

Control Difuso: ¿Potestad de la Administración?*

SHELLA CASTRO AUSEJO**

Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica es la fuente común de la validez de todas las normas pertenecientes a uno y el mismo orden. Que una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden. Esta norma fundante es la que constituye la unidad de una multiplicidad de normas, en tanto representa el fundamento de la validez de todas las normas que pertenecen a ese orden.

Hans Kelsen

SUMARIO:

Introducción. 1. Aspectos generales. 1.1. Control normativo. 1.2. El principio de jerarquía normativa. 1.3. El principio de legalidad. 2. Control difuso: ¿potestad de la administración?. 2.1. La constitución de 1993. 2.2. El principio de legalidad en la ley del procedimiento administrativo general (LPAG). 2.3. La resolución 0259-2001/TDC-INDECOPI: ¿control difuso por la administración?. 3. Reflexiones finales. 3.1. El control difuso: ¿Seguridad o peligro?. 3.2. Una propuesta para la aplicación de normas legales constitucionales. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La posibilidad de aplicar el Control Difuso como mecanismo de control de constitucionalidad por los órganos administrativos es un tema que

* Agradecemos especialmente a nuestro profesor, el doctor Juan Francisco Rojas, y a nuestra amiga, Mónica Zagastizábal. Al primero, por los comentarios a la versión anterior de este trabajo que elaboramos en el ciclo 2002-I cuando cursábamos el séptimo ciclo en la Facultad de Derecho de la PUCP. A la segunda, por todas las facilidades que nos otorgó en la redacción del mismo. La responsabilidad por el contenido de este artículo es, sin embargo, totalmente de la autora.

** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Adjunta de Catedra del curso Destreza Legal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Consejo de Egresados del Círculo de Derecho Administrativo.

ha causado polémica en el mundo del Derecho. Por esa razón, en este trabajo nos hemos propuesto determinar si efectivamente, aquél tipo de control, constituye o no, una potestad de la Administración Pública.

Para conseguir nuestro propósito, es necesario que estudiemos ciertos aspectos generales que nos introduzcan en el tema planteado. Por ello, como primer punto, analizaremos conceptos fundamentales e instituciones jurídicas que se enmarcan en la problemática, tales como: el significado y alcance del Control Difuso, y los principios constitucionales de Jerarquía Normativa y Legalidad. Posteriormente, como segundo punto, nos remitiremos a la esencia misma de la discusión, para lo cual nos valdremos de la Constitución peruana, la Ley del Procedimiento Administrativo General y una resolución administrativa de la Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. Finalmente, reflexionaremos sobre la seguridad o peligro que generaría esta institución en el ámbito administrativo de ser considerada potestad de la Administración Pública; y ofreceremos nuestra propuesta para evitar que aquélla aplique normas legales inconstitucionales.

1. ASPECTOS GENERALES

1.1. Control Normativo

Cabanellas de Torres en su Diccionario de Derecho Usual señala que el término «*control*» tiene pleno arraigo en nuestro idioma, por lo que se hace difícil la eliminación de su uso. Asimismo manifiesta, que la voz «*control*» ha sido adoptada por todos los idiomas latinos y anglosajones, aplicándose el vocablo a «*la materialidad de los objetos y a todos aquellos actos o negocios que han de ser sancionados con autoridad suficiente*», y que los verbos que se corresponden con dicho concepto son: comprobar, fiscalizar, inspeccionar, intervenir, registrar, vigilar, mandar, gobernar, regular, tutelar, velar, aprobar, suspender (...), (subrayado agregado)¹.

Por otro lado, Cabanellas de Torres define el concepto de «*norma*»² como «*regla de conducta, precepto, ley, criterio o patrón, práctica*»; y señala que el

-
1. CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. Diccionario de Derecho Usual. Tomo I. Décima edición, Heliasta Editores, Buenos Aires, p. 37.
 2. CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. Diccionario Jurídico Elemental. Décimo tercera edición, Heliasta Editores. Buenos Aires, 1998, p. 269.

término «normativo» se refiere a todo aquello «que es susceptible de servir de regla», o, «que implanta o establece de norma».

A partir de los significados de «control» y «norma» antes anotados, nosotros hemos efectuado una integración de conceptos con el objeto de definir qué es el Control Normativo. Así pues, de dicha composición de significados, como resultante tenemos que el Control Normativo es «*aquel acto mediante el cual se vigilan los preceptos o leyes que sirven de regla o establecen normas, buscándose tutelar o velar por la compatibilidad del marco legal*».

El Control Normativo tiene como premisa fundamental salvaguardar la unidad del orden jurídico, evitando que las normas integrantes del mismo lo quiebren por ser contrarias entre sí. Es precisamente con esa idea que se han creado diferentes formas de Control Normativo, de entre las cuales se encuentran el Control Difuso y el Control Abstracto. El primero, por el que se lleva cabo la inaplicación de una Ley o norma con rango de Ley que ostenta un vicio de inconstitucionalidad; y el segundo, mediante el cual se expulsa definitivamente del ordenamiento jurídico una norma legal opuesta a la Constitución.

a) *Control Difuso*³

Cada vez que evocamos la figura del Control Difuso, es imposible dejar de recordar el tan afamado caso *Marbury vs. Madison* acontecido en 1803. Es conocido por todos nosotros que el escenario en el cual se desarrolló el «Judicial Review» norteamericano, antecedente de nuestro actual Control Difuso, fue aquél en donde el Partido Federal (derrotado en elecciones) buscó «atrincherarse» en la Corte para, desde allí, dar la batalla al gobierno del partido contrario⁴. Y es que, en el caso *Marbury vs. Madison*, el juez Marshall decidió aplicar la Constitución y dejar de lado una norma que la contradecía; cierto es que por intereses políticos, pero respondiendo a una lógica de supremacía constitucional⁵.

El Control Difuso es una expresión del control normativo en el que se lleva a cabo la inaplicabilidad de las leyes o normas con rango de ley

-
3. Sólo nos detendremos en esta clase de control normativo por ser materia de nuestra investigación.
 4. DE BERNARDIS, LUIS MARCELO. *La garantía procesal del debido proceso*. Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1995, p. 167.
 5. Véase en ese sentido: DE BERNARDIS, LUIS MARCELO. *Op. Cit.*, p. 162 y ss. Allí se explica la cuestión histórica del caso.

inconstitucionales por los jueces del Poder Judicial. Por la inaplicabilidad no se expulsa la norma legal del ordenamiento jurídico, simplemente se la deja de lado para evitar la vulneración que aquella produce de la Constitución⁶.

Según Camacho, un control de constitucionalidad como el descrito [Control Difuso], es una correspondencia, más aún, en conexión con el medio afín, pues no podría existir supremacía [constitucional] sin la existencia del mismo⁷. Al igual que este autor, consideramos que este control, inherente al poder de interpretación reconocido como función propia de los jueces, representa dentro de la teoría del Estado moderno, el más original de los aportes efectuados por los Estados Unidos al constitucionalismo moderno⁸, puesto que los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley [...] según los preceptos y principios constitucionales⁹.

