Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
Programa de Especialización para Jueces en los Órdenes Jurisdiccionales Constitucional y Contencioso-Administrativo

Presidencia del Poder Judicial del Perú
Consejo General del Poder Judicial de España
y Universidad de Jaén, España

Dra. Isabel Cristina Torres Vega

El Centro de Investigaciones Judiciales del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, tiene el agrado de dirigirse a usted con la finalidad de comunicarle que su Tesis para la sustentación a la maestría TUTELA JUDICIAL DE DERECHOS Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (1ra. Edición) ha sido **APROBADA**.

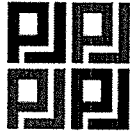
En ese sentido, adjuntamos al presente su NOTA, la equivalencia tomada por la Universidad ha sido en la escala **0 a 10**, siendo la última la más alta calificación. conforme se precisa en el documento adjunto. Dicha nota será publicada en la página web de la Universidad Jaén esta semana.

Finalmente hacemos de su conocimiento que el Rector de la Universidad de Jaén y el profesor Dr. Gerardo Ruiz-Rico, estarán el día jueves 14 de noviembre en la ciudad de Lima, para coordinar y consolidar las relaciones interinstitucionales y la suscripción de un nuevo convenio en temas de capacitación en diversas materias y que incluso estudios de doctorado. Al respecto estaremos informando la hora de dicha actividad.

Sin otro particular, se da la más cordial Felicitaciones y esperando colmar sus expectativas académicas.

Atentamente,

Centro de Investigaciones Judiciales
Coordinación General
Teléfono: 4101010 Anexo 11573-11575



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
DE ESPAÑA



UNIVERSIDAD DE JAÉN

**MAESTRÍA en
TUTELA JUDICIAL DE DERECHOS Y JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
(60 CREDITOS ECTS)**

**PROGRAMA DOCENTE
Curso 2012-2013
(Primera Edición)**

**ACTA DE CALIFICACION de la
UNIVERSIDAD DE JAEN, ESPAÑA**

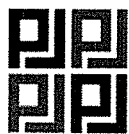
Señora Doctora:
Isabel Cristina Torres Vega

Con relación a la Maestría en Tutela de Derechos y Jurisdicción Contencioso Administrativa (1º Edición) de la Universidad de Jaén de España.

Su Nota es Sobresaliente (9)

Estamos a su disposición para las coordinaciones que se estime pertinente con el Coordinador General.

Atentamente;
Centro de Investigaciones Judiciales
Coordinación General
Teléfono: (01) 4101010 - Anexos 11573 ó 11575



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



UNIVERSIDAD DE JAÉN

MAESTRÍA en

TUTELA JUDICIAL DE DERECHOS Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Programa de Especialización para Jueces en los Órdenes Jurisdiccionales Constitucional y Contencioso-Administrativo

Presidencia del Poder Judicial del Perú

Consejo General del Poder Judicial de España

y Universidad de Jaén, España

Asesor: Dr. Alberto Anguita Susi.

EL CONTROL DIFUSO EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA

De: Isabel Torres Vega.

1. INTRODUCCIÓN

La concepción de la Constitución como norma suprema es atribuida al constitucionalismo norteamericano. Antes del siglo XVII en el sistema britano, el *common law* prevalecía sobre las leyes formales, las cuales eran consideradas normas particulares o excepcionales en relación al derecho consuetudinario. Esta postura de la supremacía del *common law* sobre las leyes formales o sobre la autoridad del Parlamento, se plasmó en el famoso caso *Bonham* de 1610, en el cual el Juez COKE afirmó “el *common law* controla los actos del Parlamento y a veces, los juzga totalmente nulos: pues, cuando un acto del Parlamento va en contra del sentido común y la razón, o es incompatible o imposible de aplicar, el *common law* los controlará y juzgará como

nulo”. La sentencia del caso *Bonham* pasó a las colonias inglesas de Norteamérica para incrementar los argumentos en contra de las reivindicaciones de soberanía por parte del Parlamento; en efecto, los colonos americanos se sumaron directamente a la tradición de Coke con respecto a la necesaria subordinación de la Corona y del Parlamento a una ley suprema, consignada en gran medida en un documento singular que, después de la Declaración de Independencia, se convirtió en una Constitución adoptada por cada uno de los nuevos Estados.

