

## Validez de los argumentos jurídicos del Tribunal Constitucional en los precedentes vinculantes sobre la aplicación e inaplicación del control difuso administrativo.

Validity of the legal arguments of the Constitutional Court in binding precedents on the application and non-application of administrative diffuse control

James Joel Camacho Vílchez\*

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Trujillo, Av. Juan Pablo II s/n - Ciudad Universitaria, Trujillo, Perú.

\*Autor correspondiente: [jamescamacho10@hotmail.com](mailto:jamescamacho10@hotmail.com) (J. Camacho)

---

### RESUMEN

El presente tiene como propósito determinar si resultan válidos y suficientes los argumentos jurídicos del Tribunal Constitucional, considerados en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 3741-2004-AA-TC, y, N° 4293-2012-AA-TC; referente a la aplicación e inaplicación del control difuso administrativo; respectivamente. Se tomó en consideración las propias sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los expedientes antes descritos, quien en un determinado tiempo, argumentó que era totalmente válido realizar control difuso administrativo, empero luego de unos años cambio de criterio y ha prevenido su inaplicabilidad en todo sus extremos. En este contexto, nos proponemos determinar si tales argumentos jurídicos del Tribunal Constitucional, pueden ser considerados válidos y suficientes, para lo cual se ha tomado atención el ámbito normativo, dogmático y jurisprudencial de índole nacional e internacional que permitan finalmente asumir una posición y tener claro el concepto de control difuso y el órgano encargado de su aplicación en relación a las competencias establecidas en la constitución, determinando si éstas alcanza a la administración pública; asimismo, analizaremos la competencia del propio tribunal constitucional para normar y otorgar facultades a la administración pública para ejercer control difuso sin quebrantar el orden constitucional.

**Palabras clave:** Tribunal constitucional; argumentos jurídicos; control difuso; administrativo.

---

### ABSTRACT

The purpose of this document is to determine whether the legal arguments of the Constitutional Court are valid and sufficient, considered in the judgments in Files No. 3741-2004-AA-TC, and, No. 4293-2012-AA-TC; concerning the application and inapplication of diffuse administrative control; respectively. The judgments issued by the Constitutional Court were taken into consideration in the files described above, who at a certain time, argued that it was totally valid to carry out diffuse administrative control, but after a few years, a change of criteria and prevented its inapplicability in all extremes In this context, we intend to determine whether such legal arguments of the Constitutional Court can be considered valid and sufficient, for which attention has been taken to the national, international and normative, dogmatic and jurisprudential scope that finally allows to assume a position and be clear the concept of diffuse control and the body responsible for its application in relation to the powers established in the constitution, determining whether they reach the public administration; Likewise, we will analyze the competence of the constitutional court itself to regulate and grant powers to the public administration to exercise diffuse control without breaking the constitutional order.

**Key words:** Constitutional Court; Legal arguments; diffuse control; Administrative.

---

### 1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda que todo el actuar y funcionamiento de los poderes del Estado peruano deben guiarse de la constitución y someterse a ella. Ninguna norma puede contravenir la constitución, puesto que desde el punto

de vista de jerarquía de normas la constitución está por sobre de toda norma legal de carácter general, a ello se le considera la supremacía constitucional (García, 1999). De este modo, el control difuso constituye una facultad de control de la constitucionalidad de las leyes y demás normas jurídicas de inferior jerarquía que se le ha reconocido en su ejercicio al Poder Judicial, a través de sus órganos jerárquicos competentes. Este hecho ha sido recogido por la doctrina constitucional, para indicar que cuando un juzgador realiza ese control de leyes, está realizando un control difuso; en consecuencia cualquier juez independientemente de su jerarquía funcional, puede ejercer el control de la constitucionalidad de las normas, siempre que encuentre incompatibilidad entre una ley y la constitución, debiendo preferir ésta última y disponiendo la inaplicación de la ley inconstitucional en el caso concreto que está conociendo; pues, si la norma de carácter general, dentro de un proceso judicial, genera dudas de constitucionalidad, y contraviene la constitución el juzgador preferirá la norma constitucional.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 3741-2004-AA-TC, mediante sentencia de fecha catorce de noviembre del año dos mil cinco (Acción de Amparo interpuesta por Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la Municipalidad Distrital de Surquillo), estableció que la Administración Pública, a través de sus tribunales y órganos colegiados, no sólo tiene el deber de hacer cumplir la Constitución Política del Estado, sino que también tiene el deber de realizar el Control Difuso de las normas que sustentan los actos administrativos que expide en el ejercicio de sus funciones, cuando dichos actos sean contrarios al texto de la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la misma. Con ello se le reconocía la posibilidad a la administración pública de ejercer control difuso dentro de un procedimiento administrativo, otorgándole facultad de discrecionalidad a los órganos administrativos.

Luego, el propio Tribunal Constitucional en el Expediente N° 4293-2012-AA-TC, mediante sentencia de fecha dieciocho de marzo del año dos mil catorce (Acción de Amparo interpuesta por Consorcio Requena contra el Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado - OSCE), llegó a la conclusión de que tal precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad, precisando que en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado.

En este contexto, analizaremos los criterios del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio del control constitucional difuso por parte de los tribunales y órganos colegiados de la administración pública y en virtud de ello, determinar la validez o en su defecto la invalidez de los mismos. Así, en la sentencia STC 3741-2004-AA-TC, se puede apreciar que se pretendió colocar al órgano de la administración pública, quien ejerce procedimiento administrativo, en la misma condición y prerrogativa que el juez ordinario (proceso judicial); tal vez; tal como dice la doctrina, se quiso concluir de que “existe entre ambos sujetos una similitud fundamental o esencial en las funciones que ambos tienen asignados y, existiendo dicha similitud, ante el problema de la inconstitucionalidad de una ley, proceder a derivar de aquella similitud de funciones, la atribución de inaplicación a favor de la Administración de la misma manera en que los jueces la realizan.” (Tirado, 2008). Además, se puede advertir que en dicha sentencia se sustenta la decisión; esencialmente, en el artículo 38° de la Constitución Política del Estado, estableciendo el deber de todos los peruanos de respetar y defender la Constitución; pues, no cabe duda que en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la administración no solo tiene la facultad sino el deber de desconocer la norma viciada de inconstitucionalidad aplicando directamente la constitución; sin embargo, no existe siquiera un artículo que respalde la construcción interpretativa que realizaron los integrantes del Tribunal Constitucional, en el sentido de otorgarles facultad de un control difuso a la administración pública.