Por otro lado, y aunque no es materia de nuestro trabajo realizar un estudio de las distintas manifestaciones de Control Normativo, queremos hacer la atinencia que éste no se limita a los dos controles mencionados en el punto anterior, es decir, a los controles difuso y abstracto¹⁰. A nuestro modo de ver, existen otros tipos de Control Normativo, efectuados por órganos autónomos distintos al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial, y a los cuales no se les ha dado una denominación específica, pero que también se dirigen a proteger la armonía del orden legal. Un ejemplo de estas manifestaciones de Control Normativo, es el realizado por el Jura-

-
6. La doctrina Argentina añade precisiones importantes al tema para señalar que los jueces del Poder Judicial no se limitan a efectuar mecánicamente el control de constitucionalidad por inaplicación: «...los jueces no sólo están para declarar o decir el derecho creado por las asambleas legislativas. Si los jueces sólo tuvieran la tan deducida misión de ser los portavoces del legislador, no harían falta. Serían sustituidos inmediatamente y sin perjuicio alguno por funcionarios administrativos. Los jueces son mucho más que eso, crean derecho allí donde el mismo no existe, supliendo las fallas del legislador, y en esto consiste fundamentalmente el control de constitucionalidad, dejar de aplicar una norma general por ser inconstitucional y crear una norma individual que rija el caso». BIANCHI, ALBERTO B. Control de Constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales. Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1992, p. 116.
 7. Véase en ese sentido: CAMACHO GUTIÉRREZ, WALTER. *Análisis de constitucionalidad y control difuso*. En: Diálogo con la Jurisprudencia, N°4, Año III, Gaceta Jurídica. Enero 1997.
 8. Idem, p.81.
 9. FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO. *El control normativo de la constitucionalidad en el Perú*. En: Revista de Derecho Constitucional, N° 56, Mayo-Agosto 1999, p. 26.
 10. Véase punto I.1

do Nacional de Elecciones, que como único encargado de velar por todo lo referente en materia electoral, en esa misión debe cuidar que el funcionamiento de los partidos, sus alianzas y las elecciones, se realicen de conformidad con la ley¹¹. En caso que esto no ocurra, deberá tomar las medidas que las leyes electorales le autorizan para garantizar la legalidad de la vida electoral y partidaria del país¹². Otra expresión del Control Normativo es el Control de Legalidad de los Reglamentos que realizan los tribunales administrativos. En este último supuesto, el Control Normativo tiene nombre propio y es un deber de la Administración Pública.

En consecuencia, el Control Normativo constituye un mecanismo de protección contra la vulneración del ordenamiento jurídico, que incluye no sólo la Constitución y las leyes, sino a normas infralegales.

1.2. El Principio de Jerarquía Normativa

Los ordenamientos jurídicos se encuentran organizados bajo un sistema de fuentes de derecho de las cuales emanan las disposiciones que van a regir el Estado y la sociedad. Bajo esa lógica, se ha establecido que la principal fuente de derecho es la Constitución, norma suprema fundamental de la cual subyacen principios básicos que buscan resguardar el orden jurídico y consagran la unidad del mismo. Uno de esos principios constitucionales es el denominado «Principio de Jerarquía Normativa».

Al estudiar el Principio de Jerarquía Normativa, la doctrina ha expresado de diversas formas cuál es la esencia del mismo, esto es, ser la directriz que establece el orden de relación entre las normas del sistema jurídico. Al respecto, el profesor español De Otto¹³, bien ha señalado que la más significativa de las relaciones entre normas en un ordenamiento es la llamada jerarquía, esto es la ordenación escalonada de las diversas formas que pueden adoptar las normas. Complementando lo anterior, para Torres del Moral¹⁴, el Principio de Jerarquía Normativa además corresponde a la se-

-
11. Constitución de 1993, art. 178° inciso 3: «*Compete al Jurado Nacional de Elecciones: (3). «Velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral».*
 12. RUBIO CORREA, MARCIAL. *Para conocer la Constitución de 1993*. Tercera edición. DESCO, Lima, 1994, p.186.
 13. Véase en ese sentido: DE OTTO, IGNACIO. *La Constitución y el sistema de fuentes de derecho*. En: *Derecho Constitucional*. Ariel, Barcelona, 1989, p. 88 y ss.
 14. Véase en ese sentido: TORRES DEL MORAL, ANTONIO. *Principios de Derecho Constitucional Español*. Segunda edición. Átomo Ediciones, Madrid, 1988, p. 81 y ss.

guridad jurídica, y cuyo desarrollo constitucional se funda en los preceptos que consagran la supremacía de la Constitución, las relaciones entre la ley y el reglamento, la supremacía del derecho producido por los órganos centrales del Estado respecto del autonómico, entre otros.

La Jerarquía Normativa implica pues, un orden vertical de las normas, o lo que equivale a decir «un rango». Existe entonces, como regla principal, el deber de respetar toda aquella disposición de «rango superior» cuando se enfrenten normas de distinta jerarquía. Así por ejemplo, de presentarse el supuesto en el cual se dicte un Reglamento, y al mismo tiempo, una ley del Congreso – con independencia de su contenido– ésta última será superior y preferida sobre el primero. Es a esta situación que la doctrina ha denominado «jerarquía formal»¹⁵.

Pero el Principio de Jerarquía Normativa tiene una aplicación práctica, que se presenta claramente cuando una norma de menor rango es derogada por otra superior; o en los supuestos de contradicción entre los lineamientos que emanan de una disposición y los de otra. Así, si se diese el caso que existiera un Decreto Supremo que exprese determinados preceptos, y éste ha venido rigiendo durante un tiempo determinado, de entrar en vigencia una Ley que contenga disposiciones que lo contradigan, debe suponerse que el Decreto Supremo ha sido derogado, y por ende es nulo¹⁶.

Es importante consagrar en un ordenamiento jurídico, la diferenciación de las disposiciones legales, atendiendo a una preeminencia de superioridad. De lo contrario, solamente se crearía una suerte de caos normativo en el que por una indistinción de rangos, no se sabría qué norma aplicar. Peor aún, si no existiese Jerarquía Normativa, todos aquéllos que emiten normas legales¹⁷ podrían argumentar que sus disposiciones son las únicas imperativas, y que

15. DE OTTO, IGNACIO. Op. Cit., p. 89. Según este autor: «la jerarquía formal consiste en que a las normas se les asigna diferentes rangos –superior o inferior- según la forma que adopten, es decir, con independencia de su contenido...». Agrega el autor, que «la jerarquía formal no es otra cosa que un conjunto de reglas acerca de la validez de las normas consistente en que unas, las que ocupan un nivel inferior, pierden validez, desaparecen como normas, cuando contradicen a otras, las que ocupan una posición superior.»

16. La derogación no sólo se da entre normas de distintos rangos, cabe entre disposiciones legales de igual jerarquía. Es perfectamente posible que una ley sea derogada por otra ley. El ejemplo que ofrecimos es solamente un caso por el cual visualizamos de mejor forma la jerarquía normativa cuando hay derogación.

17. Entiéndase por «normas legales» toda clase de dispositivo con rango legal, no sólo leyes en sentido estricto. Así, incluimos a las ordenanzas, decretos legislativos, etc.

no existe ningún límite que las obligue a respetar normas creadas por otros órganos, por una simple razón de inexistencia de superioridad normativa.