Es así como el origen de la *judicial review* en Norteamérica puede situarse en la etapa colonial. Es conocido y bien significativo el hecho de que los tribunales coloniales apelasen a los Tribunales superiores ingleses frente a determinadas leyes de las Asambleas coloniales. Estas prácticas tuvieron su continuidad en el período comprendido entre la Independencia y la Convención Constituyente de 1787. En dicha Convención muchos de sus asistentes, directamente relacionados con la redacción de la Constitución, fueron conscientes del instituto de la *judicial review*, y algunos de ellos se mostraron claramente favorables a ella, no obstante, el problema del control judicial de la constitucionalidad normativa sólo se trató ocasionalmente, pues las discusiones giraron más bien en torno al concepto de la supremacía de la Constitución sobre la legislación de los Estados; es decir, sobre aquel principio que reconoce en la Constitución a la Ley suprema del país, que debe ser aplicada por los jueces a pesar de cualquier disposición contraria en las Constituciones o Leyes de los Estados federados. Este principio fue consagrado en la Constitución de 1787, siendo conocido como la Cláusula de supremacía: “Artículo VI, párrafo 2º de la Constitución.- “Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que se sancionen conforme a ella, y todos los Tratados firmados o por firmar bajo la autoridad de los Estados Unidos, conformarán la Ley Suprema de la Nación; y los Jueces de cada Estado estarán subordinados a ella, independientemente de cualquier disposición contraria de la Constitución o de las Leyes de cualquier Estado”. La posibilidad de que los jueces pudieran invalidar leyes “incompatibles con la Constitución, los Tratados o normas de los Estados Unidos” fue contemplada por el Primer Congreso en la primera Ley Judicial de 1780. Ello llevó a un Tribunal Federal de Circuito en 1795 (en el caso *Vanhorne’s Lessee vs. Dorrance*) y en 1800 (en el caso *Cooper vs. Telfair*) a declarar nulas leyes de los Estados federados por ser incompatibles con la Constitución Federal y con la de los Estados.

Asimismo el Tribunal Supremo Norteamericano presidido por el juez Jhon Marshal al resolver el emblemático caso *Marbury VS Madinson*, manifestó que: “El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución. En cualquier causa que involucre dos leyes en conflicto, el juez debe decidir cuál es la que debe regir. Así, si una ley está en oposición con la Constitución, si la ley y la Constitución son ambas aplicables a un caso particular, de manera que la Corte deba decidir esa causa conforme a la ley, sin atender a la Constitución o conforme a la Constitución, sin atender a la ley; la Corte debe determinar cuál de estas normas en conflicto rige en el caso. Esto es de la misma esencia de los deberes judiciales”. (Sentencia 1679-2005-PA/TC Fund. Jur. N°. 2).

De esta manera el principio de supremacía de la Constitución y su vocación de prevalecer sobre cualquier otra norma incompatible con la misma se convirtió en una de las principales características del constitucionalismo moderno y del control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa.

Frente a ello el caso europeo tuvo otro desenvolvimiento. El liberalismo y el constitucionalismo primitivo de la Europa de la revolución francesa, tenían un gran respeto a la ley. No desconfiaban del legislador, sino del juez, por ser el servidor del Monarca en el Estado absoluto, pues, estaba sujeto a la voluntad del soberano; frente a ello se busco vincularle como un esclavo a la letra de la ley, con la finalidad de garantizar el éxito de los cambios revolucionarios que se estaban gestando a partir del Parlamento, y para evitar la arbitrariedad en el ejercicio de su autoridad jurisdiccional. La ley apareció así como la “Carta Magna de la libertad” y el juez solamente como su obediente servidor y ejecutor. De tales concepciones surgiría la tan mentada equiparación entre Ley y Derecho y la visión del juez como “la boca de la ley”.

A modo comparativo frente a estas dos realidades la doctrina francesa criticó la doctrina Norteamérica, como un instituto que constituía un elemento perturbador de un esquema de democracia pura, pues, en la práctica se conducía al Estado a un “gobierno de los jueces”, capaz de dejar sin efecto actos de gobierno considerados contrarios a una norma suprema. Años después, la primera posguerra marcaría un giro radical en el pensamiento constitucional europeo en torno a la *judicial review*, al aceptarse la necesidad de racionalizar y limitar el poder para

asegurar la supervivencia pacífica de una sociedad políticamente organizada¹. Aparece en escena el sistema jurídico piramidal concebido por HANS KELSEN y se reconoce a la Constitución el carácter de Ley Suprema².

Así el constitucionalismo europeo de la segunda posguerra terminaría por ofrecernos una verdadera eclosión de institutos y órganos de control de constitucionalidad. FERNÁNDEZ SEGADO da cuenta de que: “Reflejada en la letra de varios ordenamientos constitucionales y asumida en diversos países por amplios sectores doctrinales, la institución del control de la constitucionalidad de las leyes iba a sufrir un cambio radical de perspectiva tras las terribles lecciones sacadas de los abusos cometidos por los regímenes nazi y fascista. Como se ha advertido, la célebre fórmula según la cual “el legislador no puede hacer mal” (*the king can not do wrong*) iba a ser revisada. El Parlamento podía ser un opresor. Podía atentar contra los derechos fundamentales y libertades”³. Esta circunstancia, en cierta medida, pudo impulsar a modo de reacción la aparición generalizada de Tribunales Constitucionales en la Europa de la segunda posguerra; es decir, del llamado control concentrado de la constitucionalidad de las leyes que, a diferencia del control difuso, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a un solo órgano estatal el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes o demás normas jurídicas de similar rango. La salida europea de encargar el control de la constitucionalidad de las leyes a uno solo órgano especializado del Estado - a diferencia del control difuso a cargo de todos los jueces - se debió principalmente a la finalidad de encontrar un equilibrio entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional que vele por la constitucionalidad de las leyes y los principios de separación de poderes y supremacía del Parlamento que, pese a los cambios en su concepción que experimentaron, se encontraban muy arraigados en la Europa continental. Lo cierto es que otras razones incidieron de modo extraordinario en la potenciación del control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa. Si antiguamente, en la tradición europea del siglo XIX, las leyes eran consideradas el fruto de la

¹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, **Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad**, en: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson y otros, 1997, pág. 47.