Luego, si bien mediante en la sentencia STC 4293-2012-AA-TC, el Tribunal Constitucional cambia de criterio; por cuanto, cierra toda posibilidad de que los Tribunales Administrativos ejerzan control difuso, sobre lo cual coincidimos; sin embargo, consideramos que se deja claros vacíos; como es, por ejemplo, cómo lograr - sin otorgarles la facultad de control constitucional difuso - la plena efectividad de los derechos fundamentales de los administrados y el principio de seguridad jurídica, por cuanto no se puede justificar una sentencia con el solo razonamiento de que no realizan funciones jurisdiccionales, lo cual es evidente; sino, en ponderar también a favor de una efectiva prestación de servicios y la garantía de los derechos fundamentales de los administrados; de ahí, nuestra preocupación en el presente tema de estudio.

Nos proponemos, en el presente artículo lograr los siguientes objetivos:

- a).-Determinar cuáles son los sistemas de control constitucional.
- b).-Conocer los conceptos básicos del control difuso.

- c).-Analizar los argumentos jurídicos establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3741-2004-AA-TC.-
- d).-Analizar los argumentos jurídicos establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 4392-2012-AA-TC.
- e).-Establecer la invalidez de los argumentos jurídicos esbozados en la sentencia recaída en el expediente N° 3741-2004-AA-TC.-
- f).-Denotar la insuficiencia de los argumentos jurídicos planteados en la sentencia recaída en el expediente N° 4392-2012-AA-TC.

## 2. 2. MATERIAL Y MÉTODOS

### 2.1. Material de estudio:

- Doctrina nacional y extranjera sobre sistemas de control de constitucionalidad.
- Trabajos de investigación sobre sistemas de control de constitucionalidad.
- Trabajos de investigación y bibliografía pertinente relacionada con el control difuso y control concentrado.

### 2.2. Material bibliográfico:

- Libro de doctrina nacional y extranjera.
- Revista de folletos, artículos periodísticos.
- Constitución Política del Perú.
- Legislación Especial y Comparada.

### 2.3. Métodos y técnicas:

#### 2.3.1. Métodos:

a) **Método científico:** se utilizó para conseguir una correcta orientación de la investigación trabajada, además nos ha permitido regular la actividad intelectual en el planteamiento del problema y obtener nuevos conocimientos.

#### b) Métodos generales:

- **Método Analítico - Sintético:** se utilizó con el fin analizar tanto la doctrina nacional y extranjera como la legislación sobre el tema materia de investigación.
- **Método Inductivo – Deductivo:** se utilizó con la finalidad de estudiar la jurisprudencia nacional, y confirmar los resultados del trabajo de investigación, la misma que puede servir para aplicarla a otros casos específicos.

#### c) Métodos específicos:

- **Método Hermenéutico Jurídico:** nos permitió analizar e interpretar la legislación nacional y extranjera sobre el tema.
- **Método Comparativo:** nos permitió sobre el tema hacer una comparación o contrastación de la jurisprudencia y normas, habiendo observado las posturas respecto a la investigación realizada.

#### 2.3.2.-Técnicas:

##### Técnicas para la recolección de datos:

- **Fichaje:** nos permitió la recolección de la información bibliográfica y/o de campo.
- **Técnica observacional documental:** por el cual se ha obtenido información de la realidad que es objeto de análisis.
- **Análisis de contenido:** mediante el cual hemos realizado diferentes inferencias que el presente proyecto requiere, y sobre todo para que dichas inferencias sean válidas y contrastables con la realidad.

## 3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN



Figura 1. Los sistemas de control constitucional



Figura 2. Sistema Americano



Figura 3: Sistema Europeo

### 3.1 Supremacía y control de la constitución

La doctrina ha señalado que “es necesario partir de la supremacía de la Constitución ya que representa el sustento del orden estatal, fuente y legitimación de toda la estructura política y jurídica del Estado, de los derechos fundamentales y la supervisión constitucional.” (Gonzales, 2013). De este modo, “el concepto de control de la constitución sólo se entiende en función de que existe algo que por su esencia y atributos es formalmente superior; por su naturaleza es materialmente fundamental, porque prevé la existencia de poderes, les atribuye facultades, consigna limitaciones y prohibiciones; sólo él es original y todo el orden normativo restante es derivado y secundario”; luego agrega, “el carácter de suprema que se reconoce a la constitución se impone en todo el territorio nacional a todos sus habitantes, sin importar sean gobernados o gobernantes, y en todo tiempo.” (Artega, 1999). “Esto significa que la ley o la norma reglamentaria deberán ajustarse a la Constitución si pretenden ser válidas y regir efectivamente. Ninguna norma con rango de ley ni mucho menos con rango de reglamento, podrán disponer de modo distinto a lo que dispone la Constitución.” (Castillo, 2007). En tal virtud, “La defensa de la Constitución, es la acción más importante que se tiene para preservar al Estado, por cuanto ella, conjunto de normas, principios, fines y valores, constituye el fundamento y sustento de la forma del Estado y la forma de gobierno, relación que surge del principio de supremacía constitucional.” (Gonzales, 2013). Por su parte, Sagüés (2007), señala; “un sistema de control de constitucionalidad requiere varios ingredientes: a).-una constitución rígida; b) un órgano de control independiente del órgano controlado; c).- facultades decisorias del órgano de control; d) derecho de los perjudicados a reclamar e impulsar el control, y e) sometimiento de todo el mundo jurídico al control.” Pues, “la defensa de la Constitución se ha realizado y se realiza por medio de tres sistemas, dos de carácter jurisdiccional y uno político. El primero es conocido como el control difuso de constitucionalidad, que es ejercido por jueces, miembros del Poder Judicial, el otro es denominado concentrado el cual es realizado por un Tribunal autónomo e independiente; finalmente, el control político que generalmente es ejercido por el Parlamento.” (Gonzales, 2013)

