

CONTROL DIFUSO Y ADMINISTRACIÓN: ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?*

Reynaldo Bustamante Alarcón

Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Investigador del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid.

Sumario: I. A modo de introducción: La precisión del problema; II. Los orígenes históricos del control difuso de la constitucionalidad normativa; 2.1. Del Juez Coke a la *judicial review* norteamericana; 2.2. La *judicial review* en Norteamérica: sur orígenes y formulación; 2.3. Las dificultades de su recepción europea. Una salida “reciente”; 2.4. Corolario; III. ¿Puede la Administración ejercitar el control difuso de la constitucionalidad normativa?; 3.1. Ensayando algunas respuestas; 3.1.1. Argumentos a favor; 3.1.2. Argumentos en contra; 3.2. Propuesta de mecanismos procesales que podrían ser utilizados para superar el problema. Nuestra opinión al respecto; IV. Conclusiones y reflexiones finales; V. Bibliografía.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA PRECISIÓN DEL PROBLEMA

La idea del Estado de Derecho está hoy en día indisolublemente ligada a la idea de Constitución como conjunto de valores, principios y normas fundamentales y supremas que, al gozar de propia fuerza normativa de la mayor jerarquía, deben prevalecer sobre toda otra norma o acto jurídico¹. Eso trae como consecuencia que dicha idea esté asociada también al poder de ciertos órganos especializados de inaplicar o declarar la inconstitucionalidad –o nulidad– de aquellas normas o actos estatales –incluidas las leyes– contrarias a la Constitución². Se habla así 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)³. Como afirma GARCÍA PELAYO:

* Texto del artículo publicado con el mismo nombre en: *Revista Jurídica del Perú*, Año LII N° 41, Revista especializada en jurisprudencia y doctrina, 2002, Trujillo, pp. 35-62. He mantenido su contenido original, aunque me he permitido introducir algunas reflexiones finales que anuncian otros temas que, en mi opinión, un análisis integral de este problema debería abordar.

¹ Vid: LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979, pp. 216 a 222.

² Cfr.: BREWER-CARIAS, Allan R. “La justicia Constitucional”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLV, N° 3, julio-setiembre de 1995, p. 121.

³ “Con la expresión *imperio de la Ley*, que no significa otra cosa que la sujeción de todos –ciudadanos y poderes públicos– al conjunto de normas que conforman el ordenamiento jurídico, se ha tratado de resumir lo que por Estado de Derecho hay que comprender. Pero esta expresión no debe confundirnos. Si partimos de un concepto normativo de Constitución –haciendo uso de la clasificación ontológica de LOEWENSTEIN–, sólo tiene sentido seguir hablando de *imperio de la Ley* si consideramos a la Constitución como la primera de las leyes a aplicar. La ley pasa, pues, a un segundo plano; pasa a ser una norma subordinada que debe respetar no sólo los concretos preceptos que en la Constitución se contienen, sino también los principios que de ellos se derivan y los valores de los que la misma arranca. Tal es lo que configura la esencia de lo que se ha dado en llamar *Estado Constitucional de Derecho* frente al mero *Estado legal de Derecho*. Todo el ordenamiento ha de entenderse con referencia y en función de la Constitución. El dogma de la supremacía del Parlamento o de la soberanía de la Ley deja paso al dogma de la soberanía de la Constitución, y en definitiva

“(…) 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 (…)”⁴.

De esta manera, y siguiendo a MAURO CAPPELLETTI, la Constitución no es concebida sólo “(…) como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico” (sin que eso signifique restarle importancia a tales aspectos), “(…) sino como una ley verdadera, positiva y obligante, con un carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria”⁵. Por ello, en los sistemas jurídicos contemporáneos, las Constituciones no son simples “buenas intenciones”, ni “adagios trillados”; al contrario, su contenido tiene un carácter normativo directamente aplicable o vinculante tanto respecto de los órganos del Estado como de los individuos o particulares⁶.

Ese carácter normativo y supremo de la Constitución exige que ella sea tomada como parámetro para controlar o determinar la validez de las demás normas jurídicas del sistema, a fin de asegurar su virtualidad y eficacia⁷.

Este control de la constitucionalidad normativa puede ser de tipo político (a cargo de un órgano no jurisdiccional, generalmente dependiente del Parlamento)⁸ 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*)⁹. El control concentrado, a su vez, puede ser preventivo (ejercitado antes de que la norma entre en vigencia) o reparador (practicado una vez que la norma haya entrado en vigencia)¹⁰.

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 inconstitucionales¹¹. Se trata de un poder-deber otorgado a los

del principio de soberanía popular” (LÓPEZ DE ULLA, José Manuel. *Orígenes Constitucionales del Control Judicial de la Leyes*. Madrid: Tecnos, pp. 20 a 21).

⁴ GARCÍA PELAYO, Manuel, “El Status del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 1, Madrid, 1981, p. 18.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial Review of Legislation and its Legitimacy*. Recent Developments. General Report. Uppsala: International Association of Legal Sciences, 1984 (mineo), p. 20.

⁶ BREWER-CARIAS, Allan R. *Op. cit.*, pp. 123 a 124.

⁷ *Vid*: BREWER-CARIAS, Allan R. *Ibid.*, p. 124.

⁸ Como ocurre con el añejo modelo Francés. *Vid*: TRUJILLO, Gumersindo. “La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control”; en su libro: *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*. La Laguna: Universidad de la Laguna, p. 50. También: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad”; en: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson y otros, 1997, p. 58 y siguientes.

⁹ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Ibid.*, pp. 51 a 58, y 68 a 84.

¹⁰ BREWER-CARIAS, Allan. “La Jurisdicción Constitucional en América Latina”. En: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson y otros, 1997, p. 145 y siguientes.

¹¹ “En el sistema norteamericano, *todos los órganos judiciales ordinarios* pueden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes con ocasión de las controversias suscitadas ante ellos; se trata, pues, de una

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 trate¹². Dicho control “(...) sólo puede ser cumplido *incidenter tantum*, es decir, en un proceso concreto (que) el juez esté conociendo, y donde la inconstitucionalidad de la ley o norma (a inaplicar) no es ni el objeto de dicho proceso ni el asunto principal del mismo”¹³.

En definitiva, se trata de un poder-deber otorgado a los jueces u órganos jurisdiccionales del Estado, generalmente a través de una norma expresa de la Constitución¹⁴ (aunque no siempre ocurre así, como lo demuestra el caso de la *judicial review* americana).

La pregunta que esta afirmación nos suscita es, ¿puede algún otro órgano encargado de solucionar o prevenir conflictos, preferir la Constitución a una norma de inferior jerarquía, al momento de tomar una decisión? O más precisamente: ¿pueden los órganos no jurisdiccionales, encargados de solucionar o prevenir conflictos, ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa? ¿Lo pueden hacer los árbitros, los órganos de la justicia militar e incluso los órganos de la Administración?

En el presente ensayo nos proponemos verificar 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 (donde ostenta supremacía la Constitución, a diferencia del Estado de Derecho decimonónico, donde es la ley la que ejerce tal condición). Es en dicho marco donde los planteamientos y reflexiones encuentran coherencia y especial sentido. Fuera de él este ensayo sería indebidamente examinado porque sus proposiciones podrían perder los presupuestos teóricos que le sirven de sustento (pienso por ejemplo, en un Estado totalitario donde la idea de Constitución simplemente no existe, o en un Estado de Derecho legislativo donde la ley es la “soberana” y en donde la Constitución sólo aparece como una carta de organización política).

Corremos el riesgo de que se nos acuse de ocuparnos de un tema que ya está resuelto. Se nos podría decir que la Administración sólo actúa en el marco de poderes o facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico, y como quiera que la Norma Fundamental no le ha otorgado 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.

jurisdicción ‘difusa’, que, sin embargo, no da lugar a una jurisprudencia dispersa y contradictoria, pues la fuerza vinculante del precedente actúa de correctivo del sistema. Como recuerda *Trujillo*, el principio del ‘*stare decisis*’, característico de los países de ‘*common law*’, implica que las posibles divergencias entre los distintos tribunales sobre la constitucionalidad de una misma ley puedan ser decididas, a través del sistema de impugnaciones, por los órganos judiciales superiores y en especial por el Tribunal Supremo, cuya decisión será en lo sucesivo vinculante para todos los tribunales” (FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando. *El Sistema Constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992, p. 1046).

¹² Sin perjuicio de ello, en algunos países el control difuso sólo puede ser ejercitado a pedido de parte, como ocurre con el caso argentino (*Vid*: BREWER-CARÍAS, Allan. *Ibid.*, p. 130).

¹³ BREWER-CARÍAS, Allan. *Ibid.*, p. 129.

¹⁴ Como ocurre con el artículo 138 de la Constitución peruana.- “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.”.

También se nos podría decir 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”¹⁵.

Con estas premisas hace algunos años se publicó este mismo ensayo en la *Revista Jurídica del Perú* con la finalidad de analizar si, desde un punto de vista teórico, era factible o no la posibilidad de que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa¹⁶. La citada sentencia parecía dar una respuesta contundente en el plano del Derecho que *es*; sin embargo, el tema quedaba abierto al análisis teórico para examinar el Derecho que *podría ser*. Precisamente el Tribunal Constitucional peruano ha cambiado de criterio, emitiendo una nueva sentencia que establece como precedente de observancia obligatoria lo siguiente¹⁷:

“Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución¹⁸. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de

¹⁵ Tribunal Constitucional peruano. *Sentencia del 9 de enero de 2003*, Fundamento No. 3. Emitida en el Expediente No. 007-2002-AI/TC.

¹⁶ 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. Op. cit.*

¹⁷ Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano (Ley N° 28237).- “Precedente.- Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”

¹⁸ Artículo 38 de la Constitución Política del Perú.- “Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.”

Artículo 51 de la Constitución Política del Perú.- “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.”

Artículo 138 de la Constitución Política del Perú.- “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.”

un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.”¹⁹

El problema de este ensayo vuelve entonces a cobrar notoriedad y relevancia. No sólo en el campo teórico o conceptual, sino también en el de su operatividad práctica. Quizá por ello me animaron a publicar una vez más este artículo en su versión original, por considerarlo de utilidad y actualidad. Inicialmente dudé en aceptar dicha propuesta, porque el transcurso de los años me ha permitido desarrollar nuevas reflexiones y otros puntos de vista que aportar. Hacerlo daría lugar a un trabajo complementario y diferente. Si a eso se agrega que mis planteamientos iniciales han visto aparecer las reflexiones de otros autores, que incluso han realizado investigaciones mayores, mi reserva se presentaba así como una actitud prudente y justificada²⁰. No obstante, me he decantado por publicar nuevamente mi artículo, esta vez en este espacio, tanto por la utilidad que pueda tener, como por el afán de motivar el debate y nuevas investigaciones. He mantenido así su contenido original, aunque me he permitido introducir algunas reflexiones finales que anuncian otros temas que un análisis integral de este problema deberá –en mi opinión– abordar.