² KELSEN, Hans, **La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)**, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, serie Ensayos jurídicos, n° 5, 2001, pág. 14.

³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, **Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad**, Ob. Cit. pág. 48.

tarea del legislador como expresión de la voluntad general; con el tiempo la ley se convirtió en un acto de la mayoría parlamentaria e incluso del propio Gobierno, creada a través de los partidos políticos. En esa medida, las leyes no siempre han sido, necesariamente, la expresión de la voluntad de todos, ni han sido aprobadas por una mayoría sólida. Estos y otros factores contribuyeron a que finalmente la Europa continental admitiera el control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa, aunque, a diferencia de lo que ocurre con el control difuso, lo encargaron a un único órgano jurisdiccional en aplicación del llamado control concentrado de la constitucionalidad normativa. De allí el control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa tiene una recepción casi universal, incluyendo los países de América Latina. Algunos de ellos han seguido el método difuso, otros el concentrado, no faltando aquellos que han optado por una salida dual, permitiendo la coexistencia de ambos sistemas, como ocurre con el caso peruano.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Según la doctrina uno de los primeros autores que utilizó los términos difuso y concentrado para caracterizar formas opuestas de control constitucional fue Carl Schmitt, quien en 1931, a propósito de las características originales del sistema de control constitucional de Weimar, expresó: “Propongo el término difuso para designar el concepto opuesto al de derecho de control concentrado en una sola instancia”⁴. Así Carl Schmitt estudia estas instituciones desde una perspectiva con connotación procesal, es decir señala la existencia o ausencia de una determinada instancia. Más tarde el comparativista italiano Mauro Capelletti, desde un punto de vista subjetivo distinguió dos tipos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes “un primer tipo, en el cual (...) el poder de control difuso, pues se distribuye entre varios órganos judiciales ordinarios; y un segundo tipo, en el cual, por el contrario, ese poder de control es concentrado, en virtud de que se centraliza en un solo órgano judicial”⁵. Es únicamente este órgano quien tiene facultades para analizar y determinar que una determinada ley o acto contraviene lo dispuesto en la Constitución y privarlo de todo efecto jurídico, por el contrario, el

⁴ SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, pág. 52.

⁵ CAPELLETI, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de la leyes en el Derecho Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1966, págs. 35-37.

control difuso implica que son múltiples los órganos a quienes se les ha encomendado la misión de velar por la eficacia de la Constitución.

En el caso peruano es necesario señalar que poseemos dos sistemas de control de constitucionalidad, por lo cual se considera que en Perú funciona un sistema dual, que es realidad poco común en el derecho constitucional comparado. El control difuso se encuentra consagrado por el artículo 138° de la norma constitucional⁶, mientras que el control concentrado se encuentra regulado en los artículos 200° y 202° de la Carta Fundamental⁷. De hecho, el

⁶ Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso.

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

⁷ Artículo 200°. Son garantías constitucionales:

1. La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

3. La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2°, incisos 5,6 y 7 de la Constitución.

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

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

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas.

El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137° de la Constitución.

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.

Artículo 202°. Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.

3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Tribunal Constitucional puede también hacer uso del control difuso cuando resuelve en última instancia procesos constitucionales.

Asimismo el control difuso podría manifestarse de diversos modos: a) otorgando exclusivamente a los órganos jurisdiccionales la facultad de estudiar la constitucionalidad de una ley o acto, y b) otorgando además dicha facultad a las autoridades administrativas, en relación con su propia actuación y la de sus subalternos a través de los medios de impugnación ordinarios; aunque en general únicamente se entiende por control difuso al primer supuesto, y respecto al segundo surge nuestra interrogante.

En el caso peruano tenemos claro que el control difuso lo ejercen los jueces, sin embargo ante los casos recientemente expuestos ante el Tribunal Constitucional Peruano surgieron ciertas dudas al respecto. El caso en concreto se situó el 14 de febrero de 2003, fecha en que Ramón Hernando Salazar Yarlénque interpone demanda de amparo contra la Municipalidad de Surco solicitando que se le ordene admitir a trámite sus medios impugnatorio sin la exigencia de un previo pago de tasa establecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos⁸. El demandante adujo que la municipalidad tras haberle impuesto una multa se presentó a la misma a efectos de impugnar la decisión, pero se le exigió previamente el pago de quince nuevos soles por concepto de tasa de impugnación, razón por la cual el demandante argumenta la vulneración de su derecho de petición, así como su derecho de defensa como elemento del debido proceso que consagra la Constitución.

Como observamos en el presente caso se trata de la aplicación de una norma cuya constitucionalidad cuestiona el demandante al alegar que su aplicación vulnera los derechos fundamentales expuestos. Ante ello surge inevitablemente la siguiente interrogante: ¿Pueden los órganos no jurisdiccionales, encargados de solucionar o prevenir conflictos, ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa? Y en el caso concreto ¿el funcionario público pudo haber inaplicado el Texto Único de Procedimientos Administrativos, sin haber vulnerado el principio de legalidad?