### 3.2 El sistema de control constitucional difuso – conceptos básicos.



Figura 4. Característica del Control Difuso

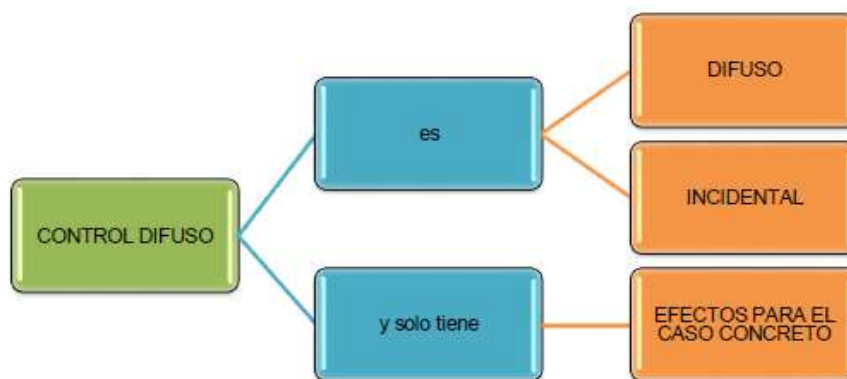


Figura 5. Naturaleza del Control Difuso

El sistema de control difuso, nace y se fortalece en los Estados Unidos de Norte América; así, se ha señalado, que “el problema de inconstitucionalidad de las leyes, en los Estados Unidos, tiene como forma de solución el sistema difuso de jurisdicción constitucional, pero ya como modelo específico, se conoce con el nombre de Judicial Review. Tiene su propio fundamento, sus propias características, y sobre todo su larga aplicación jurisprudencial, que no solamente ha servido para ese país, sino que ha servido como paradigma para un buen número de países. (Ortecho, 2003)

“En primer lugar, debemos considerar la tradición constitucional norteamericana a partir del célebre caso *Marbury vs Madison*, en el cual se determinó no solo que la Constitución era norma suprema, sino además que los jueces podían inaplicar la norma legal al caso concreto cuando encontraran que la misma se encontraba en desacuerdo con la norma constitucional obstante que dicha prerrogativa judicial no se encontraba prevista en la Carta Magna. Dicha facultad se denominó *judicial review* y conforma lo que se conoce como control difuso.” (Guzmán, 2015). Asimismo, Quiroga (2011) manifiesta que “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.”

También, Ortecho ha señalado “la *Judicial Review*, que constituye el control constitucional a cargo de la Corte Suprema, tiene su origen y un desarrollo eminentemente jurisprudencial. Ya resulta famoso el fallo expedido en el orden federal, el año 1803, sobre el caso *Marbury c/ Madison*, en el que el Juez Marshall emitió su extraordinario pronunciamiento, dejando de aplicar una ley, por considerarla contraria a la Constitución.” “El resumen de dicha sentencia, que hace Claudius Johnson y la reproduce Bidart Campos, es elocuente: i).-La Constitución es la ley suprema; ii).-Por ende un acto legislativo contrario a ella no es una ley; iii).-El Tribunal Judicial debe decidir siempre entre dos leyes en conflicto; iv).-Si un acto legislativo está en pugna con la Constitución, es deber del Tribunal rehusar la aplicación del acto legislativo; v).-Si así no lo hace, se destruye el fundamento de la Constitución escrita.”

De este modo, “La sentencia, recaída en el caso *Marbury v Madison*, constituye el primer referente del control difuso; prácticamente, en ella se encuentra el origen del control difuso de constitucionalidad. Control que se cumple por mandato del principio de supremacía de constitucional, que obliga a los jueces a preferir la

Constitución sobre cualquier norma legal, de esta forma, los jueces en la aplicación de una ley a un caso concreto deben cuidar que sea coherente con la Constitución en caso contrario la debe inaplicar y aplicar la Constitución; pero debemos señalar que la sentencia no produce derogación de la ley, el efecto es la inaplicación de la norma al caso concreto y los efectos son *inter partes*.” (Gonzales, 2013)

Así, a través del tiempo, el control de constitucionalidad de las leyes que realizan los jueces del Poder Judicial en los procesos ordinarios, ha sufrido algunos perfeccionamientos a través de leyes ordinarias, lo cual si bien no ha significado la limitación de la competencia; sin embargo, ha implicado un apartamiento del modelo original del sistema americano; pues, las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. En efecto, “tal modificación consiste en la obligación que se han impuesto a los jueces de elevar en consulta a la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, cada vez que en un proceso cualquiera adviertan la inconstitucionalidad de una norma legal y la inapliquen con efectos particulares. Ello, con el objeto de que sea la Sala Suprema la que, en definitiva, determine si la evaluación practicada por el Juez de menor jerarquía fue adecuado, y en consecuencia, válida la no aplicación de la ley para el caso en concreto, a tenor del artículo 14 del texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.” (Palomino, 2002).

Este sistema, como se puede apreciar, “...nace con ciertas limitaciones. No deroga la ley, sino la inaplica en caso de contradicción con la Constitución. Su objetivo no es, pues, buscar enfrentamientos con el Poder legislativo (el deber de los jueces es sostener la validez de la ley en tanto ella no repugne a la Constitución de manera manifiesta y evidente), sino preservar la supremacía constitucional.” (Henriquez, 2007). Así, “Son características propias del control judicial las siguientes: 1° *Es difuso*, cualquier juez dentro de un caso concreto, puede examinar la constitucionalidad de la ley. 2° *Es concreto*, requiere un proceso abierto. 3° *Es interpartes*, el fallo del juez favorece sólo a las partes que intervienen en el proceso. 4° *Es incidental*, su trámite se desprende de proceso principal. 5° *Es declarativo*, no es constitutivo sino que la decisión del juez se limita a declarar la validez o invalidez de la norma, por lo tanto es *ex tunc* o con efectos retroactivos. 6° *No tiene efecto derogativo*; los jueces se limitan a la no aplicación de la ley. Ella puede resurgir en cualquier momento.”