La problemática aquí planteada no sólo se mantiene sino que no resulta, en lo absoluto, un tema baladí. Lo comprobamos al apreciar que, en el mundo actual, la Administración ha ganado para sí un espacio enorme como órgano de solución y prevención de diversos conflictos intersubjetivos (que han sido sometidos a su autoridad por el ordenamiento jurídico), 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 supervisores 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 administrativo²¹.

El asunto cobra entonces un especial sentido. Por ello consideramos que la simple referencia dogmática a las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional no es suficiente para concluir que esta problemática se encuentra zanjada, especialmente en el plano doctrinario. Todo lo contrario, es necesario analizar sus respectivas posturas para verificar

¹⁹ STC de 14 de noviembre de 2005 (vista de la causa en audiencia pública), expedida el 11 de octubre de 2006, fundamento N° 50, en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC.

Cierto es que, nuestro Tribunal Constitucional ha matizado posteriormente esta sentencia, mediante resolución aclaratoria del 13 de octubre de 2006, señalando –entre otros criterios– “que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten ‘justicia administrativa’ con *carácter nacional*, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados” (fundamento 4 de la resolución aclaratoria).

²⁰ En el Perú el trabajo de Claudia del Pozo Goicochea es una muestra de ello. Su libro: *Control Difuso y procedimiento Administrativo*, Palestra: Lima, 2005, es una obra que aborda esta problemática enriqueciendo nuestra cultura jurídica con sugerentes y versados aportes. En buena medida es el fruto de la tesis que sustentó en el año 2003, con solvencia y prolijidad, para optar el título de abogada en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

²¹ La Administración, al resolver o prevenir los conflictos sometidos a su competencia, o al imponer sanciones, no ejerce función jurisdiccional porque su decisión no es susceptible de adquirir la autoridad de cosa juzgada (es decir, de ser inmutable e irrevocable), característica que –junto con otros elementos– es definitoria de la jurisdicción. Por eso se dice que la decisión de la Administración puede adquirir, a los más, el carácter de cosa decidida y que ésta puede ejercer, a lo mucho, una actividad *cuasi jurisdiccional* o una simple justicia administrativa (Cfr.: MONROY, GÁLVEZ, Juan F. *Introducción al proceso civil*. T. I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, p. 213).

su acierto. Al hacerlo verificaremos también si la Constitución es o no directamente aplicable en un procedimiento administrativo, de tal suerte que, de existir una incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, entonces la Administración deba preferir la primera. Si la respuesta es positiva tendremos que preguntarnos qué mecanismos se deben utilizar, o pueden ser adoptados, para garantizar la eficacia directa de la Constitución en un procedimiento administrativo. Si la respuesta es negativa, deberemos concluir, que la llamada fuerza normativa o eficacia directa de la Constitución no existe, o que existe parcialmente, pues habremos comprobado que determinados órganos del Estado, o ciertos sectores del ordenamiento jurídico, son inmunes a su aplicación directa.

Como esto último parece ser un despropósito, la problemática no sólo dista de ser ociosa, sino que su solución es trascendental para garantizar la fuerza normativa de la Constitución y su eficacia directa en la totalidad del ordenamiento jurídico.

Ese es el objetivo que perseguimos en el presente ensayo. Para alcanzarlo, empezaremos con aproximarnos a los orígenes históricos del control difuso, a fin de poder advertir los principales fundamentos que permitieron el surgimiento del control judicial de la constitucionalidad normativa; continuaremos con referirnos a la fuerza normativa y vinculante de la Constitución, así como a su relación con la Administración, lo cual nos permitirá ensayar algunas respuestas; y, finalmente, terminaremos proponiendo algunos mecanismos procesales que podrían ser utilizados para superar el problema.

Este es, repito, el contenido de nuestro ensayo original, el cual, salvo las reflexiones finales, reproducimos exactamente a continuación.

2. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD NORMATIVA

Para resolver con propiedad el problema de si la Administración puede o no ejercitar el control difuso, en aquellos procedimientos sometidos a su competencia, resulta relevante conocer cuáles fueron las razones principales que permitieron el nacimiento de este mecanismo de control de la constitucionalidad normativa. Ellas nos permitirán determinar por qué es necesaria la existencia de instrumentos de control de la constitucionalidad de las normas y, al mismo tiempo, verificar si desde el “punto de vista” de esas razones existe algún impedimento para que la Administración pueda ejercitar el control difuso.

2.1. Del Juez Coke a la *judicial review* norteamericana

La concepción de la Constitución como norma suprema se la debemos, sin duda, al constitucionalismo norteamericano, constituyendo no sólo una de sus grandes contribuciones al Derecho, sino el fundamento último de la noción de justicia constitucional. Sin embargo, dicha concepción encuentra sus raíces en el *common law* británico.

En efecto, antes del siglo XVII, en el sistema británico el *common law* –es decir la ley no legislada– prevalecía sobre las leyes formales o *statutes*, las cuales eran consideradas como normas particulares o excepcionales en relación al derecho

consuetudinario previamente establecido²². Esa práctica 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 que el Juez COKE afirmó:

“(...) aparece en nuestros libros que en muchos casos, 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”²³.

Lord EDWARD COKE esgrimirá su doctrina sobre la autoridad del juez en cuanto árbitro entre el rey y la nación con ocasión de su enfrentamiento con el Rey Jacobo I. Frente al Monarca, que consideraba que los jueces eran meros delegados suyos, motivo por el cual se consideraba legitimado para ejercer personalmente la función judicial, COKE respondería atribuyendo en exclusiva a los jueces tal función en base a que los magistrados se habían adoctrinado en la difícil ciencia del Derecho. Y frente al Parlamento, COKE subrayaría la tradicional supremacía del *common law* sobre la autoridad de aquél²⁴.

Los supuestos de hecho que motivaron la sentencia del Juez COKE son bien conocidos. En 1606, el doctor Thomas Bonham, medico ejerciente en la ciudad de Londres, fue requerido por el *Royal College of Physicians*, a fin de ser examinado. Realizado el examen correspondiente, fue declarado incompetente para ejercer la medicina y multado por haberla ejercitado sin la oportuna licencia. Además, se le prohibió su práctica futura. El doctor Bonham, que había obtenido su título de medicina por la Universidad de Cambridge, hizo caso omiso de la prohibición, por lo que fue condenado a prisión y privado de su libertad, en aplicación de una Carta de Enrique VII posteriormente convertida en ley. El doctor Bonham recurrió contra el Royal College ante la Corte que presidía sir EDWARD COKE.

La sentencia, del año 1610, entendió que la jurisdicción del Royal College no abarcaba el caso en cuestión, y que si la ley había atribuido al Royal College tal competencia, dicha ley debía ser considerada nula. En esta afirmación se puede apreciar ya el germen de la *judicial review*.

Sin embargo, la doctrina del juez COKE sería relegada al olvido en Inglaterra tras el triunfo de la Gloriosa Revolución de 1688, aunque en el siglo XVIII se producirían algunos intentos aislados de llevar a cabo un control de la constitucionalidad de las leyes²⁵.

No obstante, la sentencia del caso Bonham pasó a las colonias inglesas de Norteamérica para incrementar el arsenal de armas que se acumularon 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

²² BREWER-CARÍAS, Allan. *Op. cit.*, p. 125.

²³ BONHAM'S CASE, 8 Co. Rep. 1610. Sentencia recogida en la colección documental *The Founder's Constitution*, editada por Philip B. Kurland y Ralph Lemer, Vol. 5, The University of Chicago Press. 1987, p. 303.

²⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Evolución...”. *Op. cit.*, p. 51.

²⁵ *Cfr.*: BATTAGLINI, Mario. “Contributto allo studio comparato del controllo di costituzionalità: i paesi che non hanno controllo”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1962, p. 758.

documento singular que, después de la Declaración de Independencia, se convirtió en una Constitución adoptada por cada uno de los nuevos Estados.

“Por esa razón, después de 1776, en algunos Estados, particularmente en Pennsylvania y Vermont, se fue insistiendo en la idea de que las leyes estatales no podían ser incompatibles con sus leyes fundamentales. De allí que los Tribunales de New Jersey, en 1780, ya hubieran empezado a aplicar la idea del control judicial de la constitucionalidad”²⁶.

2.2. La *judicial review* en Norteamérica: sus orígenes y formulación

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 (1787)²⁷.

En dicha Convención muchos de sus asistentes, directamente relacionados con la redacción de la Constitución, fueron conscientes del instituto de *judicial review*, y algunos de ellos se mostraron claramente favorables a ella²⁸. 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 2° 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”.

Debe señalarse, sin embargo, que en su artículo I, sección novena, la Constitución norteamericana había impuesto algunas limitaciones al Congreso, incorporándose además, en 1791, diez enmiendas destinadas a configurar una Declaración de derechos y garantías individuales –*Bill of Rights*–²⁹, como una limitación al Poder Legislativo de la Unión³⁰.

²⁶ BREWER-CARIAS, Allan R. *Op. cit.*, p. 127.

²⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Evolución...”. *Op. cit.*, p.53.

²⁸ Vid: DEENER, David. “Judicial Review in modern constitutional systems”. En: *The American Political Science Review*. Vol. XLVI, N° 4, diciembre de 1952, p. 1081.

²⁹ Importantes razones históricas (la estructura de la Unión basada en una confederación o liga de Estados) y filosóficas (una concepción impregnada por el pensamiento de Locke, según la cual se considera que los derechos individuales son inherentes a todas las personas por el sólo hecho de serlo), hicieron que el texto original de la Constitución norteamericana de 1789 considerase innecesario un reconocimiento constitucional expreso de los mismos. Se apostaba a un control más bien estructural de la actuación de los poderes públicos para así asegurar la plena vigencia de los diferentes derechos fundamentales.

Sin embargo, las necesidades del contexto social y político obligaron a un progresivo reconocimiento a nivel constitucional de un catálogo de derechos fundamentales.

En todo caso, la “Cláusula de supremacía”, las limitaciones constitucionales impuestas al Congreso y la autoridad concedida a la Corte Suprema para “(...) resolver cualquier causa, en derecho y equidad, derivada de esta Constitución” (artículo III, sección segunda, del texto constitucional norteamericano), junto con los antecedentes de la primacía del *common law* en el ordenamiento británico, sirvieron de base para que se adoptara formalmente la supremacía y fuerza vinculante de la Constitución y, como consecuencia de ello, el control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa³¹.