Sobre la base las ideas antes expuestas, y movidas bajo una consigna de coherencia jurídica, las Constituciones de los distintos países del mundo han consagrado expresamente en su articulado el Principio de Jerarquía Normativa. El Perú no ha sido ajeno a proclamar dicho principio en su Carta de 1993, recogiénolo en su art. 51°.

Para finalizar este acápite, podemos subrayar la importancia que tiene la organización escalonada de las normas de un sistema en palabras de Requejo Pagés, para quien la Constitución ha de ser siempre un concepto referencial. Según este autor, «...la existencia de diferentes formas positivas de exteriorización de las normas integrantes del Ordenamiento requiere una ordenación jerárquica de las mismas a los efectos de resolver cuantas contradicciones internormativas pudieron derivarse por causa de los diferentes contenidos con los que los habilitados para producir dichas formas doten definitivamente a las mismas» (subrayado agregado).

1.3. El Principio de Legalidad

La actuación administrativa tiene un fundamento que se distingue de la actuación de los particulares. A diferencia de la Administración Pública, los particulares se desenvuelven en la sociedad en la medida que su conducta no se encuentre prohibida por la ley. Es decir, ellos pueden «hacer y dejar de hacer», siempre y cuando no vulneren las disposiciones establecidas que buscan resguardar el orden a través de prohibiciones y límites. Si se diese el supuesto de una conducta no regulada en las normas como prohibida, el particular tiene el derecho de realizarla sin problema alguno, ya que se sobreentiende que el ejercicio de su libertad no sobrepasa los parámetros establecidos en las disposiciones jurídicas y su comportamiento se encuentra conforme al conjunto de reglas dispuestas en la ley. De allí que en el ámbito privado se profese la máxima que «nadie está obligado de hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe»¹⁸.

Contrariamente al actuar privado, la Administración Pública desarrolla su actividad sometida a principios diferentes a los que rigen la actuación privada. Uno de estos principios es el conocido «Principio de Legalidad», directriz más importante del Derecho Administrativo, y por la cual, la actuación estatal se encuentra plenamente sujeta a lo establecido por ley.

18. Constitución de 1993, art. 2°, inciso 24, num. a.

¿Cómo explicar el significado del Principio de Legalidad?

Su significado puede ser explicado como aquel principio opuesto que mueve el actuar privado, y que les permite a las personas hacer y dejar de hacer. El Principio de Legalidad 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 se convierte en legítima¹⁹. Por lo tanto, la Administración estará obligada de hacer lo que la ley manda, y se le prohibirá realizar lo que aquélla no diga²⁰. En esa línea, la ley establece y regula las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas²¹.

La Legalidad otorga facultades a la Administración, determina cuidadosamente sus límites, apodera, y la habilita para su acción, confiriéndole al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta como ejercicio de un poder atribuido anticipadamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Como bien han señalado García de Enterría y Fernández²², «...sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente».

En el Derecho Administrativo Sancionador, el Principio de Legalidad cumple un papel importante. Aquí la legalidad establece el marco de las infracciones que comete el administrado, y las sanciones que la Administración puede imponerle. Así, la premisa del sistema sancionador sobre la base del Principio de Legalidad parte de establecer que *«nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delitos, falta o infracción administrado, según la legislación vigente en aquel momento»*²³.

19. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Décima edición, Editorial Civitas, Madrid, 2000, p. 440.

20. Estas frases son fruto del desarrollo del Principio de Legalidad a lo largo de la historia. A pesar de no ser objeto de nuestro trabajo realizar una investigación histórica hacemos esta pequeña referencia debido por considerarlo importante. Para ello, recomendamos ver: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN. *Idem*.

21. PARADA, RAMÓN. *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la ley 30/1992, de noviembre)*. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 49.

22. Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS RAMÓN, *Op. Cit.*, p. 441.

23. SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Principios de Derecho Administrativo*. Tomo II. Segunda edición. CEURA, Madrid, 2000, p. 383.

En conclusión, toda actuación administrativa debe estar conforme a ley²⁴, incluyendo la actividad sancionadora de la Administración.

2. CONTROL DIFUSO: ¿POTESTAD DE LA ADMINISTRACIÓN?

2.1. La Constitución de 1993

La actual Constitución peruana contempla mecanismos que velan por el respeto de su supremacía en nuestro ordenamiento. Para comprobar dicha afirmación, basta con acudir a sus arts. 51° y 138° respectivamente, que contienen los instrumentos jurídicos que aseguran preponderancia constitucional. Así, el primero de los artículos citados, contiene el «Principio de Jerarquía Normativa» -analizado por nosotros en el primer capítulo de este trabajo-, en el que subyace el imperativo de distinguir los rangos de las diferentes expresiones normativas (reglamentos, leyes, etc.) y donde la Constitución se implanta en el primer lugar; y el segundo, por el cual los órganos jurisdiccionales están llamados a impedir su contravención por normas de jerarquía inferior.

a) El Artículo 51°

El art. 51° de la Constitución de 1993, señala:

«Artículo 51°.- 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 la norma del Estado».

Como lo señalamos anteriormente cuando estudiamos el Principio de Jerarquía Normativa, la Constitución tiene el lugar más alto en el ordenamiento positivo del Estado. Lo dice textualmente el art. 51° al establecer que la Constitución prevalece sobre toda norma legal²⁵, por lo

-
24. Debido a que el Principio de Legalidad dirige la actuación administrativa, los estudiosos del Derecho Administrativo repiten de forma constante en sus escritos que éste es un elemento formal del Estado de Derecho. La doctrina argentina señala en ese sentido que «... el Estado de Derecho se caracteriza no sólo por su elemento sustantivo -el reconocimiento y la tutela de los derechos públicos subjetivos-, sino también por la forma como este objetivo va a alcanzarse: el sometimiento del Estado y, dentro de él, principalmente, la administración, a la ley. Este segundo elemento formal, es lo que se denomina el principio de legalidad». En: ENTREÑA CUESTA, RAFAEL. *Curso de Derecho Administrativo* (concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa). Octava edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 162.
25. RUBIO CORREA, MARCIAL. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo III. Primera edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p.94.

que es incorrecto pensar que una Ley, o peor aún, otra norma de jerarquía inferior pueda imponerse ante la misma.

La famosa pirámide Kelseniana ha ilustrado perfectamente los distintos niveles entre las normas jurídicas, con el fin de establecer de manera precisa, la sumisión existente de unas frente a otras. Pero, ¿cuál podría ser la razón de plantear subordinaciones entre los dispositivos jurídicos? ¿Por qué lo hizo la Constitución de 1993?

Con el objeto de mantener una coherencia lógica y buscar la seguridad jurídica, en toda sociedad se imponen pautas y reglas²⁶ que velen por la armonía del sistema. Estas reglas, tienen denominación variada dependiendo de quién sea la autoridad que las emita. Por ejemplo, los Reglamentos son actos dictados por la Administración en ejercicio de su potestad reglamentaria, y mediante los cuales la autoridad administrativa norma las actuaciones de los administrados cuándo estos caen dentro de su ámbito. Otro caso de importancia sumamente significativa, es el de la «Ley». Como se sabe, las leyes son expresiones normativas del poder parlamentario. Los congresistas, elegidos por los ciudadanos en las urnas, dictan leyes para regular aspectos fundamentales de la vida de una nación. Tanto el Reglamento como la Ley se ubican por debajo de la Constitución, y a ellos se les asigna un tercer y segundo rango, según corresponda en el orden jurídico²⁷. Por su parte, la Constitución tiene la característica fundamental de no ser ya una manifestación de voluntad de un órgano del Estado, sino del pueblo mismo. Es a través de elecciones generales que votamos por la vigencia de ese conjunto de normas insertas en la Constitución.