### 3.3 El sistema de control constitucional europeo.

El otro modelo de control constitucional, conocido como “control concentrado” o “control abstracto”, nos dice García Belaunde, que reposa en la armazón teórica de Hans Kelsen, arquitecto del Tribunal Constitucional de Austria, concebido en 1919 y consagrado constitucionalmente en 1920.” (Gonzales, 2013) Así, en el caso europeo, “la evolución fue diferente, puesto que se determinó la existencia de un ente especializado que tutelara la constitucionalidad de las leyes, de tal forma que los jueces no pueden dejar de aplicar por decisión propia una norma de rango legal. La aparición de dicho mecanismo se dio con la constitución austriaca de mil novecientos veinte y luego se propagó a la mayor parte de Europa y de ahí a Latinoamérica. El citado ente, que sería denominado Tribunal Constitucional, posee la facultad de derogar la norma en cuestión, a través del uso del denominado control concentrado.” (Guzmán, 2015)

“El Fuero Constitucional, programado especialmente por Kelsen, se lo llama *sistema austríaco* por haberse implantado en la Constitución de tal país, en mil novecientos veinte. Propone un régimen *concentrado* de revisión de constitucionalidad, es decir, centralizado en un “tribunal constitucional” que opera como órgano extra poder (fuera de los tres poderes clásicos).” (Sagüés, 2007)

Dice Sagüés (2007) que el plan de Kelsen parte de estos supuestos: “a) No hay control efectivo de constitucionalidad si el órgano de control no está habilitado para fallar con efectos generales (*erga omnes*) y hasta para derogar a la norma inconstitucional. b) Eso importa un enorme poder político-institucional, que no puede confiarse al Poder Judicial clásico, sino a un cuerpo intermedio, situado a mitad de camino entre el viejo Poder Judicial y el parlamento. c) El control de constitucionalidad exige un cuerpo especializado, a fin de garantizar una mayor capacitación entre sus miembros y una suerte de *mentalidad constitucionalista* al dictar sus sentencias.”

Pues, en nuestro país, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes está exclusivamente depositado en el Tribunal Constitucional, el cual es “definido como “órgano de la constitución” (primer párrafo del artículo 201 CP); esta labor de control la realiza, entre otras formas, resolviendo “en instancia única, la acción de inconstitucionalidad” (artículo 202.1 CP). La acción de inconstitucionalidad “procede contra leyes, 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” (artículo 200.4 CP).” (Castillo, 2007)

“La primera característica que define este sistema, por tanto, es el ser concentrado, en contraposición al anterior que era difuso. La segunda característica es el ser principal, a diferencia del anterior sistema que era incidental. Esto significa que para la procedencia de este sistema de control no se necesita que previamente exista un litigio concreto que éste siendo conocido por –en este caso- el Tribunal Constitucional, sino que el sistema mismo prevé la existencia de una acción pensada para iniciar el proceso destinado a intentar arrojar del ordenamiento jurídico una ley inconstitucional. Esa acción comúnmente –como en el caso peruano- se denomina acción de inconstitucionalidad (artículo 200.4 CP). Y, como tercera característica, es que se trata de un sistema con efectos *erga omnes*. Quiere decir que si la norma con rango de ley es encontrada inconstitucional y así lo declara el Tribunal Constitucional, esa declaración produce sobre la ley efectos derogatorios. La ley, entonces, deja de formar parte del ordenamiento jurídico, pierde su vigencia.” (Castillo, 2007). Por su parte, HENRIQUEZ FRANCO, señala que “Son características que identifican a este sistema las siguientes: 1° *Es concentrado*: El examen de la constitucionalidad de las leyes corre a cargo de un órgano ad hoc, especializado. 2° *Es abstracto*: su interposición no requiere la existencia de un proceso concreto abierto. Los órganos legitimados interponen la acción directamente al tribunal constitucional. 3° *Se interpone en vía de acción*. 4° *Su efecto es derogativo*, pues la sentencia del Tribunal constitucional deja sin efecto la norma considerada inconstitucional. 5° *Es Erga Omnes*: como consecuencia de la derogación de la norma. 6° *Su efecto es pro-futuro*: la norma queda invalidada a partir de su publicación en el diario oficial. Es, por ello *ex nunc*.” (Henriquez, 2007)

### 3.4 El sistema de control constitucional mixto

Este es un sistema híbrido, que compatibiliza las bases del sistema difuso y el sistema concentrado; a decir de Sagiés (2007) “la fórmula de armonización puede ser la siguiente: todo juez puede conocer en litigios de constitucionalidad (régimen estadounidense), tomando decisiones con valor para el caso concreto; pero ciertas acciones, que pueden promover sólo determinados sujetos (p. ej., el presidente o el fiscal general), se diligencian exclusivamente en el Tribunal constitucional; y al sentencia de éste tiene efectos *erga omnes*.”