La idea de la supremacía de la Constitución, como norma fundamental y suprema, fue desarrollada también por ALEXANDER HAMILTON en *El Federalista* (1788), cuando al referirse al papel de los jueces como intérpretes de la ley, afirmó:

“La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es, de hecho, una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”³².

Es más, completando la Constitución federal, y haciendo expreso lo que en ella era una posibilidad latente sobre la revisión judicial de las leyes, HAMILTON consideró que existía un “(...) derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura”³³ contrarios a la Constitución, que se desprendía de su naturaleza fundamental y suprema. Y respondiendo a las críticas que señalaban que eso podría implicar una “(...) superioridad del poder judicial frente al legislativo”³⁴, HAMILTON expresó:

“La afirmación –según la cual los Tribunales deben preferir la Constitución a las leyes– no implica de ninguna manera una superioridad del Poder Judicial sobre el cuerpo legislativo. Sólo supone que el poder del pueblo está por encima de ambos; y que cuando la voluntad de la legislatura declarada en sus Leyes, esté en oposición con la del pueblo declarada en la Constitución, los jueces deben regirse por la última más que por la primera. Ellos deben basar sus decisiones en las leyes fundamentales, antes que en aquellas que no son fundamentales”. “Por consiguiente, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido.

El primer grupo de estos derechos fue el *Bill of Rights*, constituido por diez enmiendas o modificaciones al texto constitucional, aprobadas en 1791. Estos derechos comprometían solamente a la Federación, síntoma de la debilidad institucional que entonces tenía frente a los Estados miembros. Fue después de la guerra de secesión que involucró a la nación americana a mediados del siglo XIX, que la Federación se fortalecería, dando lugar a se incorporasen, a modo de enmiendas al texto constitucional, una nueva lista de derechos susceptibles también de ser exigidos a los Estados miembros.

³⁰ Así, por ejemplo, la Primera Enmienda establece que: “El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión, o la prohibición del libre ejercicio de la misma, ni pondrá cortapisas a la libertad de expresión o de la prensa; ni cortará el derecho de las personas a reunirse en forma pacífica, y pedir al Gobierno la reparación de los agravios”.

³¹ Vid: BREWER-CARIAS, Allan R. *Op. cit.*, p. 127.

³² HAMILTON, Alexander y otros. *El Federalista*. Artículo LXXVIII. FCE, primera reimpresión de la segunda edición, México, 1974, p. 336.

³³ *Ibid.*, p. 330.

³⁴ *Ibid.*

Negar esto significaría afirmar que el adjunto es más importante que su principal; que el sirviente está por encima de su patrón; que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo; que los hombres que actúan en virtud de poderes, puedan hacer no sólo lo que sus poderes no les autorizan sino también lo que les prohíben³⁵.

Es así como en El Federalista, HAMILTON no sólo desarrolló la doctrina de la supremacía constitucional, sino también la de los jueces como guardianes de la Constitución.

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 Estados³⁶.

Pero no fue hasta 1803, en el famoso caso *Marbury vs. Madison*, que el control judicial de la constitucionalidad normativa se estableció por vez primera en relación a las leyes federales³⁷.

JOHN MARSHALL, *Chief Justice* del Tribunal Supremo, fue el juez que conoció de ese proceso, y aunque no era en realidad un caso importante, se hallaba apasionadamente vinculado a la lucha entre los partidos norteamericanos: federalistas y republicanos.

En efecto, en el año 1800 se produjo el triunfo de Thomas Jefferson (1800) del partido republicano, para el próximo cuatrienio de gobierno. Sin embargo, el Congreso saliente, cuyos poderes expiraban el 4 de marzo de 1801, aprobaba en el mes de febrero dos leyes por las que se creaban determinados cargos judiciales de índole menor. Sobre esa base, el Presidente cesante John Adams, del partido federalista, cuando estaba a punto de finalizar su mandato, se apresuró a proveerlos con personas que le eran afectas. En concreto, nombró a William Marbury para el cargo de juez de paz en el distrito de Columbia, el 2 de marzo de 1801. De inmediato el Senado ratificó dicho nombramiento, extendiéndose la preceptiva credencial que, sin embargo, no llegó a ser entregada.

Al asumir Jefferson la Presidencia, ordenó a su Secretario de Estado, Madison, que no facilitara tales credenciales, como reacción contra la actitud de los federalistas de situar en el poder al mayor número de sus partidarios hasta el último momento de gobierno.

Ante esta situación, Marbury recurrió al Tribunal Supremo solicitando que expidiera el oportuno *writ of mandamus*, a fin de obligar a Madison a extender la credencial que diera efectividad a su nombramiento como juez. La demanda se sustentó en la sección decimotercera de la Ley Judicial aprobada por el Congreso en 1789, que autorizaba al Tribunal Supremo a “*to issue writs of mandamus in cases warranted by the*

³⁵ *Ibid.*, p. 330 y siguientes.

³⁶ BREWER-CARIAS, Allan R. *Op. cit.*, p. 128.

³⁷ Tomamos los antecedentes más importantes del caso *Marbury vs. Madison* de: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Evolución...”. *Op. cit.*, pp. 56 a 57.

principles and usages of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States”.

La cuestión que en el fondo surgió era si una ley votada por el Congreso, pero no acomodada a la Constitución, podía seguir siendo aplicada y conservar su vigencia una vez comprobada tal anomalía. Ello ocurrió así por cuanto la citada sección decimotercera de la Ley Judicial de 1789 parecía ser incompatible con la sección segunda del artículo 3º de la Constitución de 1787.

MARSHALL pudo haber rehuido la cuestión, pero en lugar de ello declaró la inconstitucionalidad de la sección decimotercera de la Ley Judicial de 1789.

En efecto, el *Chief Justice* MARSHALL, buscando verificar si de conformidad con la Constitución, la Corte Suprema podía ejercer la autoridad que le había sido conferida por la Ley Judicial de 1789, de dictar *writs of mandamus* a los empleados públicos, y teniendo en cuenta que ello “(...) no estaba previsto en la Constitución”, decidió “(...) investigar la posibilidad de que una jurisdicción así conferida pudiera ejercerse”³⁸. Para ello se basó en la doctrina de la supremacía de la Constitución y se preguntó si “(...) un acto incompatible con a Constitución podía o no llegar a convertirse en ley de la Nación?”³⁹.

Para responder a esta pregunta, el juez MARSHALL partió de la idea de que el pueblo es titular de un “derecho original” a fijar los principios “fundamentales” y “permanentes” que han de regir su futuro gobierno, y sobre cuya base “(...) se ha erigido todo el sistema norteamericano”. En su opinión, adoptar tales principios, mediante la voluntad del pueblo, representa una tarea considerable, de manera tal que no debe repetirse frecuentemente⁴⁰.

Esta voluntad original y suprema –decía– organiza el gobierno, confiere a diferentes órganos sus poderes respectivos y fija ciertas limitaciones que éstos no pueden sobrepasar. El Gobierno de los Estados Unidos –agregaba– es del tipo en el que “(...) los poderes de la Legislatura están definidos y limitados” y fue precisamente para “(...) que estas limitaciones no puedan ser mal interpretadas u olvidadas”, que se adoptó una Constitución escrita con aquellos principios fundamentales y permanentes. Luego el juez MARSHALL se preguntó:

“¿Para qué fin están limitados los poderes, y para qué fin tal limitación se pone por escrito si dichos límites pudieran ser transgredidos, en cualquier momento, por aquellos a quienes se busca restringir? La distinción entre un gobierno con poderes limitados y otro con poderes ilimitados desaparece, si esos límites no obligan a los individuos sobre quienes se imponen, y si los actos prohibidos y aquellos permitidos tienen la misma obligatoriedad”.

³⁸ Citado por: BREWER-CARIAS, Allan R. *Op. cit.*, p. 129.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Las ideas del Juez Marshall, expresadas en su sentencia del caso *Marbury vs. Madison* han sido extraídas de: PÉREZ SERRANO, Nicolás. *La noble obra política de un gran Juez: Juan Marshall*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1955, p. 22 y siguientes; así como de: BREWER-CARIAS, Allan R. *Op. cit.*, pp. 129 a 130.

Frente a una pregunta como esa, MARSHALL consideró que sólo hay dos alternativas posibles. O aceptamos “(...) que la Constitución controla cualquier acto legislativo incompatible con ella; o que el poder legislativo puede modificar la Constitución mediante un acto ordinario”. Para optar por la alternativa correcta explicó:

“En esta alternativa no hay término medio. O la Constitución es una ley suprema soberana, que no puede ser modificada por medios ordinarios, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios y, al igual que éstos, puede ser modificada cuando le plazca a la legislatura.

Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si la última parte es cierta, entonces las constituciones escritas no son sino intentos absurdos por parte del pueblo de limitar un poder por naturaleza ilimitable”.

Por supuesto la conclusión de MARSHALL fue que la Constitución es la “ley suprema y soberana de la Nación” y que “un acto de legislatura incompatible con la Constitución es nulo”, correspondiendo a “la esencia misma del deber judicial” el determinar las normas que rigen el caso, cuando una ley está en oposición a la Constitución. En tales circunstancias, concluyó: “(...) la Constitución es superior a cualquier acto ordinario de la legislatura; la Constitución y no tales actos ordinarios, debe regir el caso al que ambos se aplican”. Lo contrario, significaría otorgar “(...) a la legislatura una omnipotencia real y práctica (...); significaría lo mismo que prescribir limitaciones y declarar que estas pueden ser transgredidas a voluntad (...) lo que, en conjunto, socavaría el fundamento mismo de todas las Constituciones escritas”⁴¹.

Después de este *leading case*, el principio de supremacía de la Constitución –y como consecuencia de ello, su vocación de prevalecer sobre cualquier otra norma incompatible con ella– se convirtió en una de las principales características del constitucionalismo moderno y, por supuesto, del control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa.

2.3. Las dificultades de su recepción europea. Una salida “reciente”

Tras la experiencia americana, el control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa se ha convertido en nuestros días en la pieza clave del arsenal constitucional. Sin embargo, el origen de esa institución no coincide, por lo menos en las democracias europeo-occidentales, con el inicio del fenómeno constitucional. Si en los Estados Unidos el instituto de la *judicial review* admite ser considerado como algo consustancial a la propia Constitución, en Europa no ocurrió lo mismo con la declaración de inconstitucionalidad de las leyes.