Con estas ideas, estamos en capacidad de responder las preguntas formuladas líneas arriba.

Si nosotros mismos somos quienes elegimos que la Constitución Política de 1993 sea nuestra norma rectora, entonces también hemos decidido implícitamente cuál será la jerarquía de los dispositivos jurídicos. Es

26. Hemos empleado de manera genérica el término reglas para referirnos a las normas del ordenamiento jurídico. Posteriormente efectuaremos una distinción sencilla de las mismas.

27. El Reglamento y la Ley no son las únicas formas normativas distintas a la Constitución. Para un análisis profundo sobre la variedad de normas existentes, véase: RUBIO CORREA, MARCIAL. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Idem.

en la Constitución en donde se señala los dispositivos normativos, y por supuesto sus rangos, que rigen en nuestro Estado, nación y territorio. Al aceptar la validez y vigencia de la Constitución, sobre la base de nuestra elección establecimos las distinciones entre normas y la supremacía existente entre una y otra. En consecuencia, la Constitución de 1993 primará sobre una Ley, porque contiene esas reglas generales que los ciudadanos peruanos establecieron para implantar un Estado de Derecho; la Ley, por ser una delegación del pueblo al Congreso para dictar normas, tendrá una jerarquía menor; y claro está que los Reglamentos al no ser ni una expresión directa ni indirecta del pueblo, ocuparán un grado inferior en la escala normativa.

De lo anterior se sigue que cuando exista alguna contradicción o incompatibilidad de disposiciones de diferente rango, se deberá preferir la norma de rango superior, como lo señala el art. 51° de nuestra Constitución.

b) El Artículo 138°

En el Título IV de la Constitución Política del Perú se enmarca todo lo correspondiente a la «Estructura del Estado». En dicho título podemos encontrar capítulos referidos a los distintos Poderes del Estado y de entre los cuales la Constitución ha reservado el número VIII exclusivamente al Poder Judicial. Dentro de este capítulo haremos particular hincapié en el estudio del art. 138° que contiene el «Control Difuso» como mecanismo de protección de constitucional.

Señala el art. 138° de la Constitución Política de 1993:

Artículo 138°.- 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.

Según Rubio, la potestad de administrar justicia consiste en la jurisdicción, es decir, en la capacidad de decir Derecho a través de los actos de función que, en el caso de los jueces, son esencialmente las sentencias (aunque también pueden serlo algunas otras resoluciones)²⁸. Asimismo señala

28. RUBIO CORREA, MARCIAL. Op. Cit., p. 23.

este autor que, como los jueces son quiénes dicen Derecho, sus resoluciones no pueden ser modificadas por ninguna otra autoridad y deben ser cumplidas²⁹. La definición ofrecida por Rubio puede ser complementada con lo señalado por Quiroga³⁰, quien concibe la jurisdicción como aquella potestad de ejercer la administración de justicia determinándose el derecho material aplicable a cada caso concreto de manera definitiva.

Rescatamos de ambas definiciones doctrinales que la administración de justicia necesariamente comprende la jurisdicción, esto es, aquella facultad de todos aquellos órganos que resuelven conflictos y cuya decisión no es cuestionada. Entonces, nos preguntamos, ¿quiénes tienen jurisdicción? Quienes se encuentren facultados por la Constitución. Por lo tanto, no sólo el Poder Judicial tiene jurisdicción, sino también el Tribunal Constitucional, cuando declara la inconstitucionalidad de las leyes, dada la irrevisabilidad de sus sentencias. No obstante, no puede atribuirse jurisdicción a órganos que pese a resolver controversias, no poseen dicha potestad. Tal es el caso de la Administración Pública, a quien algunos autores, otorgan facultades jurisdiccionales bajo la consigna de asimilar su labor a la que realiza un juez o magistrado; lo que resulta equivocado si analizamos en detalle los límites a los cuales aquélla se encuentra sujeta cuando resuelve un conflicto.

Y, ¿cuáles son aquellos límites que impiden afirmar que la Administración Pública posee jurisdicción? Son varios. En primer lugar, en el escenario administrativo, la Administración no se encuentra libre de la revisión posterior de sus decisiones; en segundo lugar, debido a la falta de independencia en su actuación –cuestión que sí yace presente cuando se hace referencia a la jurisdicción-, la Administración no es ningún tercero imparcial cuando emite actos o resuelve, por el contrario, aquélla hace de juez y parte, siendo sus disposiciones impugnables una vez agotada la vía administrativa en el Poder Judicial. Si la Administración carece de jurisdicción, ¿cómo denominar a la facultad que ésta posee en una controversia administrativa? Creemos que la denominación más adecuada es la de «cuasi jurisdicción de la Administración Pública» o «jurisdicción administrativa», y que se distingue de la jurisdicción propiamente dicha, poseída únicamente por los jueces y magistrados del Tribunal Constitucional. Debemos añadir que a propósito de la distinción efectuada de ambas

29. RUBIO CORREA, MARCIAL. *Idem*.

30. QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. Citado por: DE BERNARDIS, LUIS MARCELO. *Op. Cit.*, p.100.

jurisdicciones, la doctrina³¹ ha hecho énfasis en señalar que la existencia de organismos gubernativos con facultades cuasi jurisdiccional ha sido materia de ardua discusión entre aquellos que se oponen, por considerarla adversa al principio unitario y exclusivo de la actividad del Poder Judicial, y los que por el contrario, apoyan la necesidad de la institucionalidad y subsistencia de una jurisdicción administrativa diferenciada de la judicial, diseñada específicamente para garantizar la judiciabilidad de la actuación administrativa.

Ahora bien, ¿cómo entender el segundo párrafo del art. 138° de la Constitución, si por un lado, hemos señalado que no sólo el Poder Judicial posee jurisdicción, y por el otro, le negamos tal atribución a la Administración Pública?

Debemos entenderlo tal cuál se nos presenta, como aquella disposición que contempla el Control Difuso como instrumento de protección de la Constitución, y por el cual los órganos jurisdiccionales efectúan una preferencia de la norma constitucional sobre aquella norma legal que la vulnera. No nos cabe duda que los jueces son los encargados principales de ejercer el control difuso de las normas, más aún, desde el inicio de este trabajo lo hemos afirmado. Sin embargo, dada la interpretación surgida de una lectura completa de todo el art. 138°, que otorga dicha potestad a la administración de justicia, no podemos dejar de señalar que se han suscitado discusiones sobre quiénes son los órganos llamados a emplear el Control Difuso como mecanismo de control constitucional. Así, un sector de la doctrina representado por Rubio, afirma que el control difuso pertenece no sólo a los jueces y tribunales del Poder Judicial, sino a toda administración de justicia, es decir a todos los órganos que ejercen la jurisdicción³². Contrariamente, otro sector, encabezado por Quiroga, ha señalado que en la Constitución hay una confusión entre la actividad que realiza el Poder Judicial y la que ejerce la administración de justicia en general. Para esta última tendencia, el segundo párrafo del art. 138° y los arts. 140°, 142°, 148° y 149°, no se refieren estricta y exclusivamente al Poder Judicial sino a la administración de justicia en el Perú, que es tema distinto al género dentro del cual es una especie la actividad de los tribunales ordinarios³³.