⁸ El TUPA es un documento técnico normativo de gestión, creado para brindar a los administrados (personas naturales o jurídicas) en general la información sobre los procedimientos administrativos que se tramitan ante las entidades (requisitos, costos, plazos) en un documento único que los ordene y sistematice. En http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/info_secpu/pcm_0013.pdf.

En el presente trabajo nos proponemos resolver si la Administración puede o no hacer uso de este método de control para inaplicar aquellas normas jurídicas que, siendo contrarias a la Constitución, concurren a la solución de un caso que es materia de un procedimiento administrativo. La reflexión se realiza en el marco que supone la concepción del *Estado Constitucional de Derecho*, que a diferencia del Estado de Derecho decimonónico, donde era la ley quien ejercía tal condición, es nuestro marco de contexto jurídico donde los planteamientos y reflexiones adquieren coherencia y sentido.

3. SOLUCIONES AL PROBLEMA

La idea del Estado de Derecho está hoy en día ligada a la idea de Constitución como conjunto de valores, principios y normas fundamentales que al gozar de propia fuerza normativa de mayor jerarquía deben prevalecer sobre toda norma o acto jurídico⁹. Así se habla de un tránsito del viejo Estado Legal de Derecho (caracterizado por el imperio y soberanía de la ley) al moderno Estado Constitucional de Derecho (donde impera y ejerce soberanía la Constitución), como afirma GARCÍA PELAYO¹⁰ “(...) la Constitución, en tanto que norma fundamental positiva, vincula a todos los poderes públicos incluido el Parlamento y por tanto la ley no puede ser contraria a los preceptos constitucionales, a los principios de que éstos arrancan o que se infieren de ellos, y a los valores a cuya realización aspira. Tal es lo que configura la esencia del Estado Constitucional de Derecho (...)”.

Es así que el Estado Constitucional (*der konstitutionelle Staat*) implica un replanteamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa forjado en el siglo XIX en una etapa propia del Estado Liberal. Si bien antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaban en el ámbito de la ley, ahora en el Estado Constitucional, la legitimidad de las leyes, se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y de los derechos fundamentales que ella reconoce; todo ello en virtud del principio de supremacía constitucional.

⁹ LOEWENSTEIN, Karl, *Verfassungslehre*, der 3. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, págs. 216-222.

¹⁰ GARCÍA PELAYO, Manuel, *El Status del Tribunal Constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 1, Madrid, 1981, pág. 18.

El principio de supremacía constitucional deriva del carácter fundante que la Constitución tiene respecto del orden jurídico, y ya que ella no solo es el origen formal de las fuentes primarias del derecho, al diseñar un procedimiento especial para su creación, sino también hasta cierto grado es su origen sustancial pues determina en mayor o menos cuantía el contenido material de dicho sistema¹¹, lo cual es considerado por la doctrina como la conquista más importante del derecho contemporáneo.

Ese carácter normativo y supremo de la Constitución exige erigirla como parámetro de control y validez de las demás normas jurídicas del ordenamiento jurídico, a fin de asegurar su vigencia y eficacia. Por ello, el control de la regularidad constitucional de las leyes y otros actos es un elemento esencial de todo Estado Constitucional de Derecho. Este deber implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200° , inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138°). Tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conformes a los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra.

Este control de la constitucionalidad normativa puede ser de tipo político (a cargo de un órgano no jurisdiccional, generalmente el Parlamento) o jurídico (a cargo de jueces u órganos que ejercen jurisdicción). A su vez, el control jurídico puede ser difuso (a cargo de todos los jueces y con efectos exclusivos para el caso concreto) o concentrado (a cargo de un órgano especializado del Estado y con alcances generales o *erga omnes*).

En el caso del control difuso - siguiendo la *judicial review* norteamericana -, los jueces tienen el poder-deber de dar preferencia a la Constitución en los casos concretos que les sean sometidos a su decisión y, en consecuencia, de inaplicar las leyes o demás normas jurídicas que consideren inconstitucionales. Se trata de un poder-deber otorgado a los jueces u órganos jurisdiccionales del Estado, que están obligados a ejercitar o cumplir sea cual fuere su competencia o rango, sin importar el tipo de proceso de que se trate.

¹¹ KELSEN, Hans, **La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)**, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, serie Ensayos jurídicos, n° 5, 2001, pág. 23.

En ese sentido ¿Es viable que en un procedimiento administrativo la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?

Se podría decir que la Administración sólo debe actuar en el marco de poderes o facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico, y que ante nuestra interrogante, la Norma Fundamental no le ha otorgado (a la Administración) el poder de inaplicar las normas que considere inconstitucionales; entonces, no hay manera de que la Administración pueda ejercitar un poder que no tiene o que no le ha sido otorgado. A ello debemos agregar que el principio de separación de poderes fue el argumento principal que esgrimieron los juristas de la Europa continental para seguir un método propio que se apartara del control difuso de la constitucionalidad de las leyes; es decir, para adoptar el control concentrado de la constitucionalidad normativa, a cargo no ya de todos los jueces del Estado, sino de un solo órgano estatal y especializado.