⁴¹ El ‘*Chief Justice Marshall*’ consideró que las facultades del Congreso están delimitadas por el texto de la Constitución. Ahora bien, de nada serviría que la Norma suprema acotara a las diferentes ramas del Poder, si el Congreso pudiera aprobar leyes contrarias a la Constitución. Ante esta tesitura, *Marshall* se interrogaba acerca de si debían los tribunales acatar y aplicar tales normas. La respuesta había de ser negativa en tanto en cuanto la misión de los órganos jurisdiccionales había de consistir precisamente en decir qué cosa es ley y qué cosa no lo es. Y como una ley contraria a la Constitución no es ley, los tribunales no están obligados a cumplirla; antes bien, su obligación entonces estriba en reafirmar la Constitución como ley suprema del país frente a cualesquiera intentos en contrario del Congreso. Esa y no otra, diría *Marshall*, es la esencia de la función judicial” (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Evolución...”. *Op. cit.*, p.57).

Muchas han sido las circunstancias que explican esta diferencia. Quizá la más importante sea la referida a las diferentes condiciones político-sociales existentes en aquella época (siglo XVIII). Así, mientras en las colonias inglesas de Norteamérica el Parlamento inglés aparecía como el gran opresor, siguiéndole en tal papel el Rey y su Gobierno; por el contrario, a los jueces y Tribunales de dichas colonias correspondía el rol de la liberación. En Europa, en cambio, la situación era casi diametralmente opuesta. El Monarca era el tirano, asistido por sus jueces, y precisamente por ello, la liberación había de ser la tarea de los Parlamentos, en su calidad de órganos representativos del pueblo⁴².

“Por otra parte, mientras en América los individuos fueron protegidos por una Ley que era superior a las elaboradas por el Congreso, en Europa, absorbidos por la ‘volonté générale’, los ciudadanos se iban a ver salvaguardados por las leyes elaboradas por el Parlamento. En el posicionamiento francés —que es, en aquel momento final del siglo XVIII, casi decir tanto como europeo— incidiría sobremanera la doctrina rusioniana de la infalibilidad del Parlamento, que se conecta con la concepción de la Ley como expresión de la voluntad general”⁴³.

El liberalismo y constitucionalismo primitivo de la Europa de la revolución francesa, tenían una gran fe en la ley. No desconfiaban del legislador, sino del juez, por ser el servidor del Monarca en el Estado absoluto. Existía, pues, una preocupación no sólo ya por asegurar al juez frente a la anterior sujeción al soberano, sino también por 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 de evitar la arbitrariedad en el ejercicio de su autoridad. La ley aparecía así como la “Carta Magna de la libertad”; el juez, solamente como su obediente servidor y ejecutor. De tales concepciones surgiría la vituperada equiparación entre Ley y Derecho y la lamentable visión del juez como “la boca de la ley”⁴⁴.

A tal panorama, se agregaría tiempo después otro reproche a la *judicial review*, proveniente especialmente de la doctrina francesa. Se señalaba al unísono que dicho instituto constituía un elemento perturbador de un esquema de democracia pura, pues, en la práctica —se decía— conducía al Estado a un “gobierno de los jueces”, capaz de dejar sin efecto actos de gobierno considerados contrarios a una norma suprema⁴⁵.

Sin embargo, como señala ROSTOW, es un error insistir en que ninguna sociedad es democrática a menos que tenga un gobierno con poderes ilimitados. También lo es el afirmar que ningún gobierno es democrático a menos que su legislatura tenga poderes sin límites⁴⁶, pues una democracia sólo puede subsistir, allí donde el ejercicio del poder esté

⁴² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Ibid.*, p.46.

⁴³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Ibid.*

En esas ideas del pensamiento constitucional norteamericano, jugó un papel muy importante el pensamiento de Locke sobre los derechos naturales que el hombre ostenta antes de la fundación del Estado y que sirven de límites a su actuación (*Vid.*: LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. México: Fondo de Cultura Económica. Traducción de José Carner; especialmente el Cap. VIII).

⁴⁴ En ese sentido, es significativo el celeberrimo discurso rectoral pronunciado por Otto Bachof. *Vid.*: BACHOF, Otto: *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1985, p. 49.

⁴⁵ Los juicios del Tribunal Supremo norteamericano acerca de la legislación social y económica fueron utilizados como una evidencia de que el instituto de la *judicial review* podía ser utilizado para frustrar los programas de gobierno elaborados por el Estado (*Vid.*: DEENER, David. *Op. cit.*, pp. 1079 y siguientes).

⁴⁶ ROSTOW. Eugene. “The democratic character of judicial review”. En: *Harvard Law Review*. Vol. 66, N° 2, diciembre de 1952, p. 200.

controlado y no sobrepase ciertas restricciones. De no ser así, la democracia puede dejar de ser tal para convertirse en una dictadura o en un gobierno totalitario.

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 organizada⁴⁷; y al aparecer en escena el sistema jurídico piramidal concebido por HANS KELSEN, en el que se reconocía a la Constitución el carácter de Ley Suprema⁴⁸. A la par, se producirían varias declaraciones constitucionales en idéntico sentido. Es el caso de la Constitución checoslovaca de 1920, cuyo artículo I.1 estipuló: “Todas las leyes contrarias a la Carta Constitucional, a sus partes y a las Leyes que la modifican o completan, son inválidas”.

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’ (que había sucedido al conocidísimo adagio inglés, ‘the king can not do wrong’) iba a ser revisada. El Parlamento podía ser un opresor. Podía atentar contra las libertades”⁴⁹.

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 rango⁵⁰.

⁴⁷ Vid: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Evolución...”. *Op. cit.*, p.47.

⁴⁸ Vid: KELSEN, Hans. “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle). En: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*. París, Vol. XLV, 1928, p. 214.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 47 a 48.

⁵⁰ Este órgano único y especializado puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o norma de similar rango, a través de un proceso de inconstitucionalidad o de la llamada cuestión o incidente de inconstitucionalidad.

El proceso de inconstitucionalidad se inicia por cualquier persona legitimada por el ordenamiento contra una norma de rango legal que se considera inconstitucional. No requiere de la existencia de un proceso común u ordinario en el que dicha norma pudiera ser aplicada.

La cuestión de inconstitucionalidad, en cambio, se inicia a pedido de un juez que viene conociendo de un proceso común u ordinario, en donde la norma acusada de inconstitucional podría ser aplicada. A través de este incidente el juez solicita al órgano especializado de vigilar por la constitucionalidad de las leyes, que se pronuncie sobre la constitucionalidad o no de dicha norma. Si la inconstitucionalidad es declarada la norma no podrá aplicarse; de lo contrario, deberá ser aplicada.

(Vid: FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando. *El Sistema...* *Op. cit.*, p. 1046 y siguiente; y, CANO MATA, Antonio. *Cuestiones de Inconstitucionalidad –Doctrina del Tribunal Constitucional–*. Madrid: Civitas, 1986, p. 19 y siguientes).

La salida europea de encargar el control de la constitucionalidad de las leyes a un 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. Efectivamente, como anota BREWER-CARIAS:

“(…) los principios tradicionales de la supremacía del Parlamento, por un lado, y, por el otro, de la separación de poderes, fueron tan importantes en Europa, que tuvieron como consecuencia impedir a las autoridades judiciales toda posibilidad de ejercer su poder de control, no sólo sobre la legalidad de los actos administrativos, sino también sobre la constitucionalidad de las leyes. Esa fue la razón por la que, en Francia se creó la jurisdicción contencioso administrativa independiente del Poder Judicial, y en general, en Europa se desarrollaron sistemas de control jurisdiccional de la constitucionalidad, pero tomando la precaución de confiarlos a nuevos órganos constitucionales, distintos y separados del Poder Judicial. En esta forma, la necesidad ineludible de instaurar un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes como garantía de la Constitución, se adaptó a la interpretación extrema del principio de la separación de poderes conforme al cual, tradicionalmente se consideraba toda tentativa de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, como una ingerencia inadmisibles de las autoridades judiciales en el campo del Legislador”⁵¹.

En todo caso, y al margen de estas circunstancias, lo cierto es que otras razones incidieron de modo extraordinario en la potenciación del control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa.

Uno de esos factores fue la transformación de la concepción de la ley como acto del Parlamento. Si antiguamente, en la tradición europea del siglo XIX, las leyes eran consideradas el fruto de la tarea del legislador como expresión de la voluntad general; con el tiempo –especialmente después de las posguerras–, 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 y mítica⁵².

La experiencia europea, adquirida durante el período comprendido entre las dos guerras, hizo además que naciera un sentimiento de prudencia, marcada de escepticismo, con referencia a los Parlamentos, a su pretendida soberanía y al mito de la representatividad. Como lo resaltó MAURO CAPPELLETTI, los europeos se dieron cuenta de que se habían hecho “(…) demasiadas ilusiones sobre la teoría democrática liberal” en vista de que a menudo, “(…) la realidad se alejaba del mito de la supremacía de

⁵¹ Cfr.: BREWER-CARIAS, Allan R. *Op. cit.*, p. 158.

⁵² “De otro lado, si antaño se consideraba que las mejores garantías para que la justicia de las leyes quedara protegida radicaban en la entrega de la función legislativa al Parlamento, a los elegidos, en el desempeño de su mandato, pero sometidos solamente a su conciencia de representantes de la voluntad del pueblo, en nuestros días, en la medida en que la ley se convirtió en un medio para la realización de cambiantes fines políticos, necesariamente, la lucha por la preeminencia de este o de aquel interés concreto tenía que ser llevada también a los órganos legislativos, perjudicándose con ello la aptitud de estos órganos para fijarse en el valor jurídico que vincula la voluntad política” FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Evolución...”. *Op. cit.*, p. 48.

la voluntad del pueblo”; que “(...) los Parlamentos y su legislación podían transformarse en los instrumentos de regímenes despóticos, y de que las mayorías podían ser brutalmente opresivas”⁵³.

Se agrega a ello una razón, posiblemente de mayor envergadura. Después de la Segunda Guerra mundial, los países de Europa continental redescubrieron que la Constitución no sólo era un código de carácter político (que establecía el camino de vida por el cual la sociedad quería ser conducida), sino un conjunto de valores, principios y normas fundamentales y supremas, que gozan de propia fuerza normativa de la mayor jerarquía, aplicable a todos los órganos del Estado y a los particulares e imponible por los jueces o tribunales⁵⁴. Esto llevó a autores europeos como PAUL DUEZ a señalar que:

“El derecho público moderno establece, como axioma, que los Gobiernos no son soberanos y que, en particular, el Parlamento está limitado en su acción legislativa por normas jurídicas superiores que no puede infringir; los actos del Parlamento están sujetos a la Constitución, y ningún acto del Parlamento puede ser contrario a la Constitución”⁵⁵.