31. Véase al respecto: MORÓN URBINA, JUAN CARLOS. *Derecho Procesal Administrativo*. Segunda edición, Editorial Rodhas, Lima, 1999, p.77.

32. RUBIO CORREA, MARCIAL. *Op. Cit.*, p. 25.

33. Respecto de la aplicación del control difuso por órganos diferentes al Poder Judicial existe una gran discusión. Como se señaló, por ejemplo, Marcial Rubio afirma que aquella forma de control normativo no es exclusivo del Poder Judicial ya que pertenece

Independientemente de quiénes sean los órganos con la potestad de controlar difusamente la Constitución, lo que nos queda muy claro es que la Administración Pública no se encuentra facultada a hacerlo. No es materia de este trabajo poner punto final a la discusión doctrinaria sobre quiénes son las autoridades competentes de realizar el Control Difuso, sino esclarecer las dudas que existen en torno a la posibilidad que la Administración lo efectúe.

Un buen resumen de lo expuesto hasta aquí sobre el Principio de Legalidad es lo expresado por el tratadista argentino Bianchi, para quien, el Control Difuso por parte de la Administración es definitivamente inviable³⁴:

«La pregunta de si la Administración está habilitada para ejercer control constitucional se centra, así, principalmente, en torno de ellos. Sin embargo (...), la imposibilidad de que los jueces de la Administración ejerzan control constitucional (...). En primer término, es obvio que no son ni se pueden constituir nunca el «juez natural de la causa». Esta noción, cuyos orígenes son antiquísimos y que aparece como una denominación nacida de la jurisprudencia de la corte, no es predicable respecto de los jueces administrativos. A ello se oponen muchas razones, pero una de las más importantes es que los jueces de la Administración nunca pueden ser imparciales, pues actúan –las más de las veces– como jueces y parte al mismo tiempo. En segundo término, existe imposibilidad de que los órganos jurisdiccionales administrativos ejerzan control constitucional por la propia naturaleza sus funciones. Recordemos que si bien (...) los jueces administrativos hoy constituyen órganos importantes, no menos cierto es que su función es el producto de una necesidad material, pero no sustancial, del Estado de Derecho. Es decir se podría prescindir de ellos sin que la Constitución se viera agraviada...».

a todos los que tienen jurisdicción. Esta posición es opuesta a la sostenida por Aníbal Quiroga, quien sólo atribuye la facultad de controlar difusamente la Constitución al Poder Judicial: «Esto significa que tal facultad nace sólo dentro del Poder Judicial, es una consecuencia del accionar del derecho y la realidad, sólo es aplicable en una controversia específica, real y concreta, donde los márgenes de la declaración judicial de inconstitucionalidad no va más allá de los linderos del expediente, no versa sobre cuestiones políticas, no es abstracta y a ello sólo se debe llegar luego de presumirse la constitucionalidad de la ley y agotadas todas las posibilidades interpretativas en favor de la ley debitada» (subrayado agregado). QUIROGA LEON, ANÍBAL. El difuso «control difuso». En: El Comercio, 24 de enero de 1997.

34. BIANCHI, ALBERTO B. Op. Cit., p. 246 y ss.

2.2. El Principio de Legalidad en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)

Según el num. 1.1 del art. IV del Título Preliminar de la LPAG:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1 Principio de Legalidad.-*Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas» (subrayado agregado).*

Como ya hemos venido señalando a lo largo de este trabajo, el Principio de Legalidad en materia administrativa supone el sometimiento de la actuación de las autoridades administrativas a lo determinado por Ley. Por lo tanto, de existir alguna incompatibilidad entre una Ley y una norma de rango inferior, la Administración Pública debe sujetarse a lo ordenado por la primera. Además, debemos recordar que cuando hacemos mención a la Ley, empleamos un lenguaje genérico que engloba a todos los dispositivos que yacen en el mismo nivel que aquélla. Al respecto, el profesor Espinosa-Saldaña³⁵ ha señalado que el Principio de Legalidad ya hace tiempo ha abandonado sus parámetros iniciales, destinados a asegurar que la labor de las Administraciones Públicas deba ceñirse [solamente] a lo previsto por las leyes dictadas desde el Congreso. Asimismo expresa, que hoy se cumple con este principio en la medida que se respete escrupulosamente las prescripciones emitidas por quienes son, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, las autoridades competentes dentro del Perú para desempeñar dichas tareas. Consecuentemente, nos encontraríamos ante el sometimiento administrativo al Derecho, entendiéndolo como un «conjunto de normas y principios», un marco jurídico bastante más amplio que el de las leyes del Congreso.

Por otro lado, leyendo detenidamente la LPAG, creemos que llama la atención de cualquier administrado la mención que se hace de la Constitu-

35. ESPINOSA-SALDAÑA, ELOY. *Principios, ámbito subjetivo de aplicación y fuentes del procedimiento administrativo: En busca de la nacionalidad perdida y una protección del administrado hoy casi inexistente*. En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley 27444, ARA Editores, Lima, 2001, p.268 y ss.

ción en el art. IV num. 1.1 del Título Preliminar. Sucede que, como hemos señalado, el Principio de Legalidad supone el sometimiento de la Administración a las normas legales. Si esto es así, entonces, ¿qué persigue la LPAG cuando señala que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución? ¿Cuál es el significado de este enunciado? ¿Es que acaso con la redacción de la LPAG se posibilita a la Administración a ejercer el Control Difuso? ¿Los legisladores han desnaturalizado esta institución?

Desde nuestro punto de vista, consideramos que el Principio de Legalidad en la LPAG busca enfatizar que la Constitución constituye la norma marco del sistema jurídico, y por lo tanto, sus disposiciones deben ocupar la cúspide del ordenamiento. Todo órgano del Estado deberá ajustar sus manifestaciones a esa carta fundamental que le otorga atribuciones e impone límites. Uno de esos límites constitucionales es precisamente, la imposibilidad de la Administración Pública de aplicar el Control Difuso; lo que le impide dejar de lado las normas legales inconstitucionales. De allí que la lectura del Principio de Legalidad en la LPAG, signifique que la Administración debe orientarse a sujetar sus actos a las normas legales, tal como se desprende de una lectura armónica de la Constitución.