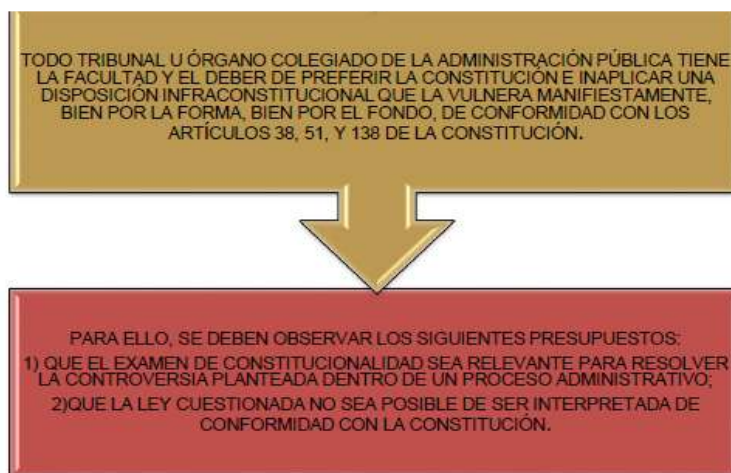
“El modelo de jurisdicción constitucional actualmente vigente en el Perú, según un grueso sector de la doctrina nacional, siguiendo las ideas de García Belaunde, se ha inclinado por calificar de *dual o paralelo*. Con ello, se ha querido expresar que la facultad de impartir la justicia constitucional en nuestro país, no la ejercen exclusivamente los jueces del Poder Judicial, en el esquema de denominado sistema americano de control judicial de constitucionalidad de las leyes (*judicial review*). Tampoco recae únicamente en el Tribunal Constitucional, al estilo del control concentrado de raíz Kelseniana, ni, en fin tal tarea se ha encargado a un órgano que represente una solución de mixtura orgánica (un *tertius genius*), producto de la conjunción de los modelos originarios, de control jurisdiccional de las leyes.” (Palomino, 2002)

“En el caso peruano es necesario señalar que poseemos ambos sistemas de control de constitucionalidad, por lo cual se considera que poseemos un sistema dual. El control difuso se encuentra consagrado por el artículo 138 de la norma constitucional y el control concentrado figura 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. Este modelo es poco común en el Derecho Constitucional comparado. Un caso interesante es el de Venezuela, donde el control difuso y el control concentrado se encuentran en manos del Poder Judicial, conforme lo señalado por su Constitución.” (Guzmán, 2015)

“Pero la Constitución peruana no sólo ha recogido el mencionado control difuso, sino que prevé también el llamado modelo europeo o control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Este sistema también se define a partir de tres características que se formulan en contraposición al sistema americano comentado anteriormente. A diferencia de este sistema de control que es atribuido a todos los jueces, el encargo de revisar la constitucionalidad de las leyes está fijado en un solo órgano, en el caso peruano, en el Tribunal Constitucional.” (Castillo, 2007)

“Nuestra constitución recoge uno y otro modelo ya que a la tradición de control de difuso que predominó en la constitución histórica se vienes a incorporar, desde la carta de 1979, el control de concentrado de constitucionalidad de las normas con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales que se recogiera con diferente integración, competencia y denominación en la Constitución de 1993.” (Sar, 2013)

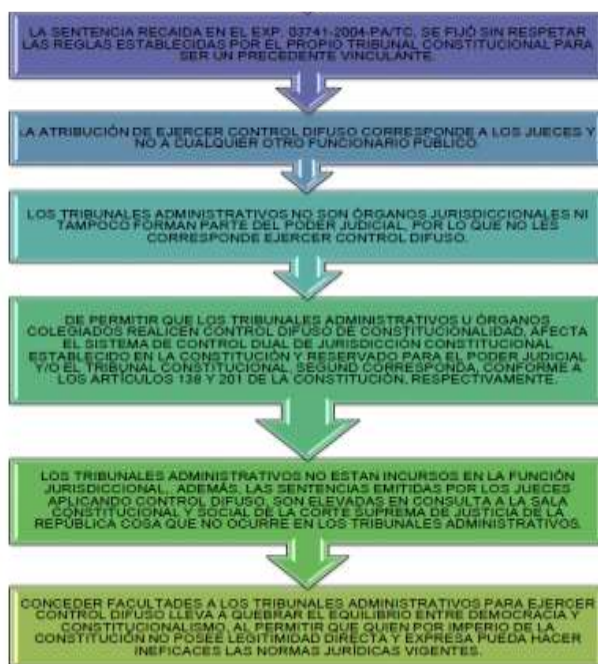
### 3.5. Argumentos jurídicos establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3741-2004-AA-TC.



**Figura 6.** Principales argumentos jurídicos de la sentencia 3741-2004-AA-TC

El Tribunal Constitucional en la STC 3741-2004-AA-TC, ha señalado que de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dicho órgano de control de la Constitución, 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 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, vulneradora de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados. En tal virtud, precisa que todo tribunal u órgano colegiado administrativo tiene la facultad y el deber de preferir la constitución e inaplicar una disposición infra constitucional 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 dicha norma constitucional. Para ello, ha precisado que solo resulta exigible, los siguientes presupuestos: **i).**- que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de proceso administrativo; **ii).**- que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la constitución