Otro argumento podría ser el que se desprende de la postura de un sector de la doctrina administrativista vinculado también al principio de legalidad. Este sector considera que los poderes implícitos de la Administración sólo pueden deducirse de otros poderes expresamente conferidos a ella. Sobre esa base podría alegarse que en tanto no parece advertirse en el ordenamiento jurídico algún poder expresamente otorgado a la Administración del cual pueda deducirse la capacidad para controlar la constitucionalidad normativa, entonces se debe concluir que la Administración no tiene un poder implícito para vigilar la constitucionalidad de las normas que concurren a la solución de los procedimientos sometidos a su competencia.

También se puede alegar que, en el caso peruano, el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre este punto al señalar que: “(...) la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, conforme a lo que establece el artículo 138° de nuestra Constitución Política, sólo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencias eminentemente administrativas. Por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y, por ende, para aplicarla en los casos que corresponda, no pueden, en cambio,

arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales, que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable”¹².

Como ya lo referimos, el deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución alcanza a todo órgano del Estado, incluida la administración pública, pues de lo contrario el sistema jurídico no estaría basado en la racionalidad de una norma fundamental que imprime unidad y coherencia al sistema y otorga validez y vigencia al resto de normas del ordenamiento jurídico. El carácter fundamental y supremo de la Constitución hace que ésta goce de propia fuerza normativa de la mayor jerarquía. Además, hace que vincule en forma directa e inmediata a todos los órganos del Estado así como a los particulares. Esto significa, que la Administración al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentra sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De este modo, la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino antes bien, por su fundamentación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se encuentra en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como “Principio de legalidad”, en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que “las autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución, la ley y al derecho* (...)”.

De no ser así, la superior fuerza normativa de la Constitución no sería más que solo papel, pues la Administración se encontraría obligada a aplicar una norma legal u otra de inferior jerarquía a pesar de ser incompatible con la Norma Fundamental. Siendo así, (...) se llegaría al absurdo de concluir que la Administración no se encuentra vinculada a la Constitución o que es inmune a su superior fuerza normativa; conclusión que no sólo negaría la idea misma de Constitución, sino que rompería con la concepción del Estado Constitucional de Derecho¹³.

¹² EXP. N° 007-2001-AI/TC.

¹³ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, **Control difuso y administración ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?**, en Revista Jurídica del Perú, Año LII N°41, Trujillo, 2002, pág. 21.

Por ello, es deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso, pues resultaría contrario a la Constitución que en virtud del principio de legalidad la administración pública aplique una ley que vulnera algún derecho fundamental concreto.

Es menester precisar que actualmente la Administración ha ganado para sí un espacio enorme como órgano de solución y prevención de diversos conflictos intersubjetivos, así como órgano de sanción de diversas conductas antijurídicas (es el caso por ejemplo, de los órganos administrativos de defensa del consumidor, de la competencia y de la propiedad intelectual, del Tribunal Fiscal, de los órganos reguladores de servicios públicos, etc.). En dichos casos la Administración ejerce una actividad *cuasi jurisdiccional* porque resuelve o previene conflictos o impone sanciones, a través de una decisión vinculante u obligatoria que es impuesta a las partes o administrados en el marco de un procedimiento administrativo.

Al respecto MONROY GALVEZ¹⁴, expresa que “En forma más integral, la jurisdicción o función jurisdiccional es el poder-deber del Estado previsto para solucionar los conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales y la constitucionalidad normativa en forma exclusiva y definitiva, a través de los órganos jurisdiccionales que se apoyan en el *ius imperium* para el cumplimiento obligatorio de sus decisiones”.

Entonces si el ordenamiento jurídico contemporáneo encomienda a la Administración el ejercicio de una función *cuasi jurisdiccional*; esto es, de solucionar y prevenir una serie de conflictos intersubjetivos, o de imponer sanciones, a través de una decisión vinculante u obligatoria que impone a las partes o administrados en el marco de un procedimiento administrativo (como ocurre, por ejemplo, con los órganos administrativos de defensa del consumidor, de la competencia y de la propiedad intelectual, del Tribunal Fiscal, etc.); entonces, se debe concluir que dicho ordenamiento le otorga también los poderes y facultades necesarias para ejercer esa función. Por ello, en virtud a esta *cuasi jurisdicción* ejercida por la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, tiene el deber constitucional (al igual que los jueces ordinarios) de realizar el control difuso de

¹⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, Tomo I, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, pág. 98.

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 (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que 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 en sentido estricto, pues la norma constitucional no puede ser objeto de una interpretación restrictiva y literal.

Recordemos que según GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁵: “La atribución de potestades a la Administración tiene que ser, en primer término expresa. La exigencia de una explicitud en la atribución legal no es más que una consecuencia del sentido general del principio, que requiere un otorgamiento positivo sin el cual la Administración no puede actuar (...). Ahora bien, esta exigencia debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, *pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo*”.

En conclusión con esta posibilidad de control se buscaría asegurar la eficacia directa e inmediata de la Constitución al interior de un procedimiento administrativo, en el cual también entra en juego y se discuten inevitablemente derechos de corte constitucional.