No podemos negar las confusiones surgidas de la ambigua redacción del Principio de Legalidad en la LPAG, que incluyó a la Constitución como primera norma a la que se somete el actuar de la Administración y que puede originar interpretaciones forzadas sobre la habilitación del control de constitucionalidad en el ámbito administrativo. Sin embargo, como hemos señalado, esto es incorrecto. El Principio de Legalidad en la LPAG debe ser comprendido dentro de la línea expuesta en los párrafos precedentes. Lamentablemente, la redacción confusa del Principio de Legalidad en la LPAG deviene de un capricho de aquellos que al momento de leer el proyecto de la Ley, consideraron necesario incluir en el artículo referido a este principio, el sometimiento de las autoridades administrativas a «la Constitución». Originalmente el proyecto de dicha norma sólo hacía referencia a la «Ley y al Derecho»; como lógicamente debió ser regulado el Principio de Legalidad. El sometimiento del actuar de la Administración a la Constitución fue un agregado posterior que no calzaba con la verdadera intención de quienes prepararon el proyecto de la LPAG. No obstante aquello, no podemos pensar que la Constitución no es vinculante para la Administración. Por supuesto que lo es. La Administración debe ajustarse a los principios constitucionales al momento de actuar, pero teniendo en cuenta los límites que los mismos imponen; y de entre los cuales se encuentra el no ejercicio del Control Difuso.

Entonces, en nuestra opinión cuando el Principio de Legalidad en la LPAG hace referencia a la Constitución, la interpretación del texto debe realizarse de manera coherente con el ordenamiento jurídico en su conjunto y la razón de ser de los principios que lo conforman. Por lo tanto, la comprensión más adecuada del Principio de Legalidad tal como se encuentra redactado debe suponer la sujeción de la Administración a la Ley, la que a su vez le corresponde someterse a la Constitución. En ese sentido, nos adherimos a Rojas³⁶ quién bien ha expresado en estas líneas que:

«El principio de legalidad está a la base de toda actuación de la administración pública y es una de las conquistas más firmes del estado de derecho moderno. La administración pública debe actuar siempre sometida a la ley pues es en sí misma una organización al servicio de la voluntad del pueblo que se expresa a través de la ley. En el texto propuesto se entiende el principio sobre la base del sometimiento a la Constitución y el derecho. Esta particularidad no es otra cosa que el reconocimiento de que la ley misma es tributaria de la Constitución y que su cumplimiento es sólo posible en el mundo del Derecho» (subrayado agregado)³⁷.

2.3. La Resolución 0259-2001/TDC-INDECOPI: ¿Control Difuso por la Administración?

A efectos de apreciar en nuestro medio cuál ha sido la práctica de las autoridades administrativas en materia de Control Difuso, hemos tomado la Resolución N° 0259-2001/TDC-INDECOPI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI³⁸, en la cual se muestra la orientación de la Administración Pública cuando se encuentra ante conflictos surgidos entre una norma con rango de Ley y la Constitución. Para adentrarnos en el tema, efectuaremos un brevísimo resumen de los hechos más importantes contenidos en dicha resolución, y que tiene como protagonistas a las empresas Belleville Investments Limited (Belleville) y Radiodifusora 1160.

36. ROJAS LEO, JUAN FRANCISCO. *¿Hemos encontrado el rumbo del Derecho Administrativo en el Perú?. Reflexiones en torno a la próxima entrada en Vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General.* En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley 27444, ARA Editores, Lima, 2001, p.123.

37. SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO. *Fundamentos de Derecho Administrativo.* Tomo I. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, p.200, citado por: ROJAS LEO, JUAN FRANCISCO. Idem.

38. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Veamos los hechos:

- En 1999, Belleville solicitó la declaración de insolvencia de Radiodifusora 1160, originando la oposición de diferentes empresas vinculadas a ésta última, y entre las cuales se encontraban Astros S.A. y Racier S.A. (Racier). El procedimiento de insolvencia siguió su trámite, y en su curso, se sucedieron distintos hechos que retrasaron la instalación de la junta de acreedores de Radiodifusora 1160. Sin embargo, finalmente se llevó a cabo dicha instalación en Setiembre de 2000, designándose como entidad administradora a Corporación Peruana de Consultoría S.A.³⁹
- Tres meses después, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto de Urgencia N° 111-2000 (D.U N° 111-2000), que bajo ciertas condiciones, ordenaba la conclusión de los procedimientos concursales de las empresas de telecomunicaciones. Sobre la base de esta norma la empresa Racier solicitó a la Comisión Delegada encargada del caso Belleville, se dispusiera de oficio la conclusión del procedimiento concursal de Radiodifusora 1160, el levantamiento de su insolvencia, y la disolución de su junta de acreedores. Basado en el Decreto de Urgencia, la autoridad administrativa no tuvo más reparo que acceder a la solicitud de Racier.
- En enero de 2001, el representante de los créditos laborales, y el acreedor de Radiodifusora 1160, el señor Wilson Ariel Altesor Aguirre, solicitaron que la Resolución que levantaba la insolvencia de la mencionada radiodifusora sea declarada nula o, en todo caso, revocada por ser inconstitucional.

Pero, ¿cuál era la gran problemática ocasionada en el procedimiento concursal de Belleville con la dación del D.U. N° 111-2000? A continuación veamos lo que decía su primer artículo:

Artículo 1°.- Cuando, en los procedimientos de insolvencia seguidos conforme al Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial aprobado por Decreto Supremo N° 014-99-ITINCE, se demuestre que el acreedor que ha solicitado la insolvencia de una empresa de la actividad de telecomunicaciones está vinculado al deudor, según los criterios del artículo quinto de la Ley de Reestructuración Patrimonial, quedará concluido el proceso de insolvencia y disuelta la junta de acreedores.

39. Se decidió en Junta de Acreedores optar por la reestructuración de la empresa.

Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en esta norma, se requerirá asimismo, que la administración del insolvente esté o haya estado en poder de un administrador judicial y no conste la participación del Directorio y de la Junta General de Accionistas de la empresa deudora en el proceso de insolvencia.

Quedan a salvo los derechos de los acreedores para iniciar un nuevo proceso de insolvencia.

Según la comisión encargada del procedimiento de insolvencia de Belleville, esta empresa caía en el supuesto de hecho del Decreto de Urgencia N° 111-2000 puesto que: (i) la Radiodifusora se dedicaba a las telecomunicaciones; (ii) Belleville y la Radiodifusora eran empresas vinculadas; (iii) durante el procedimiento, antes de que Corporación Peruana Consultoría S.A. fuese nombrada como administradora, Cosport S.A.C. actuó como administrador judicial; (iv) ni el Directorio ni la Junta General de Accionistas de la Radiodifusora participaron en actos realizados por ésta en el procedimiento de declaración de insolvencia y (v) en concordancia con el art. III del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos⁴⁰, las normas de derecho público eran de aplicación inmediata.

Por su parte, los dos argumentos más importantes que dieron el representante de los créditos laborales y el señor Wilson Ariel Altesor Aguirre para solicitar la revocación por inconstitucionalidad de la Resolución que levante la insolvencia de Radiodifusora 1160 fueron que, el Decreto de Urgencia era inconstitucional en la medida que no cumplía con los requisitos previstos en el num. 19 del art. 118° de la Constitución⁴¹; y que además,

40. D.S. 02-94-JUS, publicado el 28 de enero de 1994. Este dispositivo que regía los procedimientos administrativos anteriores a la vigencia de la LPAG.