**3.6. Argumentos jurídicos establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 4392-2012-AA-TC.**

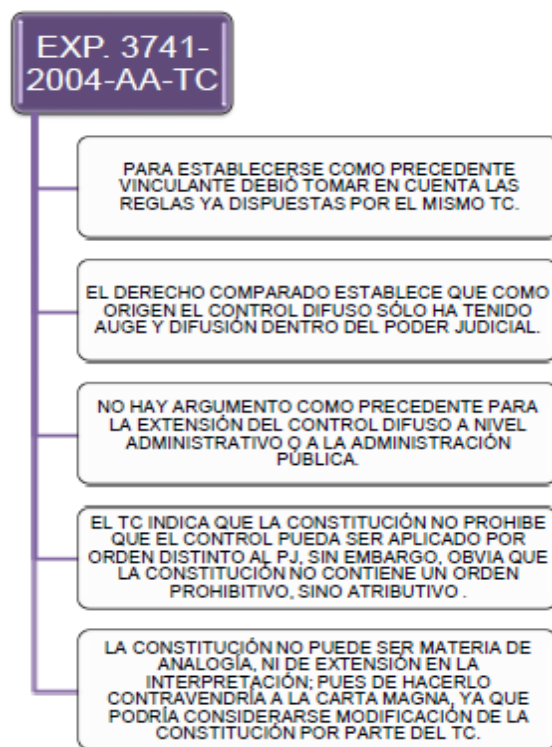


**Figura 7.** Principales argumentos jurídicos de la sentencia 4392-2012-AA-TC



El Tribunal Constitucional mediante sentencia STC 03741-2004-PA-TC, dejó sin efecto la aplicación de control de constitucionalidad por parte de la Administración Pública; así, en dicha sentencia se precisa como argumentos los siguientes: i).-La sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-PA/TC, se fijó sin respetar las reglas establecidas por el propio tribunal constitucional para ser un precedente vinculante. ii).-La atribución de ejercer control difuso corresponde a los jueces y no a cualquier otro funcionario público. iii).- Los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del poder judicial, por lo que no les corresponde ejercer control difuso. iv).-De permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la constitución y reservado para el poder judicial y/o el tribunal constitucional, según corresponda, conforme a los artículos 138 y 201 de la constitución, respectivamente. v).-Los tribunales administrativos no están incurso en la función jurisdiccional. Además, las sentencias emitidas por los jueces aplicando control difuso, son elevadas en consulta a la sala constitucional y social de la corte suprema de justicia de la república cosa que no ocurre en los tribunales administrativos. vi). - Conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes.

### 3.7. La invalidez de los argumentos jurídicos esbozados en la sentencia recaída en el expediente N° 3741-2004-AA-TC.-



**Figura 8.** Principales argumentos jurídicos de invalidez de la sentencia 3741-2004-AA-TC.

La sentencia STC 3741-2004-AA-TC, antes señalada, se puede apreciar que se pretendió colocar al Órgano de la Administración Pública, quien ejerce procedimiento administrativo, en la misma condición y prerrogativa que el juez ordinario (proceso judicial); tal vez, tal como dice la doctrina, se quiso concluir que “existe entre ambos sujetos una similitud fundamental o esencial en las funciones que ambos tienen asignados y, existiendo dicha similitud, ante el problema de la inconstitucionalidad de una ley, proceder a derivar de aquella similitud de funciones, la atribución de inaplicación a favor de la Administración de la misma manera en que los jueces la realizan.” (Tirado, 2008).

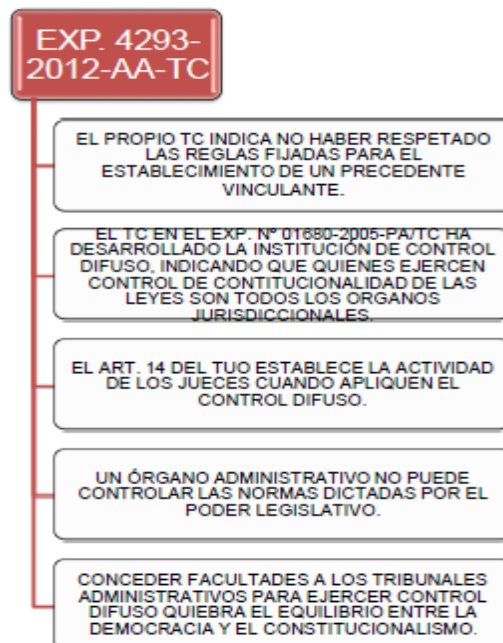
Del estudio y análisis de la STC 3741-2004-AA-TC, se puede advertir que sustenta su decisión; esencialmente, en el artículo 38 de la Constitución Política del Estado, estableciendo el deber de todos los peruanos de respetar y defender la Constitución; pues, no cabe duda que en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la administración no solo tiene la facultad sino el deber de desconocer la norma viciada de inconstitucionalidad, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución; sin embargo, dentro de la constitución no existe siquiera un artículo que respalde la

construcción interpretativa que realizaron los integrantes del Tribunal Constitucional, en el sentido de otorgarles facultad de un control difuso a la Administración Pública. Pues, tal como acertadamente ha señalado la doctrina "...ni el principio de jerarquía normativa ni el deber de respeto a la Constitución pueden traer consigo la afirmación de la atribución de inaplicación de leyes por parte de sólo algunos órganos administrativos del Poder Ejecutivo. Por otra parte, la aplicación analógica del control difuso judicial en el ámbito administrativo deja de lado un elemento sustancial como es el de uniformidad de criterios, que asegura tanto el principio de seguridad jurídica como la igualdad en la aplicación de la ley, gracias a la figura de la consulta, instrumento procesal imposible de trasladar al ámbito de la Administración Pública en la medida en que, incluso dentro del Poder Ejecutivo, no existe una única entidad con capacidad de imponer criterios vinculantes para todos los órganos administrativos, especialmente en el caso de los tribunales administrativos que no se encuentran sometidos a los clásicos criterios de jerarquía y subordinación a los órganos de dirección política.

De otro lado, el Tribunal Constitucional no ha desarrollado las pautas o parámetros para ejercer control difuso en sede administrativa; prueba de ello es que, si a nivel judicial el juez ordinario luego de ejercer control difuso emite su resolución, ésta es elevada a revisión a la Corte Suprema; empero, como quedaría en sede administrativa, quien sería el último en revisar la resolución que contiene el ejercicio de control difuso administrativo, acaso es la misma Corte Suprema, o es que no existe revisión, sobre ese punto el Tribunal Constitucional no abordó en lo absoluto.

En tal virtud, podemos afirmar la invalidez jurídica de los argumentos expresados por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes referida esencialmente porque: 1).-se fijó un precedente vinculante, sin respetar las reglas establecidas por el propio tribunal constitucional para constituir un precedente vinculante. 2).-el derecho comparado establece que como origen el control difuso sólo ha tenido auge y difusión dentro del Poder Judicial. 3).-no hay argumento como precedente para la extensión del control difuso administrativo; 4).-el Tribunal Constitucional indica que la Constitución no prohíbe que el control pueda ser aplicado por orden distinto al Poder Judicial, sin embargo, obvia que la constitución no contiene un orden prohibitivo, sino atributivo. y 5).-la constitución no puede ser materia de analogía, ni de extensión en la interpretación; pues de hacerlo contravendría a la Carta Magna, debido a que podría considerarse modificación de la constitución por parte del Tribunal Constitucional.