Asimismo respecto al principio de supremacía constitucional BULLARD¹⁶ considera que respecto al control difuso en sede administrativa la solución consiste en sopesar dos principios que se encontrarían en conflicto: el principio de jerarquía y el principio de legalidad administrativa. Para tal ponderación parte de distinguir entre principios y reglas. Los primeros, siguiendo a Alexy son: “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y otro, **Curso de Derecho Administrativo**, Tomo I. Madrid: Civitas, 2000, pág. 448.

¹⁶ BULLARD GONZÁLES, Alfredo, **Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional**, en Palestra del Tribunal Constitucional: “La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional”, Primera edición, Marzo 2007.

grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”. En cambio las reglas son para el mismo autor: “Normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”. Esta diferencia es sustancial para el autor para solucionar el conflicto que pudiera existir entre los principios y las reglas. Cuando colisionan dos reglas, por tener consecuencias distintas, una de ellas se inaplica ya sea introduciendo una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida una de las reglas. En cambio, cuando se presenta una colisión de principios el resultado no es el mismo. En este caso, uno de los principios cede, no necesariamente en el mismo grado, frente al otro, lo cual no significa que se declare inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Para esta ponderación, es necesario ver las circunstancias concretas, ya que estas determinan que uno de los principios preceda al otro. Y esto sucede en el tema en análisis, puesto que a veces será necesario que haya una aplicación del principio de jerarquía, dando primacía a la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, y en otras ocasiones deberá aplicarse el principio de legalidad administrativa, debiendo la Administración pública cumplir y ejecutar la ley. Concluye que el criterio orientador para definir cuando debe primar el principio de jerarquía y cuando el de legalidad es la protección de derechos fundamentales. Así pues, pensar que la pirámide de Kelsen se aplicará sin excepciones es tan utópico como pensar que la Administración pública no debe poder aplicarla nunca. El control difuso, es como todo en “el Derecho, una simple herramienta para mejorar la convivencia humana”.

Finalmente a estos argumentos se suma el último cambio de criterio del Tribunal Constitucional, pues emitió una nueva sentencia que expresando (...) intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y de la posición central que ocupan los derechos

fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1°)¹⁷.

Asimismo posteriormente a esta sentencia se emitió una Resolución Aclaratoria, debido a toda la polémica surgida producto del fallo constitucional, expresando lo siguiente¹⁸:

“4. En primer lugar, resulta pertinente atender que tanto el juez de instancia como el colegiado que atendió el recurso de apelación no se han referido a la dimensión constitucional de los hechos planteados por el recurrente, puesto que ambos se han limitado a verificar si la imposición del pago previsto para impugnar una decisión de la municipalidad emplazada, se ha ajustado a las normas infraconstitucionales como el Código Tributario o la propia Ordenanza Municipal N.º 084/MDS, que aprobó el TUPA de la municipalidad demandada, donde, en efecto, se encuentra previsto el cobro de un derecho por concepto de presentación de recursos impugnatorios. En este sentido, el *a quo*, luego de verificar que el monto establecido por concepto de apelación se encuentra regulado en el respectivo TUPA de la municipalidad, que se enmarca dentro de los parámetros establecidos por el Código Tributario, concluye que “(...) no se estaría vulnerando (el) derecho a la defensa (del recurrente)”(fundamento jurídico sexto de la sentencia).

7. De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución –dada su fuerza normativa–, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial»”.

Dicho precedente debe ser concordado con el pronunciamiento del mismo Tribunal respecto a una demanda de amparo contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección a la Propiedad Intelectual (Indecopi) y la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc), a fin de que se inaplique el primer párrafo del art. 147 del Decreto

¹⁷ EXP. N° 3741-2004-PA/TC.

¹⁸ EXP. N° 3741-2004-AA/TC.

Legislativo 822, por ser contrario al derecho de igualdad ante la ley, pues la mencionada norma contenía una presunción sin prueba en contrario, a favor de Apdayc, eximiéndolo de acreditar de manera formal un listado de obras o soportes musicales con los respectivos autores que administra. Es así como el Tribunal en la sentencia emitida en el EXP. N.º 06135-2006-PA/TC señaló que en mérito al deber de protección de los derechos fundamentales que tiene todo el poder público y, en este caso en particular, los Tribunales Administrativos, ellos deben ejercer el poder-deber de control difuso de constitucionalidad, cuando en la resolución de un procedimiento administrativo resulta relevante la aplicación de una norma y ella es incompatible con derechos fundamentales o con principios constitucionales que los garantizan.

En tal sentido, señala el Tribunal Constitucional, la omisión del control de constitucionalidad en sede administrativa, como en el supuesto antes mencionado, representa, a su vez, la omisión del deber de protección de los derechos fundamentales. En consecuencia, dado que los Tribunales Administrativos y órganos colegiados están vinculados por el deber de protección, ellos han de ejercer el control difuso cuando el caso lo exiga.