41. Véase: Resolución N° 0259-2001/TDC-INDECOPI.
Asimismo, la Constitución de 1993, art. 118°, num. 19 señala: *corresponde al Presidente de la República: (...) 19. «Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia (...)»*. Sobre la dación del Decreto de Urgencia N° 111-2000 el representante de los créditos laborales y el señor Altesor señalaron que: (i) no respondía a una situación extraordinaria, puesto que la instalación de una Junta de Acreedores en el marco de un procedimiento concursal era un hecho cotidiano, (ii) una controversia entre accionistas y entre acreedor y deudor no constituía una causal económico financiera que ameritara la expedición de un Decreto de Urgencia, y (iii) no existía interés nacional en la situación de insolvencia de una empresa.

contravenía lo dispuesto en el art. 103° de la Constitución, dado que era una norma legal aplicable únicamente al procedimiento de reestructuración Radiodifusora 1160⁴².

Debido a que el caso Belleville llegó a ser visto por la Sala⁴³ de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual del INDECOPI, al emitir su fallo dicho órgano tomó en cuenta, tanto los argumentos señalados por la Comisión, como lo manifestado por el representante de los créditos laborales y el señor Altesor. La Sala en mayoría confirmó lo resuelto por la Comisión, negándose cualquier atribución de cuestionar la constitucionalidad del Decreto de Urgencia N° 111-2000.

¿Y cuál fue el fundamento de los votos en mayoría de la Sala?

Fue el Principio de Legalidad que incapacita a la Administración de aplicar el Control Difuso a un Decreto de Urgencia⁴⁴, y cuya competencia es exclusiva del órgano jurisdiccional⁴⁵. La Sala señaló que la Administración Pública actúa en ejercicio de una atribución regulada o predeterminada por Ley. En ese sentido, señaló la Sala, que la Administración Pública sólo puede realizar aquello para lo que está expresamente facultada. De tal forma, a diferencia de los particulares quienes no están obligados a hacer lo que la ley no manda ni impedidos de hacer lo que ella no prohíbe, «la Administración sólo puede hacer lo que la ley le faculta hacer»⁴⁶ (subrayado agregado).

Bien ha enfatizado la Sala cuando señaló que el control de constitucionalidad de las leyes es una expresión propia del Estado de Derecho que permite vías de control político para garantizar el respeto y permanencia de la norma fundamental respecto de cualquier otra que pudiera formar

42. Constitución de 1993, art. 103°: «Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas (...)».

43. El Tribunal estaba conformado por los señores vocales: Hugo Eyzaguirre del Sante, Mario Pasco Cosmópolis, Juan Francisco Rojas Leo, Liliana Ruiz de Alonso y Alfredo Bullard González.

44. Los decretos de urgencia son normas con rango de ley, por lo tanto, les corresponde control de constitucionalidad. Véase: RUBIO CORREA, MARCIAL.. Para conocer la Constitución de 1993. Op. Cit., p. 98.

45. Para este Tribunal Administrativo, sólo puede ser llevado a cabo el Control Difuso por los jueces del Poder Judicial. Hace una interpretación literal del art. 138° de la Constitución, a diferencia de la interpretación sistemática elaborada por la doctrina constitucional. Véase: RUBIO CORREA, MARCIAL. Op. Cit., p.25

46. Resolución N° 0259-2001/TDC-INDECOPI. p.4.

parte del ordenamiento jurídico⁴⁷. Teniendo en consideración que este mecanismo de control no ha sido establecido para ser empleado por la Administración Pública, a la Sala le resultó inconcebible atribuirse facultades jurisdiccionales que no le corresponden. Y es que, siendo un Decreto de Urgencia, una norma con rango de Ley, la Sala tuvo que someterse a lo que éste dispuso en pleno cumplimiento del Principio de Legalidad. Por lo tanto, para los vocales de la Sala, cualquier cuestionamiento sobre vicios de inconstitucionalidad del Decreto de Urgencia N° 111-2000 debía ser discutido en el Poder Judicial, en un proceso contencioso-administrativo donde el juez pueda utilizar el Control Difuso.

Sin embargo, el Tribunal conformado para resolver el caso Belleville tuvo un integrante cuyo voto fue discrepante sobre el tema.

¿Cuál fue el sustento de la oposición?

Basado en el argumento de equiparar la actividad de los tribunales administrativos con la de los tribunales judiciales, el voto discrepante asumió una posición pro Control Difuso por parte de la Administración. En dicho voto se señaló que *«la labor de los Tribunales Administrativos se asemeja a la realizada por los jueces, toda vez que son entes que deben actuar de manera neutral, imparcial e independiente, siendo sus decisiones producto del análisis del ordenamiento jurídico al caso particular y para el cumplimiento de su función resolutoria, los Tribunales Administrativos no están sometidos a autoridad alguna»*⁴⁸. Añadió asimismo que *«deben aplicarse las garantías del debido proceso a los procedimientos administrativos que se tramitan ante ellos»*⁴⁹; lo que implica que *«los administrados tienen el derecho que los conflictos entre particulares sujetos a la decisión administrativa sea resguardando sus derechos fundamentales. Y es un derecho fundamental de todo administrado que la Constitución tenga plena y total vigencia en el procedimiento, y dicha vigencia no puede estar limitada al proceso judicial, debe incluir al procedimiento administrativo. Por ello, el Tribunal Administrativo deberá velar porque la Constitución se aplique y no podrá inaplicarla en el caso concreto que tiene que resolverse»*⁵⁰.

47. Resolución N° 0259-2001/TDC-INDECOPI. p.3.

48. Resolución N° 259-2001/TDC-INDECOPI: voto del doctor Alfredo Bullard González.

49. ESPINOSA-SALDAÑA, ELOY. *Apuntes sobre la exigibilidad de un debido proceso en los diferentes Procedimientos Administrativos. Reflexiones sobre las experiencias peruanas y mundiales sobre el particular*. En: Derecho y Sociedad, N°. 15, Año XI, 2000 p.83-92. Citado en: Resolución N° 259-2001/TDC-INDECOPI: voto del Dr. Alfredo Bullard González.

50. Resolución N° 259-2001/TDC-INDECOPI: Voto del doctor Alfredo Bullard González.

El voto manifestaba expresamente que existe un deber de los tribunales administrativos de controlar las normas viciadas de inconstitucionalidad. Más aún, expresó que cuando la Administración no haya aplicado el Control Difuso correctamente, correspondía al Poder Judicial pronunciarse en última instancia.

Por otro lado, debemos señalar que no es nuestro propósito tomar partido de ninguna de las dos posiciones (ni del voto en mayoría, y ni del voto singular), sino determinar la posibilidad de atribuir a la Administración Pública la potestad de ejercer el Control Difuso; cuestión que en puntos anteriores ya habíamos logrado precisar. Como hemos visto a lo largo de este trabajo, el Control Difuso se limita a quiénes realizan labor jurisdiccional, sus resoluciones carecen del carácter definitivo y no poseen imparcialidad. Pueden resultar atractivas las propuestas de aplicación del Control Difuso por la Administración en aras de una supremacía constitucional y seguridad jurídica, sin embargo, no pueden conseguirse esos objetivos si desde ya se trastoca un principio básico como es el de Legalidad. De allí que, consideramos adecuado el fallo de la Sala, quién respetando los parámetros impuestos por el Principio de Legalidad, optó por aplicar el Decreto de Urgencia N° 111-2000 a pesar de su evidente inconstitucionalidad.