**3.8. Insuficiencia de los argumentos jurídicos planteados en la sentencia recaída en el expediente N° 4392-2012-AA-TC.**



**Figura 9.** Insuficiencia de los argumentos jurídicos de la sentencia 4392-2012-AA-TC.

Mediante sentencia la STC 4293-2012-AA-TC, se corrige el error del propio Tribunal Constitucional, establecido en la sentencia antes descrita; por cuanto, cierra toda posibilidad de que los Tribunales Administrativos ejerzan control difuso; pues, si bien dichos argumentos pueden resultar válidos; sin embargo, son insuficientes, pues, no se ha indicado si en el transcurso del año dos mil cinco que se emitió la STC

03741-2004-PA/TC hasta el años dos mil catorce que se emitió la STC 4293-2012-AA-TC, se ha ejercido control difuso administrativo y de haberlo cual ha sido la incidencia en la prestación de servicios y la garantía de los derechos fundamentales de los administrados y de la propia administración pública; pues, no cabe duda que el Tribunal Constitucional ha tenido buenas intenciones y se justifica su decisión en el sentido que buscaba una mayor y mejor protección a los derechos fundamentales de los administrados, como puede ser el derecho de defensa, el debido proceso, el derecho a la libertad de contratar, el principio de legalidad etc., lo cual nos parece correcto; sin embargo, ello se puede lograr sin necesidad de otorgarles la facultad de un control difuso a la administración pública, dado que con ello se rompe el orden constitucional; pues, si bien los tribunales administrativos resuelven conflictos entre los administrados y la Administración Pública; sin embargo, es innegable que no ejercen funciones jurisdiccionales; ello, en principio, porque por mandato constitucional ello está reservado al Poder Judicial y excepcionalmente a los árbitros y al fuero militar, y luego, porque las resoluciones administrativas no generan cosas juzgada dado que su eficacia se extingue en la propia administración, toda vez que son pasibles de ser impugnadas ante el Poder Judicial, mediante proceso contencioso administrativo; así, la doctrina ha coincidido en señalar que “el principal privilegio que ostenta la Administración Pública es el de autotutela, por el cual puede exigir de modo inmediato sus derechos los efectos de sus actos sin necesidad de previa declaración judicial de su legalidad y justificación (ejecutividad o autotutela declarativa) e, incluso, imponerlas con el empleo de la coacción (ejecutoriedad o autotutela ejecutiva).” (Anacleto, 2016); de ahí que se haya aseverado que “La Administración Pública debe ser primeramente una organización que participa del poder público en su sentido jurídico, es decir, capacidad de crear, modificar o extinguir unilateralmente derechos y obligaciones y posibilidad de imponerlos, incluso, cuando fuera necesario, coactivamente.” (Abruña, 2010), pero no por ello se puede afirmar que poseen facultades jurisdiccionales.

Además, a criterio nuestro, el Tribunal Constitucional no ha argumentado que se corre el riesgo que los tribunales administrativos hagan uso en forma excesiva e indiscriminada de este mecanismo de control de constitucionalidad y sin la posibilidad de revisión; asimismo, se ha podido advertir que en muchas resoluciones administrativas en realidad no se ha efectuado un control difuso de la constitucionalidad de las leyes, sino un control de legalidad de normas; pues, bajo la denominación de control difuso, han hecho prevalecer una norma con rango de ley, sobre una norma reglamentaria, lo cual en efecto, están obligados a efectuar los tribunales administrativos.

De otro lado, existe una curiosidad legal que al otorgar a los Tribunales de la Administración Pública a ejercer control difuso el Tribunal Constitucional está normando una facultad, lo cual no le corresponde dado que este tiene tan solo facultades decisorias como órgano de control constitucional; asimismo, ha señalado que dicha sentencia tiene un contenido contrario a la constitución, sin profundizar tal criterio. De este modo, consideramos que el Tribunal Constitucional no ha atendido tales cuestionamientos. Siendo ello así, el hecho de no haber abordado todas las interrogantes como los que acabamos de indicar *ut supra* hace de estos argumentos insuficientes, *máxime* si: 1).-el propio Tribunal Constitucional indica no haber respetado las reglas fijadas para el establecimiento de un precedente vinculante. 2).-el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01680-2005-PA-TC ha desarrollado la institución de Control Difuso, indicando que quienes ejercen control de constitucionalidad de las leyes son todos los órganos jurisdiccionales; sin dejar abierta la posibilidad de ello, a los tribunales administrativos. 3) el Artículo 14 del Texto Único Ordenado de la ley Orgánica del Poder Judicial establece la actividad de los jueces cuando apliquen Control Difuso; 4) Un Órgano Administrativo no puede controlar las normas dictadas por el Poder Legislativo. 5).-conceder facultades a los Tribunales Administrativos para ejercer Control Difuso quiebra el equilibrio entre la democracia el constitucionalismo.

#### 4. CONCLUSIONES

La supremacía constitucional simboliza a la Constitución como la fuente principal y más importante del sistema jurídico del estado; pues, tal como se ha precisado, la doctrina coincide en señalar que se trata de una norma primaria que funda la estructura política y jurídica del estado, de los derechos fundamentales y el propio control constitucional; asimismo, establece un orden jurídico de la cual se derivan las demás normas, donde las de más alta jerarquía somete a las inferiores y todo el sistema jurídico se subordina a la constitución y es precisamente cuando se pierde esa coherencia, se produce un quiebre a dicho orden constitucional que conocemos como inconstitucionalidad. Pues, a efectos de lograr ese orden jurídico normativo, existen sistemas de control de constitucionalidad son: i).-sistema Americano (Control Difuso), ii).-sistema Europeo (Sistema Europeo), y, iii).-sistema Mixto. Así, el control difuso; que es el sistema de control que hemos desarrollado en el presente artículo; es una institución jurídica y mecanismo de control de

constitucionalidad, aplicable cuando dentro de un proceso judicial, al existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera y de este modo, hacen prevalecer la supremacía constitucional en el caso concreto.