Además de proclamarse el principio de que todos los órganos del Estado están sujetos a límites impuestos por la Constitución como norma suprema, se añadió que “No basta proclamar tal principio, éste debe ser organizado, y deben adoptarse medidas prácticas y efectivas para garantizarlo”⁵⁶.

Otra razón importante para el surgimiento en Europa del control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa fue el vertiginoso desarrollo que alcanzó después de la Segunda Gran Guerra, la teoría de las libertades y derechos fundamentales. Los Tribunales Constitucionales aparecieron también como la más eficaz salvaguarda de estos derechos al punto de que se llegó a sostener que la libertad era impensable sin la existencia de un control de constitucionalidad normativa. Se habla así de una “jurisdicción constitucional de la libertad”⁵⁷.

Estos y otros factores contribuyeron a que finalmente la Europa continental admitiera el control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa, aunque, a diferencia

⁵³ Citado por: BREWER-CARIAS, Allan R. *Op. cit.*, p. 147.

“Igualmente, es posible, encontrar una explicación a esta lógica política del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, en el hecho de que en un gran número de países, la representatividad de la voluntad general expresada por los elegidos, se desmitificó, sobre todo porque el cuerpo legislativo se ha conformado, la mayoría de las veces por individuos escogidos por los partidos políticos, por lo que, al ser indiscutiblemente una emanación de esos mismos partidos, de hecho no han representado verdaderamente a la voluntad popular” (BREWER-CARIAS, Allan R. *Ibid.*, p. 148).

⁵⁴ “La conjunción de todas estas variables conducirá al término de la Segunda Gran Guerra, de un lado, a la que Favoreu ha llamado ‘une redécouverte de la Constitution comme texte à caractère juridique’, esto es, a una reafirmación o redescubrimiento (si se piensa que fue en el constitucionalismo norteamericano donde tuvo lugar tal descubrimiento) del carácter normativo del código constitucional, y de otro, al nacimiento y expansión de la jurisdicción constitucional, que va además a ver ampliado su ámbito competencial de modo sensible.” (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Evolución...”. *Op. cit.*, pp. 49).

⁵⁵ DUEZ, Paul. “Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France”. En: *Mélanges*. París: Hauriou, 1929, p. 214.

⁵⁶ DUEZ, Paul. *Ibid.*, p. 215.

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà* (Primo studio sul ricorso costituzionale). Milano: Giuffrè, 1976.

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 en más, 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.

2.4. Corolario

La revisión precedente sobre los orígenes históricos del control difuso de la constitucionalidad normativa, las dificultades de su recepción en la Europa continental y su opción por un control concentrado –como punto de equilibrio entre la necesidad de contar con un control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y los principios jurídico políticos tan arraigados en su tradición–, nos permiten indicar, a modo de corolario, los puntos que siguen a continuación. Una revisión del constitucionalismo de nuestros días nos permite advertir también que ellos se encuentran unánimemente aceptados.

- 1°. El carácter fundamental y supremo de la Constitución es consustancial a su propia naturaleza. Esta idea se encuentra plenamente arraigada e incardinada al constitucionalismo contemporáneo⁵⁸.

Su carácter fundamental hace que la Constitución aparezca como Norma fundacional del Estado, es decir, como aquella que establece su organización, distribuye y limita el poder, establece el ámbito de los derechos fundamentales, fija los deberes de las personas y del Estado, y orienta a la sociedad como al Estado hacia fines predeterminados⁵⁹. Asimismo, ese carácter hace que la Constitución aparezca como fundamento de todo el ordenamiento jurídico político, dando lugar a que no sólo inspire y dirija la producción, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, y de todo acto jurídico en general, sino a que tenga propia fuerza normativa⁶⁰.

Por otro lado, el carácter supremo de la Constitución hace que ésta aparezca como la Norma de mayor jerarquía del conjunto ordinamental, de tal suerte que todo acto,

⁵⁸ De esta manera, y siguiendo a MAURO CAPPELLETTI, la Constitución no es concebida sólo “(...) como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico” (sin que eso signifique restarle importancia a tales aspectos), “(...) sino como una ley verdadera, positiva y obligante, con un carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria” (CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial... Op. cit.*, p. 20).

Por ello, en los sistemas jurídicos contemporáneos, las Constituciones no son simples buenas intenciones, ni adagios trillados; al contrario, su contenido tiene un carácter normativo directamente aplicable o vinculante tanto respecto de los órganos del Estado como de los individuos o particulares.

⁵⁹ “La Constitución. Por una parte, configura y ordena los poderes del estado por ella construidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985, p. 49).

⁶⁰ “En definitiva, el carácter normativo de la Constitución, unánimemente aceptado hoy en día, quiere significar que no estamos en presencia de un mero catálogo de principios, sino de una norma cuyo contenido material a todos (ciudadanos y poderes públicos) vincula de modo inmediato, siendo por lo demás sus preceptos, como regla general, alegables ante los tribunales y debiendo considerarse su infracción antijurídica” (FERNÁNDEZ SEGADO, Franciso. *El Sistema... Op. cit.*, p. 69).

norma u omisión contrario a su contenido deba ser invalidado o sancionado. Ese mismo carácter hace que en caso de conflicto entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía deba prevalecer la primera⁶¹.

- 2°. Ese carácter fundamental y supremo de la Constitución hace que goce de propia fuerza normativa de la mayor jerarquía, y que vincule en forma directa e inmediata a todos los órganos del Estado y a los particulares⁶².
- 3°. Ese mismo carácter exige que la Constitución sea tomada como parámetro para controlar o determinar la validez de las demás normas jurídicas del sistema, a fin de asegurar su virtualidad y eficacia⁶³.
- 4°. Como consecuencia de ello, la noción de Constitución exige también que existan mecanismos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad normativa, con la finalidad de asegurar su eficacia frente a cualquier otra norma de inferior jerarquía⁶⁴.
- 5°. Sin perjuicio de ello, y sin que implique una renuncia a la eficacia de los mecanismos de control, puede optarse por un método de control difuso o control concentrado –o por la coexistencia de ambos–, dependiendo de los principios constitucionales que caracterizan a una sociedad políticamente organizada.
- 6°. En cualquier caso, ese método debe estar dotado de los instrumentos procesales adecuados para impedir que en un proceso o procedimiento se aplique una norma inconstitucional. De lo contrario, estaríamos negando el carácter fundamental y supremo de la Carta Constitucional.

⁶¹ “Pero la Constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero (...)” “Esas demás normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 49 y 50, respectivamente).

⁶² “En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos. Como ha dicho KAEGI, ‘lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la fuerza vinculante bilateral de la norma’ (IHERING), esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, de todas las autoridades y de todos los ciudadanos, en contraposición a toda forma de Estado de privilegios de viejo y nuevo cuño” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Ibid.*, p. 49)..

⁶³ “(...) en el derecho constitucional contemporáneo, la justicia constitucional es fundamentalmente posible, no sólo cuando existe una Constitución como norma verdaderamente aplicable por los tribunales sino además, cuando la misma tiene efectiva supremacía sobre el orden jurídico en su conjunto, en el sentido de que prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derecho contenidos en un sistema jurídico determinado. Esta supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes del derecho y, en particular, sobre los actos del Parlamento, implica que la Constitución es la ley suprema que determina los valores supremos del orden jurídico, y que, desde esa posición de supremacía, puede ser tomada como parámetro para determinar la validez de las demás normas jurídicas del sistema” (BREWER-CARIAS, Allan R. *Op. cit.*, p. 124).

⁶⁴ “En todo caso, una Constitución (...), ubicada en la cúspide de un sistema jurídico, no sólo exige que todos los actos dictados por los órganos del estado en ejecución directa o indirecta de la misma la respeten y no la violen, sino también, una garantía que provenga y sancione dicha violación. Precisamente, el control jurisdiccional de la constitucionalidad es el poder atribuido, generalmente, a los órganos que ejercen el Poder Judicial, de controlar el cumplimiento de la ley suprema de un país, por parte de los órganos del estado” (BREWER-CARIAS, Allan R. *Ibid.*, p. 152).

Hechas estas conclusiones, debemos mencionar que, salvo la referencia al principio de separación de poderes (que fue esgrimido en la Europa continental para seguir un método propio que se apartara del control difuso de la constitucionalidad de las leyes), no encontramos en el recuento histórico precedente un argumento contundente que impida que la Administración, al conocer de un procedimiento administrativo en el ejercicio de la función *cuasi jurisdiccional* que ahora se le reconoce, no pueda preferir la Constitución a una norma legal que, pese a concurrir a la solución del caso concreto, resulta inconstitucional.

La razón que contemporáneamente se puede esgrimir para negar esa posibilidad, es la que hemos anotado en el exordio del presente ensayo: Como quiera que la Administración sólo actúa en el marco de poderes o facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico; se nos podría decir que, en tanto la Constitución no le ha otorgado el poder de inaplicar las normas que considere inconstitucionales –es decir, de ejercer control difuso–; entonces, no hay manera de que la Administración pueda ejercitar un poder que no tiene o que no le ha sido otorgado.

Esos son los dos puntos que tendremos en cuenta a continuación para analizar si la Administración puede o no ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa, en el marco de un procedimiento administrativo.

3. ¿PUEDE LA ADMINISTRACIÓN EJERCITAR EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD NORMATIVA?

Imaginemos el siguiente caso. Una ley emitida por el Congreso otorga a la Administración la potestad de ordenar –de oficio o a pedido de parte– la incautación, interceptación o intervención de las comunicaciones, telecomunicaciones o documentos privados que considere indispensables, en el marco de un procedimiento administrativo. No cabe duda que un dispositivo como éste viola el derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, que, según nuestro marco constitucional, sólo puede ser “levantado” por mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley⁶⁵. Imaginemos también que sobre la base de dicho cuerpo legislativo, una de las partes de un procedimiento administrativo solicita a la Administración que intercepte las comunicaciones telefónicas de su contraparte, argumentando que con ello se podrá verificar que está incurriendo en fraude procesal. Para tal efecto, acompaña documentos que sustentan su denuncia de manera indiciaria. Las preguntas que este caso inmediatamente nos suscitan son: ¿debe la Administración aplicar la ley y, por lo tanto, ordenar la interceptación solicitada? Si lo hace ¿no estará vulnerando la Constitución? Si no lo hace ¿no estará conduciendo la ley a una *vacatio legis*, al no ejercitar una potestad por ella conferida? Pero, en tal caso, ¿no es dicha ley manifiestamente inconstitucional?

⁶⁵ Artículo 2, inciso 10, de la Constitución Política del Perú.- “Toda persona tiene derecho (...) Al secreto y la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial”.