Por otro lado, en el ámbito de la doctrina comparada respecto al control difuso que puedan ejercitar las Administraciones Públicas ha sido también abordado. Un caso peculiar es el chileno. En este ha habido una regulación constitucional sobre el llamado control difuso en sede administrativa. La Constitución chilena ha dispuesto que un órgano administrativo concreto, la Contraloría General de la República de Chile, tenga la facultad de controlar preventivamente la legalidad de la actividad de la Administración, y la constitucionalidad de algunos actos de la Administración, especialmente de naturaleza normativa. Así, la Constitución chilena, en su artículo 88º ha dispuesto (...) un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del fisco, de las municipalidades y de los demás organismo y servicios que determinen las leyes. Mientras que el análisis de la constitucionalidad se manifiesta en el artículo 89: “con respecto a un decreto con fuerza de ley, a un decreto promulgatorio de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución”.

Por otro lado, en el caso argentino no se le ha atribuido el control difuso a las entidades administrativas. Pero esto no es óbice para que tales entidades, en virtud del respeto de la Constitución, adopten ciertas medidas para asegurarla dentro del ámbito de su competencia, y sin hacer uso de facultades que no se le han atribuido. El principio de legalidad administrativa es respetado por la Administración Pública en el sentido que no hay dispositivo constitucional ni norma legal alguna que le confiera la potestad de no aplicar una norma legal en un caso concreto.

Volcándonos nuevamente a la realidad peruana, como lo hemos señalado la administración pública si es capaz de poder ejercer el control difuso, en razón del principio de supremacía constitucional. Si bien para algunos autores esto puede llevar a la inaplicación de una serie de normas legales que en el fondo también puedan vulnerar derechos constitucionales, incluidos además los principios de legalidad y predictibilidad. Se agrega además la impericia de muchos funcionarios públicos que no cursaron estudios de derecho y cuya carrera no está seguida por la meritocracia, hace del instituto del control difuso, peligroso en manos de ellos. Ante ello cabe responder que la Constitución al otorgar de manera implícita esta facultad-deber de ejercer el control difuso en el ámbito administrativo, nos referimos a la norma como presupuesto de hecho, lo hace en defensa de la coherencia del sistema y la posibilidad de que en sede administrativa se eviten la vulneración de derechos fundamentales. Otro plano es el fáctico donde en caso darse estos desencuentros se propongan distintos remedios, tales como suspender el procedimiento administrativo para realizar la respectiva consulta a un órgano de mayor jerarquía y experticia, o en todo caso como lo señaló el Tribunal Constitucional, atribuir este control constitucional solamente a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración pública que imparten justicia con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.

Por ello, en el devenir del planteamiento de este problema en el sistema jurídico peruano en la actualidad ha quedado determinado lo siguiente:

PRIMERO: Los sujetos competentes para llevar a cabo el denominado control difuso de constitucionalidad únicamente son los tribunales u órganos colegiados de la Administración pública.

SEGUNDO: El control difuso de constitucionalidad deberá realizarse únicamente cuando la inconstitucionalidad sea manifiesta. En una aclaratoria el tribunal constitucional ha establecido que por tribunales administrativos u órganos colegiados se hace referencia a 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.

TERCERO: La expresión “inconstitucionalidad manifiesta” deberá integrarse paulatinamente a partir de los casos concretos, no obstante, estaremos frente a una norma manifiestamente inconstitucional cuando otra norma A vacíe el contenido de una norma B. Para esto se deberá tener en consideración las sendas sentencias de nuestro tribunal constitucional sobre la teoría del núcleo duro de los derechos fundamentales.

CUARTO: Que el examen concreto de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo.

QUINTO: Que la norma sometida a control de constitucionalidad no sea posible de ser interpretada conforme a la constitución vigente.

Finalmente, podemos mencionar que la interpretación de estos derechos fundamentales se hace a luz del Estado Constitucional de Derecho con el firme propósito de brindar una efectiva justicia administrativa al ciudadano para de este modo integrar todo el sistema jurídico peruano al Estado Constitucional de Derecho, pues este mecanismo puesto al servicio de la Administración pública busca materializar los derechos fundamentales en sus dimensiones horizontales y verticales.

4. CONCLUSIONES

- La concepción de la Constitución como norma suprema es atribuida al constitucionalismo norteamericano; puesto que antes del siglo XVII en el sistema britano, el *common law* prevalecía sobre las leyes formales, las cuales eran consideradas normas particulares o excepcionales en relación al derecho consuetudinario.
- El principio de supremacía de la Constitución y su vocación de prevalecer sobre cualquier otra norma incompatible con ella– se convirtió en una de las principales características del constitucionalismo moderno y del control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa.
- En el caso europeo, el liberalismo y el constitucionalismo primitivo de la revolución francesa, tenían un gran respeto a la ley. No desconfiaban del legislador, sino del juez, por ser el servidor del Monarca en el Estado absoluto, pues, estaba sujeto a la voluntad del soberano; frente a ello se busco vincularle como un esclavo a la letra de la ley, con la finalidad de garantizar el éxito de los cambios revolucionarios que se estaban gestando a partir del Parlamento, y para evitar la arbitrariedad en el ejercicio de su autoridad jurisdiccional. La ley apareció así como la “Carta Magna de la libertad” y el juez solamente como su obediente servidor y ejecutor. De tales concepciones surgiría la tan mentada equiparación entre Ley y Derecho y la visión del juez como “la boca de la ley”.
- La doctrina francesa criticó la doctrina Norteamérica, como un instituto que constituía un elemento perturbador de un esquema de democracia pura, pues, en la práctica se conducía al Estado a un “gobierno de los jueces”, capaz de dejar sin efecto actos de gobierno considerados contrarios a una norma suprema.
- La salida europea de encargar el control de la constitucionalidad de las leyes a uno solo órgano especializado del Estado - a diferencia del control difuso a cargo de todos los jueces - se debió principalmente a la finalidad de encontrar un equilibrio entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional que vele por la constitucionalidad de las leyes y los principios de separación de poderes y supremacía del Parlamento que, pese a los cambios en su concepción que experimentaron, se encontraban muy arraigados en la Europa continental.