El Tribunal Constitucional en la STC 3741-2004-AA-TC, faculta a un tribunal u órgano colegiado de la administración pública el mecanismo de control difuso; precisando como argumento que éstos tienen la potestad y el deber de preferir la constitución e inaplicar una disposición infra constitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51, y 138 de la constitución, debiendo esencialmente observar dos presupuestos: 1).- que el 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..

Mediante la STC 4293-2012-AA-TC, se deja sin efecto el precedente vinculante antes señalado, negando la posibilidad que un tribunal u órgano colegiado de la administración pública pueda ejercer un control difuso; así, se expone como argumentos más importantes: 1).- la sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-PA/TC, se fijó sin respetar las reglas establecidas por el propio tribunal constitucional para ser un precedente vinculante. 2).- la atribución de ejercer control difuso corresponde a los jueces y no a cualquier otro funcionario público. 3).- los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del poder judicial, por lo que no les corresponde ejercer control difuso. 4).- de permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la constitución y reservado para el poder judicial y/o el tribunal constitucional, según corresponda, conforme a los artículos 138 y 201 de la constitución, respectivamente. 5).- los tribunales administrativos no están incurso en la función jurisdiccional. Además, las sentencias emitidas por los jueces aplicando control difuso, son elevadas en consulta a la sala constitucional y social de la corte suprema de justicia de la república cosa que no ocurre en los tribunales administrativos. 6).- conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer control difuso lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes.

Consideramos que en ambas sentencias se debe respetar los argumentos expresados por el Tribunal Constitucional, por cuanto, es el órgano supremo de interpretación y control constitucional, respaldados por la Constitución, y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; sin embargo, no lo compartimos dado que no tiene una correcta argumentación, de allí nuestra crítica de invalidez e insuficiencia. Pues, en la STC 3741-2004-AA-TC, no podemos admitir un control difuso por parte de un tribunal u órgano colegiado de la administración pública, toda vez que ningún sistema jurídico ha extendido dicha facultad a éstos; pues, ello está reservado a aquel poder del estado que administra justicia y por ende tiene facultades jurisdiccionales; y si bien la constitución no lo prohíbe no debemos olvidar que la constitución tiene tan solo un orden atributivo, estableciendo deberes y derechos; asimismo, normas que habilitan y otorgan competencias a los poderes públicos; creemos que la constitución no puede ser materia de interpretación por analogía; de hacerlo contraviene la propia constitución e implica una modificación de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional, para lo cual no tienen competencia.

Si bien en la sentencia STC 4293-2012-AA-TC, se corrige un error propio del Tribunal Constitucional, y niega toda posibilidad de que los Tribunales Administrativos ejerzan control difuso, sobre lo cual coincidimos dado que desde nuestro punto de vista ello, es válido; sin embargo, los argumentos son insuficientes, toda vez que no se ha analizado si durante la vigencia del referido precedente vinculante se ha ejercido un verdadero control difuso administrativo; y de ser así, cual ha sido la incidencia en la prestación de servicios y la garantía de los derechos fundamentales de los administrados y de la propia administración pública; asimismo, no se ha precisado si en la sentencia anterior, erróneamente se ha normado una facultad que no correspondía al Tribunal Constitucional o su contenido es contrario a la constitución; debemos tener en cuenta que el Tribunal Constitucional tan solo es un órgano de control de la constitución y por tanto, tiene competencia para vigilar las resoluciones del poder judicial, los actos normativos del legislador, del legislador delegado y del poder ejecutivo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abruña, A. 2010. Delimitación jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento peruano. Palestra Editores. Lima, Perú. 208 pp.
- Anacleto, G. 2016. Proceso Contencioso Administrativo. Editorial Lex & Iuris. Lima, Perú. 703 pp.
- Arteaga, E. 1999. Tratado de Derecho Constitucional (Vol. 4). Editorial OXFORD. México D.F., México. 1506 pp.

- Castillo, L. 2007. Los Derechos Constitucionales - Elementos para una teoría general (Tercera ed.). Palestra Editores. Lima, Perú. 478 pp.
- García, E.; Fernández, T. 2006. Curso de Derecho Administrativo (Duodécima ed., Vol. I). Palestra -TEMIS. Lima, Perú. 1,703 pp.
- García, V. 2014. Teoría del Estado y Derecho Constitucional (Cuarta ed.). ADRUS D&L Editores. Lima, Perú. 952 pp.
- García V. 2015. Constitución, Justicia y Derechos Fundamentales. Lex & Iuris. Lima, Perú. 590 pp.
- Gonzales, M. 2013. Derecho Constitucional General. Editorial Universitaria - Universidad Ricardo Palma. Lima, Perú. 909 pp.
- Guzmán, C. 2015. La Constitución Política: un análisis funcional. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, Perú. 870 pp.
- Henriquez, H. 2007. Derecho Constitucional. Editorial FECAT. Lima, Perú. 486 pp.
- Ortecho, V. 2003. Jurisdicción y Procesos Constitucionales (Sétima ed.). Editorial RODHAS. Lima, Perú. 93 pp.
- Palomino, J. 2002. Control y Magistratura Constitucional en el Perú. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/344/20.pdf>
- Patrón, P.; Patrón, P. 2004. Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú (Octava ed.). Editorial GRIJLEY. Lima, Perú. 637 pp.
- Quiroga, A. 2011. El Control Difuso Administrativo. Libro Homenaje a Fernando Vidal Ramírez. Editorial IDEMSA. Lima, Perú. Vol. II., 489-533 pp.
- Sagüés, N. 2007. Manual de derecho constitucional. Editorial ASTREA Buenos Aires, Argentina. 957 pp.
- Sar, O. 2013. La Jurisdicción Constitucional en el Perú. En T. C. PERÚ, Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú Q & P Impresores S.R.L. Lima, Perú. Vol. II, 843-868 pp.
- Tirado, J. 2008. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración Pública en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editorial Grijley. Lima, Perú. 160 pp.