Imaginemos otro caso. En un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, la Administración advierte que la norma legal aplicable al caso ordena que, de comprobarse la infracción investigada –situación que ha ocurrido y ha sido corroborada– se sancione al infractor con la pérdida de su nacionalidad. Al igual que en el caso anterior, no cabe duda que esta norma es manifiestamente inconstitucional, pues nuestra Carta Fundamental prohíbe que una persona sea despojada de su nacionalidad⁶⁶. Llegado el momento de emitir la respectiva resolución, ¿qué debe resolver la Administración? ¿Debe aplicar la ley y despojar al infractor de su nacionalidad? De hacerlo ¿no estaría infringiendo la Constitución? De no hacerlo ¿no estaría actuando contra el texto expreso y claro de la ley?

Se nos podría decir que estos casos son poco comunes o que no es posible de que ocurran en la realidad. Sin embargo, bastaría con hacer una revisión de la legislación de los últimos años para advertir cómo muchos dispositivos legales, y otros de inferior jerarquía, no sólo son inconstitucionales sino que vienen siendo aplicados por la Administración en el marco de un procedimiento administrativo. Las razones pueden ser muchas. Abordarlas, excedería los límites propios del presente trabajo.

En todo caso, los ejemplos planteados nos permiten abordar la problemática que nos ocupa: ¿es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa? Las líneas que siguen pretenden brindarnos algunas respuestas.

3.1. Ensayando algunas respuestas

Como sabemos, el principio de legalidad de la Administración opera en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima⁶⁷. En esos términos, GARCÍA DE ENTERRÍA explica que:

“El principio de legalidad de la Administración (...), se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente”⁶⁸.

Ahora bien, como lo indica el mismo GARCÍA DE ENTERRÍA, “(...) hablaremos del principio de legalidad de la Administración haciendo general el concepto de legalidad,

⁶⁶ Artículo 2, inciso 21, de la Constitución Política del Perú.- “Toda persona tiene derecho (...) A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República”.

⁶⁷ En ese sentido, el Tribunal Constitucional español señaló que: “(...) el Derecho objetivo no solamente limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse” (STC, de 3 de enero de 1979. Tomada de: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Madrid: Civitas, 2000, p. 440).

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. *Op. cit.*, p. 441.

no referido a un tipo de norma específica, sino al ordenamiento entero”⁶⁹ (esto ha llevado a algunos a hablar del principio de juridicidad de la Administración pero, más allá de la pertinencia de esta locución, sería mejor conservar la primera para evitar incomprensiones).

GARRIDO FALLA enseña que el principio de legalidad, como consagración política del Estado de Derecho, es una de las más importantes columnas sobre la cual se asienta el Derecho administrativo:

“No solamente supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del poder legislativo (...) sino asimismo el respecto absoluto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes, y, finalmente, la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad, o, incluso, por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia”⁷⁰.

Estas consideraciones nos permiten afirmar que, para que la Administración pueda ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa requiere de una norma jurídica que le permita ejercitar ese mecanismo de control. Pero esta norma jurídica –en nuestra opinión– no puede ser de cualquier tipo. En la medida que se refiere a la inaplicación de normas con rango de ley –y otras de inferior jerarquía– que resulten inconstitucionales, sólo una norma con rango superior a la ley puede conferir el poder de inaplicarlas. Esa norma, entonces, no puede ser otra que la Constitución.

Pero, ¿existe en nuestra Constitución alguna norma que otorgue a la Administración un poder semejante? A continuación algunas respuestas a esta interrogante.

3.1.1. Argumentos a favor

Como ha sido dicho, 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 se encuentra directamente vinculada a la Constitución y que debe aplicarla al momento de tomar una decisión o emitir una resolución. De no ser 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 Derecho.

En cuanto a la pregunta de si existe o no en nuestra Constitución alguna norma que otorgue a la Administración el poder de ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa, debe tenerse presente –para contestarla– que si bien la atribución de poderes a la Administración es hecha generalmente de manera expresa, también es cierto que dicha atribución puede ser hecha de manera implícita, al conferírsele funciones o encargársele el cumplimiento de una finalidad determinada. De esta manera, si el ordenamiento encarga a la Administración el ejercicio de cierta función o la consecución de alguna finalidad,

⁶⁹ *Ibid.*, p. 435.

⁷⁰ GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I. Parte General. Madrid: Tecnos, 1994, duodécima edición, p. 177.

entonces, aunque el ordenamiento no lo diga, le está otorgando también los poderes o facultades necesarios para ejercitar esa función y cumplir la finalidad conferida. Por ello, no extraña que el mismo GARCÍA DE ENTERRÍA diga al respecto que:

“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”⁷¹.

Sobre el particular, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse aceptando la existencia de poderes implícitos en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en nuestra Norma constitucional, al señalar que existen:

“(...) atribuciones que no encontrándose expresamente previstas en la Constitución, sin embargo, son inmanentes a la función (poderes implícitos). Como sostuviera el *Chief Justice* Jhon Marshall⁷², en el *Leading Case McColluch vs Maryland*, a propósito del Poder Legislativo: ‘Admitimos (...) que los poderes del gobierno son limitados y que sus límites no han de ser sobrepasados. Pero creemos que una sana interpretación de la Constitución debe permitir a la legislatura nacional esa facultad discrecional, con respecto a los medios por los cuales los poderes que se confieren han de ponerse en ejecución, que permita a ese cuerpo cumplir los altos deberes que se le han asignado, de la manera más beneficiosa para el pueblo. Si el fin es legítimo, si está dentro del alcance de la Constitución, todos los medios que sean apropiados, que se adapten claramente a ese fin, que no estén prohibidos, pero que sean compatibles con la letra y el espíritu de la Constitución, son Constitucionales’^{73,74}.

⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. *Op. cit.*, p. 448.

“Esta doctrina fue formulada originariamente en el derecho público anglosajón, tanto en el ámbito del Derecho Constitucional (*inherent powers* de la Federación americana, deducidos de su posición general, no mencionados en el pacto federal o Constitución y que una aplicación estricta del principio federal hubiera tenido que interpretar como no transferidos a la Unión por los Estados miembros –enmienda X–; entre ellos está nada menos que la posición del Presidente para conducir las relaciones internacionales), como en el del *local government* (competencias de los entes locales construidas sobre el sistema de lista –y no sobre el de cláusula general–, corregida tal lista con los *implied powers*). De ahí el tecnicismo ha pasado al Derecho Internacional, tanto en materia de interpretación de Tratados para corregir el principio *nihil servandum quod non scriptum* (los Estados no tienen otras obligaciones que las consignadas expresamente en el Tratado), como para definir unas ‘competencias implícitas’ en las Organizaciones Internacionales, no obstante no poder tener estas otras competencias que las de atribución, conferidas por los instrumentos internacionales que las crean” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. *Ibid.*).

⁷² Nótese que es el mismo Juez que, a comienzos del siglo XIX, resolvió el famoso caso *Marbury vs. Madison*, a través del cual el *judicial review*, o control judicial de la constitucionalidad normativa, se estableció por vez primera en relación a las leyes federales de los Estados Unidos de Norteamérica. *Vid: supra*, numeral 2.2.

⁷³ La cita que hace nuestro Tribunal Constitucional ha sido extraída de la cita que hace: SCWARTZ, Bernard, en: *Los poderes del gobierno*. I Poderes federales y estatales. México: UNAM, 1966, p. 125.

⁷⁴ Tribunal Constitucional peruano. *Sentencia del 13 de marzo del 2003*, Fundamento No.1, emitida en el Expediente No. 013-2002-AI/TC.

En el caso *in examine*, 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 función⁷⁵.

Ahora bien, si la Administración debe aplicar las normas jurídicas al ejercer su función *cuasi jurisdiccional* (es decir, al resolver un caso en el marco de un procedimiento administrativo), ya que de lo contrario incurriría en arbitrariedad⁷⁶; resulta pacífico decir que debe aplicar, entonces, la Carta Constitucional en su calidad de Norma fundamental y suprema del ordenamiento jurídico. Tal conclusión se encuentra confirmada por la fuerza normativa y vinculante de la propia Constitución.

Y si la Constitución la vincula directamente; entonces –según esta posición– la Administración debe aplicarla por encima de cualquier norma legal que resulte incompatible con ella, al momento de tomar una decisión o de emitir una resolución. Esa es precisamente la consecuencia del carácter fundamental y supremo de la Constitución que tuvieron en cuenta los jueces y juristas norteamericanos para crear la *judicial review*.

A nivel normativo esta posibilidad se encuentra implícitamente consagrada en el Artículo 51 de la Carta Fundamental peruana al establecer que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal (...)”; es decir, sobre cualquier norma con rango de ley, decreto supremo o cualquier otra de inferior jerarquía.

Además, apréciase que no existe una sola disposición constitucional expresa que prohíba a la Administración ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa. Antes bien, esa posibilidad tendría un fin lícito, pues buscaría hacer efectivo el carácter fundamental y supremo de la Constitución –del cual se deriva su fuerza vinculante y normativa– al interior de un procedimiento administrativo, así como hacer efectivos los límites constitucionales al ejercicio del poder normativo al interior de este tipo de procedimientos.

Como se puede apreciar, con esta posibilidad de control se buscaría asegurar la eficacia directa e inmediata de la Constitución al interior de un procedimiento administrativo.

Dicho de otro modo, e intentando responder a la pregunta planteada: si partimos de los argumentos antes expuestos podríamos sostener que, en tanto el ordenamiento jurídico le ha otorgado a la Administración una función *cuasi jurisdiccional*, implícitamente ese

⁷⁵ Vid: *supra*, nota N° 16.

⁷⁶ Según el ordenamiento jurídico, las decisiones o resoluciones que se emitan en un proceso o procedimiento no pueden ser arbitrarias, es decir, no pueden ser el producto de la simple voluntad del juzgador, sino una derivación razonada del derecho vigente en relación con las circunstancias comprobadas de la causa. De no ser así, esas decisiones serán inválidas (Vid: BELLINETTI, Luis F. *Sentença civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*–. Coleção Estudos de Direito de Processo. Vol. 29. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1994, p. 126; y, SAGÜÉS, Néstor P. “Sentencia arbitraria por subjetividad judicial”. En: *Ius et veritas*. Año V, No. 10. Lima: Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 204-205).

ordenamiento –o más precisamente la propia Constitución– le ha otorgado también los poderes y los deberes necesarios para que el ejercicio de esa función sea válida. Esto significa que, si en el marco de un procedimiento administrativo se presenta un conflicto entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, entonces la Administración debe aplicar el Artículo 51 de la Constitución y preferir la norma constitucional por encima de la legal, al momento de tomar su decisión o de emitir la respectiva resolución. Es decir, debe ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa por ser consecuencia del carácter fundamental y supremo de la Constitución⁷⁷.