- El control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa tiene una recepción casi universal, incluyendo los países de América Latina. Algunos de ellos han seguido el método difuso, otros el concentrado, no faltando aquellos que han optado por una salida dual, permitiendo la coexistencia de ambos sistemas, como ocurre con el caso peruano.
- En el caso peruano es necesario señalar que poseemos dos sistemas de control de constitucionalidad, por lo cual se considera que en Perú funciona un sistema dual, que es realidad poco común en el derecho constitucional comparado. El control difuso se encuentra consagrado por el artículo 138° de la norma constitucional (2), mientras que el control concentrado se encuentra regulado en los artículos 200° y 202° del citado cuerpo de leyes. De hecho, el Tribunal Constitucional puede también hacer uso del control difuso cuando resuelve en última instancia procesos constitucionales.
- La idea del Estado de Derecho está hoy en día ligada a la idea de Constitución como conjunto de valores, principios y normas fundamentales que al gozar de propia fuerza normativa de mayor jerarquía deben prevalecer sobre toda norma o acto jurídico. Así se habla de un tránsito del viejo Estado Legal de Derecho (caracterizado por el imperio y soberanía de la ley) al moderno Estado Constitucional de Derecho (donde impera y ejerce soberanía la Constitución).
- Es así que el Estado Constitucional (*der konstitutionelle Staat*) implica un replanteamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa forjado en el siglo XIX en una etapa propia del Estado Liberal. Si bien antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaban en el ámbito de la ley, ahora en el Estado Constitucional, la legitimidad de las leyes, se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y de los derechos fundamentales que ella reconoce; todo ello en virtud del principio de supremacía constitucional.
- El deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución alcanza a todo órgano del Estado, incluida la administración pública, pues de lo contrario el sistema jurídico no estaría basado en la racionalidad de una norma fundamental que imprime unidad

y coherencia al sistema y otorga validez y vigencia al resto de normas del ordenamiento jurídico.

- La vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como “Principio de legalidad”, en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que “las autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)*”.
- En virtud a la *cuasi jurisdicción* ejercida por la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, tiene el deber constitucional (al igual que los jueces ordinarios) 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 (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial en sentido estricto, pues la norma constitucional no puede ser objeto de una interpretación restrictiva y literal.
- En el último cambio de criterio del Tribunal Constitucional, emitió una nueva sentencia que expresando es (...) intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y de la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1°).

- Según los críticos la impericia de muchos funcionarios públicos que no cursaron estudios de derecho y cuya carrera no está seguida por la meritocracia, hace del instituto del control difuso, peligroso en manos de ellos. Ante ello cabe responder que la Constitución al otorgar de manera implícita esta facultad-deber de ejercer el control difuso en el ámbito administrativo, nos referimos a la norma como presupuesto de hecho, lo hace en defensa de la coherencia del sistema y la posibilidad de que en sede administrativa se eviten la vulneración de derechos fundamentales. Otro plano es el fáctico donde en caso darse estos desencuentros se propongan distintos remedios, tales como suspender el procedimiento administrativo para realizar la respectiva consulta a un órgano de mayor jerarquía y experticia, o en todo caso como lo señaló el Tribunal Constitucional, atribuir este control constitucional solamente a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración pública que imparten justicia con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.

BIBLIOGRAFÍA

- BULLARD GONZÁLES, Alfredo, **Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional**, en Palestra del Tribunal Constitucional: “La defensa de la Constitución por los tribunales administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional”, Primera edición, Marzo 2007.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, **Control difuso y administración ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?**, en Revista Jurídica del Perú, Año LII N°41, Trujillo, 2002.
- CAPELLETI, Mauro, **El control judicial de la constitucionalidad de la leyes en el Derecho Comparado**, Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, **Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad**, en: La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica. Madrid: Dykinson y otros, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y otro, **Curso de Derecho Administrativo**, Tomo I. Madrid: Civitas, 2000.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, **El Status del Tribunal Constitucional**, en Revista Española de Derecho Constitucional, n° 1, Madrid, 1981.
- MONROY GÁLVEZ, Juan, **Introducción al proceso civil**, Tomo I, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996, pág. 98.
- KELSEN, Hans, **La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)**, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, serie Ensayos jurídicos, n° 5, 2001.
- LOEWENSTEIN, Karl, **Verfassungslehre**, der 3. Aufl. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.

- SCHMITT, Carl, **La defensa de la Constitución**, Editorial Tecnos, Madrid, 1983.
 - http://www.gestionpublica.org.pe/plantilla/info_secpu/pcm_0013.pdf .
-