Admitir lo contrario no sólo significaría atentar contra la eficacia de la Carta Constitucional –conclusión tantas veces denunciada–, sino, además, implicaría aceptar que la Administración puede, expresamente, emitir un acto condenado a la invalidación. Efectivamente, conforme es aceptado en la doctrina y legislación comparada, ningún acto o resolución administrativa puede vulnerar los preceptos de la Constitución; de lo contrario, dicho acto o resolución será nulo⁷⁸. En consecuencia, de considerarse que frente a una norma legal manifiestamente inconstitucional la Administración no tiene más remedio que aplicarla, se estaría condenado, entonces, al respectivo acto o resolución administrativa a la invalidación.

3.1.2. Argumentos en contra

A los argumentos expuestos a favor de la posibilidad de que la Administración pueda ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa, se le podría oponer otros fundamentos que contradicen esa posibilidad.

Así, por ejemplo, se podría alegar que el principio de separación de poderes es también un bien jurídico protegido constitucionalmente⁷⁹ (en el caso peruano se encuentra recogido en el Artículo 43 del texto constitucional⁸⁰), y que si bien dicho principio no puede ser contrario a la naturaleza fundamental y suprema de la Constitución, también es

⁷⁷ Cabe señalar que aunque HANS KELSEN nunca llegó a sostener explícitamente que la Administración pueda ejercer también el control de la constitucionalidad normativa, sí llegó a señalar que: “La anulación de una norma general permanece limitada al caso concreto cuando las autoridades –tribunales o autoridades administrativas– que deberían aplicar la norma, pueden o deben rechazar su aplicación en un caso concreto si la juzgan irregular y decidir en consecuencia como si esa norma no estuviera en vigor; pero, por lo demás, esa norma sigue estando en vigor y debe ser aplicada en otros casos por otras autoridades, si estas últimas no tienen la facultad de examinar su regularidad y de decidir sobre ella o si, teniendo dicha facultad, la juzgan regular”. Juzgue el lector si en dicha cita hay o no un reconocimiento de la posibilidad de que la Administración ejerza también el control de la constitucionalidad normativa (KELSEN, Hans. “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución” –La Justicia Constitucional–. En: *Escritos sobre la democracia y el Socialismo*. Madrid: Debate, 1988, p. 16 del citado artículo).

⁷⁸ Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. *Op. cit.*, p. 613 y siguientes.

En el Perú, el artículo 10, inciso 1, de la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley N° 27444– establece que: “Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho (...) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las demás normas reglamentarias”

⁷⁹ Refiriéndose a la teoría de separación de poderes, DE LA RÚA expresa: “En virtud de ella es que, por principio, quien hace las leyes no las aplica ni ejecuta; quien las ejecuta ni las hace ni las juzga; y el que juzga no las ejecuta ni las hace” (DE LA RÚA, Fernando. *Jurisdicción y Administración. Relaciones, límites y controles –Recursos Judiciales–*. Buenos Aires, Lerner Editores asociados, 1979, p. 2.

⁸⁰ Artículo 43 de la Constitución Política del Perú.- “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes”.

verdad que debe ser tenido en cuenta al momento de interpretar su contenido y de fijar sus alcances. En ese sentido, se podría alegar que, en tanto la Constitución ha encargado a un órgano especializado o Tribunal Constitucional y/o a los jueces del Poder Judicial el control de la constitucionalidad normativa (en el Perú dicho encargo se encuentra recogido en los Artículos 202 y 138, respectivamente, de nuestra Carta Constitucional); entonces corresponde a dichos órganos jurisdiccionales y no a la Administración el ejercer el control de la constitucionalidad normativa⁸¹.

Cabe recordar 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.

Ese mismo argumento podría ser utilizado para señalar que el hecho que la Administración ejerza una actividad *cuasi jurisdiccional* no es una razón suficiente para que ella se ocupe de controlar la constitucionalidad de las normas que concurran a la solución de los procedimientos administrativos sometidos a su competencia.

Otro argumento podría ser el que se desprende de la postura de un sector de la doctrina administrativista (aunque, en nuestra opinión, con una contundencia menor que el anterior). Este sector considera que los poderes implícitos de la Administración sólo pueden deducirse de otros poderes expresamente conferidos a ella⁸². 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 concurran a la solución de los procedimientos sometidos a su competencia.

Hecho este recuento de los argumentos a favor y en contra de la posibilidad de que la Administración pueda ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa, consideramos que unos y otros resultan bastante razonables, lo que dificulta encontrar una única respuesta. Por ese motivo, para encontrarla, debe tenerse en consideración lo que el ordenamiento jurídico de cada país, especialmente su Intérprete constitucional supremo, diga al respecto.

Sin perjuicio de ello, queremos señalar que, siguiendo el razonamiento de la tradición americana, nos inclinamos más por el primer grupo de argumentos.

Adicionalmente, queremos poner de manifiesto que, si se optara por negar la posibilidad de que la Administración pueda ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa; entonces, deberá encontrarse una salida para asegurar la eficacia directa e inmediata de la Constitución en todos los procedimientos sometidos a la

⁸¹ Artículo 202 de la Constitución peruana.- “Corresponde al Tribunal Constitucional:

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

Artículo 138 de la Constitución Política del Perú.- “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”.

⁸² Cfr.: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. *Op. cit.*, p. 448.

competencia de la Administración. Esta salida podría consistir en crear u adoptar un mecanismo procesal en virtud del cual, frente a una norma legal incompatible con la Constitución, se acceda a un órgano jurisdiccional con poderes para ejercer el control de la constitucionalidad normativa, con la finalidad de que dicho órgano invalide u ordene la inaplicación –según sea el caso– de la norma inconstitucional, antes de que la Administración pueda emitir la correspondiente resolución. Sólo así podría encontrarse un equilibrio entre la aparente imposibilidad de la Administración para ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa y el carácter fundamental y supremo de la Constitución. Carácter que proscribiera el desplazamiento de la Constitución por una norma incompatible con ella.

3.2. Propuesta de mecanismos procesales que podrían ser utilizados para superar el problema. Nuestra opinión al respecto

En nuestra opinión, la naturaleza fundamental y suprema de la Constitución, de la cual se desprende su superior fuerza normativa, determina el poder-deber de la Administración de vigilar que las normas materiales y procesales que concurren al caso sometido a su competencia, sean constitucionales, a fin de que la decisión o resolución que se emita sea válida.

Por lo tanto, consideramos que frente a las normas incompatibles con la Constitución que concurren a la solución de un caso sometido a la competencia de la Administración, ésta debe interpretarlas adecuadamente a fin de reconducirlas a la constitucionalidad del caso concreto; o, de ser necesario, inaplicarlas directamente en caso resulten intrínsecamente inconstitucionales (a menos que exista un mecanismo procesal, adecuado, efectivo y oportuno, que le permita suspender el procedimiento hasta que un órgano jurisdiccional competente efectúe el control de la constitucionalidad normativa; lo cual implica que puedan dictarse las medidas necesarias para evitar un perjuicio irreparable o para asegurar que la decisión definitiva se cumpla).

De no ser así la superior fuerza normativa de la Constitución no sería más que pura retórica, pues la Administración se encontraría obligada a aplicar una norma legal u otra de inferior jerarquía a pesar de ser incompatible con ella.

Sin perjuicio de ello, consideramos que –según la posición que un determinado ordenamiento jurídico adopte– puede establecerse o adoptarse una serie de mecanismos procesales, como la consulta o el incidente de inconstitucionalidad (adaptados para el uso que les queremos dar) a fin de que un órgano jurisdiccional, especialmente un órgano de justicia constitucional, sea quien confirme o declare, respectivamente, la inaplicación de una norma al caso concreto –o eventualmente su invalidez– por ser inconstitucional.

Así, en el caso de la consulta, el órgano administrativo que viene conociendo del procedimiento en el que se presente una norma inconstitucional, puede pronunciarse sobre su inaplicación a ese caso en particular, pero, de decidir inaplicarla, deberá elevar su decisión a un órgano jurisdiccional competente para que, en consulta, revise la corrección de la inaplicación⁸³. Como se puede apreciar, este mecanismo respondería a los sistemas

⁸³ El artículo 408 del Código Procesal Civil peruano señala que la consulta procede –entre otros supuestos– respecto de aquellas resoluciones de primera instancia en las que el Juez ha preferido una norma constitucional a una norma legal ordinaria, siempre que dicha resolución no haya sido apelada. También procede –señala el artículo– respecto de aquellas resoluciones emitidas en segunda instancia en las que se

que consagran un control difuso de la constitucionalidad normativa y presupone que la Administración pueda ejercitar ese instrumento de control.

En cambio, el incidente de inconstitucionalidad respondería a aquellos ordenamientos que niegan la posibilidad de que la Administración pueda ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa. En tal caso, si el órgano administrativo que viene conociendo de un procedimiento advierte que se presenta en él una norma inconstitucional, entonces, deberá abrir –de oficio o a pedido de parte– un incidente a fin de elevarlo al órgano jurisdiccional competente para que sea éste, y no aquél, quien se pronuncie sobre la inaplicación de la norma al caso concreto –o eventualmente sobre su invalidez– por resultar inconstitucional (ello sin perjuicio de las medidas que se puedan dictar para evitar un perjuicio irreparable o para asegurar que la decisión definitiva se cumpla). Como se puede apreciar, este mecanismo respondería más a los sistemas que consagran un control concentrado de la constitucionalidad normativa⁸⁴.

Con todo esto se busca garantizar, de una manera real y efectiva, el carácter fundamental y supremo de la Constitución, así como su superior fuerza normativa, al interior de un procedimiento administrativo. Al mismo tiempo, se busca evitar que una norma inconstitucional se convierta en un acto o hecho injusto en perjuicio del ordenamiento jurídico en su conjunto.

IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Como conclusión podemos decir que el carácter fundamental y supremo de la Constitución, de la cual se desprende su superior fuerza normativa, hace que la Administración se encuentre directamente vinculada a la Constitución y que, por ende, deba aplicarla al momento de tomar una decisión o emitir una resolución.

Esto significa –en nuestra opinión– que, si en el ordenamiento jurídico no existe un mecanismo procesal, adecuado, efectivo y oportuno, que le permita a la Administración suspender un procedimiento administrativo, hasta que el órgano jurisdiccional competente (especialmente un órgano de justicia constitucional) ejerza el control de constitucionalidad sobre las normas que concurren a la solución del caso y que aparecen como incompatibles con la Constitución; entonces, la Administración, en ejercicio de su función *cuasi*

prefiere la norma constitucional, siempre que no sean recurridas en casación. En este último caso es competente la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Naturalmente, nuestra propuesta supone que este instituto sea adaptado para que se le de el uso anteriormente expuesto.

⁸⁴ Por ejemplo, en España –aunque con un alcance diferente al expuesto– existe la llamada cuestión de inconstitucionalidad en virtud de la cual, cualquier órgano jurisdiccional ordinario –en forma exclusiva y excluyente – actuando de oficio o a petición de parte, puede deducir un incidente ante el Tribunal Constitucional, a fin de que éste se pronuncie sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, que resulta aplicable al caso concreto, pues de su validez o invalidez depende el sentido de la decisión que se vaya a dictar en el proceso.

Efectivamente, el artículo 163 de la Constitución española dispone que: “Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.”

Por otro lado, cabe precisar que, cuando la inconstitucionalidad se refiere a una norma de rango reglamentario, el órgano jurisdiccional ordinario tiene el poder de inaplicarla directamente.

Sobre la cuestión de inconstitucionalidad en España puede consultarse: CANO MATA, Antonio. *Op. cit.*

jurisdiccional, debe aplicar la Constitución por encima de cualquier norma legal que resulte incompatible con ella. Es decir, debe ejercitar el control difuso de la constitucionalidad normativa, por habersele conferido, implícitamente, el poder-deber de aplicar ese mecanismo de control. Admitir lo contrario significaría –en nuestra opinión– atentar contra la eficacia directa e inmediata de la Constitución y aceptar que la Administración puede exprofesamente emitir un acto que, al estar viciado con la inconstitucionalidad, está condenado a la invalidación.

Sin perjuicio de ello, reconocemos que paralelamente existen otros argumentos que no compartimos, pero que son igual de razonables (basados principalmente en el principio de separación de poderes y en la problemática de reconocer poderes implícitos a favor de la Administración, en el sentido antes señalado), que sustentan la imposibilidad de que la Administración pueda ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa.

Por ese motivo, estimamos que para dar una respuesta definitiva que resuelva el problema de si la Administración puede o no ejercitar el control difuso de la constitucionalidad normativa, se debe tener en consideración lo que el ordenamiento jurídico de cada país, especialmente su Intérprete supremo de la Constitución, diga al respecto.

En todo caso, queremos poner de manifiesto que, si se optara por negar la posibilidad de que la Administración pueda ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa; entonces, deberá encontrarse una salida para asegurar la eficacia directa e inmediata de la Constitución en todos los procedimientos sometidos a la competencia de la Administración. Esta salida podría consistir en crear o adaptar un mecanismo procesal (como el incidente de inconstitucionalidad antes propuesto) en virtud del cual, frente a una norma legal incompatible con la Constitución, se acceda a un órgano jurisdiccional con poderes para ejercer el control de la constitucionalidad normativa, con la finalidad de que dicho órgano invalide u ordene la inaplicación –según sea el caso– de la norma inconstitucional, antes de que la Administración pueda emitir la correspondiente resolución (ello sin perjuicio de las medidas que se puedan dictar para evitar un perjuicio irreparable o asegurar que la decisión definitiva se cumpla). Sólo así podría encontrarse un equilibrio entre la aparente imposibilidad de que la Administración pueda ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa y el carácter fundamental y supremo de la Constitución. Carácter que proscribiera el desplazamiento de la Constitución por una norma incompatible con ella.

Sin embargo, como el conocimiento nunca se agota y la complejidad del objeto de estudio muchas veces trasciende –como ocurre en este caso– el marco definido por el investigador, la problemática abordada en este ensayo invita a otras investigaciones. Total, el resultado de una investigación no debe ser un punto de llegada –por lo menos no uno definitivo– sino un punto de partida de desarrollos ulteriores. A título de ejemplo, sería necesario analizar las consecuencias que las propuestas antes mencionadas traerían para el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, correspondería analizar si la posibilidad de que la Administración pueda ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa no incrementaría los problemas de racionalidad del sistema, o si éste es un paradigma que el Derecho contemporáneo debería seguir matizando. También debería profundizarse en las reflexiones sobre el papel que en ese caso tendrían el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en sus relaciones con la Administración. En cualquier caso, lo que sí queda claro es que, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, se deben contar con

mecanismos que aseguren la eficacia directa de la Constitución, y en especial de los derechos fundamentales, al interior de un procedimiento administrativo. De allí la importancia de la problemática aquí abordada.

Por otro lado, sería interesante analizar la supuesta tensión entre Constitución y Democracia –o, si se prefiere, entre el principio de mayorías y los derechos o bienes constitucionales como límites al Poder– que genera una serie de problemas en torno al control de la constitucionalidad normativa y, en este caso, al control a cargo de la Administración. No debe perderse de vista que en una sociedad democrática la ley es expresión de derechos políticos que, en virtud de la Constitución, están en el mismo plano que los otros derechos y principios de justicia. Tampoco debe olvidarse que una Constitución pluralista está llena de una serie de principios y derechos que, por su naturaleza abierta, muchas veces son objeto de regulación legislativa, dentro del marco de las opciones que razonablemente otorga el pluralismo de la Constitución. Por lo tanto, si bien en caso de contradicción la ley debe ceder frente a la Constitución, resta por determinar los parámetros que debe seguir cualquier órgano que ejerza el control de la constitucionalidad normativa (en el caso de la hipótesis aquí analizada: la Administración) para no caer en el extremo de “despolitizar” la ley, invadiendo las esferas del legislador, o degradándola a mera función técnica para la actuación de los contenidos constitucionales, por más elevados y seductores que éstos puedan ser. Resta también por analizar aquellos argumentos que niegan legitimidad democrática a los órganos jurisdiccionales, y con mayor razón a los *cuasi* jurisdiccionales, como es el caso de la Administración, para ejercer el control de la constitucionalidad de las normas dictadas por los órganos democráticamente elegidos. En fin, éstos son algunos ejemplos de los problemas que se pueden generar, y que deben ser abordados, por la supuesta tensión –si es que esta realmente existe– entre Democracia y Constitución.

El análisis de todos esos temas podrían llevar a matizar nuestra posición original o, incluso, a modificarla; pero, en cualquier caso, estamos influenciados por la realidad que nos ha tocado vivir y por los fines últimos que como investigadores de fenómenos morales, políticos y jurídicos perseguimos. Si nuestra realidad fuera otra, si realmente viviéramos como una sociedad democrática y en el marco de un auténtico Estado de Derecho, donde los derechos fundamentales tuviesen una vigencia real o efectiva, es posible que nuestras posturas sobre este tema fuesen distintas. Mientras eso no ocurra, mientras nuestra realidad sea disfuncional a esos fines, debemos seguir explorando nuevas alternativas, nuevas estrategias pragmáticas para conseguir su transformación, pero siempre a la luz de la razón.

Una vez más la obra ha sido abordada pero nunca estará acabada. Estará sujeta a crítica, reflexiones y desarrollos mayores. De nosotros depende dar nuevos pasos en el camino del conocimiento, a fin de avanzar en la construcción de una sociedad que esté orientada al desarrollo integral de la persona, en una convivencia civilizada, justa y pacífica que incluya al resto de la naturaleza.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. BACHOF, Otto: *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1985.
2. BATTAGLINI, Mario. “Contributto allo studio comparato del controllo di costituzionalità: i paesi che non hanno controllo”. En: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1962.

3. BELLINETTI, Luis F. *Sentença civil –Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro–*. Coleção Estudos de Direito de Processo. Vol. 29. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1994.
4. BONHAM’S CASE, 8 Co. Rep. 1610. Sentencia recogida en la colección documental *The Founder’s Constitution*, editada por Philip B. Kurland y Ralph Lemer, Vol. 5, The University of Chicago Press. 1987.
5. BREWER-CARÍAS, Allan. “La Jurisdicción Constitucional en América Latina”. En: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson y otros, 1997.
 - “La Justicia Constitucional”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLV, N° 3, julio-setiembre de 1995.
6. CANO MATA, Antonio. *Cuestiones de Inconstitucionalidad –Doctrina del Tribunal Constitucional–*. Madrid: Civitas, 1986.
7. CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial Review of Legislation and its Legitimacy*. Recent Developments. General Report. Uppsala: International Association of Legal Sciences, 1984 (mineo).
 - *La Giurisdizione Costituzionale delle Libertà* (Primo studio sul ricorso costituzionale). Milano: Giuffrè, 1976.
8. DEENER, David. “Judicial Review in modern constitutional systems”. En: *The American Political Science Review*. Vol. XLVI, N° 4, diciembre de 1952
9. DE LA RÚA, Fernando. *Jurisdicción y Administración. Relaciones, límites y controles –Recursos Judiciales–*. Buenos Aires, Lerner Editores asociados, 1979.
10. DUEZ, Paul. “Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France”. En: *Mélanges*. París: Hauriou, 1929.
11. FERNÁNDEZ SEGADO, Fernando. *El Sistema Constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992.
 - “Evolución Histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad”; en: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson y otros, 1997.
12. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y otro. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Madrid: Civitas, 2000.
 - *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.
13. GARCÍA PELAYO. “El Status del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 1, Madrid, 1981.

14. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. I. Parte General. Madrid: Tecnos, 1994, duodécima edición.
15. HAMILTON, Alexander y otros. *El Federalista*. Artículo LXXVIII. FCE, primera reimpresión de la segunda edición, México, 1974.
16. KELSEN, Hans. “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)”. En: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’Étranger*. París, Vol. XLV, 1928.
 - “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución” –La Justicia Constitucional–. En: *Escritos sobre la democracia y el Socialismo*. Madrid: Debate, 1988, p. 16 del citado artículo.
17. LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. México: Fondo de Cultura Económica. Traducción de José Carner.
18. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.
19. LÓPEZ DE ULLA, José Manuel. *Orígenes Constitucionales del Control Judicial de la Leyes*. Madrid: Tecnos.
20. MONROY, GÁLVEZ, Juan F. *Introducción al proceso civil*. T. I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996.
21. PÉREZ SERRANO, Nicolás. *La noble obra política de un gran Juez: Juan Marshall*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1955.
22. ROSTOW, Eugene. “The democratic character of judicial review”. En: *Harvard Law Review*. Vol. 66, N° 2, diciembre de 1952.
23. SAGÜÉS, Néstor P. “Sentencia arbitraria por subjetividad judicial”. En: *Ius et veritas*. Año V, No. 10. Lima: Revista editada por estudiantes de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
24. TRUJILLO, Gumersindo. “La constitucionalidad de las leyes y sus métodos de control”; en su libro: *Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes*. La Laguna: Universidad de la Laguna.