3. REFLEXIONES FINALES

3.1. El Control Difuso: ¿Seguridad o peligro?

Después de haber realizado un análisis del Control Difuso como un mecanismo de control de la normatividad inconstitucional y el rechazo de la aplicación de esta institución en el ámbito administrativo, nos cuestionamos sobre la seguridad o peligro que surgiría en el caso que la Administración efectuase un «juicio»⁵¹ de constitucionalidad. Por ello, a continuación examinaremos las consecuencias del Control Difuso por parte de la Administración Pública.

Siempre que pensamos en tribunales administrativos, nos vienen a la mente la Sala de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL, el Tribunal de la CONASEV, entre otras administraciones que ejercen función cuasi jurisdiccio-

51. Empleamos el término «juicio», como una noción que debe entenderse a manera de una «evaluación» que hace la Administración respecto de las normas jurídicas.

nal. Los integrantes de salas como éstas suelen ser personas con un reconocido prestigio profesional, comportamiento irreprochable y académicos que ejercen docencia en aulas universitarias. Basta citar como ejemplo de lo dicho, los nombres de los miembros que conformaron el tribunal que resolvió el caso Beleville; todos ellos respetados en el medio por gozar de las cualidades antes nombradas.

Los procedimientos administrativos que se llevan a cabo en entidades de la Administración Pública como las antes nombradas, en su mayoría, son calificados de imparciales y objetivos. Pese a existir una doble personificación de la autoridad administrativa, por constituirse en dichos procedimientos en «juez» y «parte», tal identificación no suele verse entremezclada en administraciones como las descritas, dada la calidad de las personas que forman parte de aquélla. Por el contrario, la Administración suele fallar de acuerdo a lo que considera verdaderamente aplicable a la controversia; y de existir alguna discrepancia entre los integrantes de un órgano colegiado administrativo, se deja constancia de ésta mediante votos particulares debidamente fundamentados.

Otro punto importante a resaltar de los procedimientos administrativos que se siguen en dichas entidades, es que, al igual que cualquier proceso judicial, se rigen por principios que salvaguardan el «debido procedimiento» que garantiza los derechos del administrado. Entonces, no habría en principio una actuación arbitraria de la Administración al enrumbar el procedimiento administrativo⁵².

Por otra parte, se suele asimilar la actividad ejercida por un juez con la de un vocal de la Administración Pública. En nuestro país, hoy existe una tendencia muy fuerte de crítica contra los jueces por haber venido realizando un trabajo meramente aplicador de la Ley para sustentar sus decisiones; sin advertir muchas veces el verdadero sentido de aquélla. Si bien interpretar y aplicar la Ley, ciertamente son, facultades de los jueces, y la interpretación literal de las normas es la primera fórmula que se emplea para entender lo que regulan las mismas, además de que la Ley es el fundamento del Estado de Derecho; no obstante, el trabajo de un juez no puede limitarse a aplicar la Ley cuando va a resolver una causa. No debería hacer una simple

52. La nueva LPAG, norma que encamina los procedimientos administrativos, es, en la opinión de muchos juristas, «expresión de una moderna legislación administrativa». Se encuentra estructurada de forma tal, que no parece haber olvidado los pilares básicos de las actuaciones de la Administración Pública.

lectura de la norma. Si fuese de ese modo, muchos casos quedarían sin solución alguna por vacíos o deficiencias. La Ley no agota su riqueza como fuente de derecho en su aplicación mecánica basada en una interpretación literal.

Opuestamente a lo señalado, existe una opinión generalizada del público, la cual se refiere a que las salas administrativas van más allá de lo que la Ley señala expresamente. Con estas palabras no queremos decir que las Administraciones actúen al margen de la ley, pues como sabemos, éstas se someten al Principio de Legalidad; sino que sus soluciones son más creativas y trabajadas, pues se valen de herramientas jurídicas que les permite definir y entender cada uno de los conceptos insertos en la Ley -por ejemplo, acudir a la doctrina para explicar la institución teórica regulada en las normas.

Cuando caracterizamos a miembros de tribunales administrativos como los del INDECOPI, OSIPTEL y la CONASEV, por nombrar algunos, señalamos que ellos suelen ser personajes con una formación académica sólida. Por lo tanto, no se limitan a leer el caso que se les presenta, sino a estudiarlo en su verdadera dimensión: distinguen cada uno de los problemas jurídicos que subyacen del mismo, elaboran un plan de trabajo, revisan y analizan normas aplicables, observan precedentes, realizan investigación jurídica, tienen un cuidado especial de la redacción y del lenguaje que utilizan para plasmar sus decisiones, y de las consecuencias a originarse con la dación de su resolución. Precisamente, en el caso Belleville pudimos observar claramente una resolución en la cual los intervinientes (tanto de los vocales del voto en mayoría como del vocal del voto singular) tuvieron en cuenta los aspectos antes mencionados al momento de emitir su opinión.

Sin embargo, la Administración Pública no sólo se compone de tribunales como los descritos; ésta abarca todos los entes con función administrativa en el ámbito público. No puede agotarse la función administrativa en citar unos cuantos tribunales de organismos reguladores que funcionen en Lima, o en las ciudades más importantes del Perú por el movimiento que se presenta en aquéllas. Más aún, la Administración es un ente con integrantes cambiantes, que un día pueden enaltecerla, y otro, opacarla.

La función administrativa la cumplen todos los organismos estatales. Puede desarrollarse por ejemplo en un ministerio o en una municipalidad, éstas últimas, por cierto, existen en cantidades (provinciales y distritales). Hay presencia de la Administración Pública en lugares sumamente alejados de nuestro país, en los pueblos más pequeños y desconocidos.

Si hacemos referencia a la Administración que funciona en dichos poblados, vemos que los recursos que poseen sus funcionarios son muy limitados. La mayoría de ellos carecen de un adecuado espacio físico para desarrollar sus actividades y no reciben capacitación profesional. No pueden realizar una investigación jurídica para aplicarla a las controversias que deben resolver porque el Estado no asigna a las entidades donde se desempeñan, un fondo dentro de su presupuesto que les permita tener a su alcance materiales de trabajo apropiados; tales como, libros especializados sobre su sector (menos aún pueden autofinanciarse ellos mismos, dada la baja remuneración que perciben por sus servicios). Peor todavía, hay funcionarios que caen en conductas o comportamientos indebidos y se dejan envolver por dádivas de algunos administrados para ajustar sus actos a la conveniencia de sus intereses.

Entonces pues, hay «*administraciones y administraciones*». Administraciones en las podemos tener seguridad y confianza; y administraciones en las cuales prevalece lo contrario.

Si existen diferentes tipos de administraciones, es evidente que resulta peligroso atribuirle a la Administración Pública, la facultad de interpretar la Ley como si fuera un juez. Aunque la Administración deba actuar como éste, no lo es, y por tanto, no tenemos la plena certeza que lo hará así. La imparcialidad que puede existir en algunos tribunales de la Administración Pública, se desvanece en otros; debido a que aquélla no siempre actúa como una tercera imparcial. Solamente imaginemos, que nos encontremos ante una situación en la cual la autoridad administrativa se halle con un conflicto de normas (una legal y otra constitucional) en el más recóndito lugar del Perú, y para sus intereses, decida aplicar la norma que le convenga con la justificación de tener facultades jurisdiccionales idénticas a la de un juez. En un supuesto como ese -que se puede presentar también en las ciudades más importantes del Perú-, se abriría las puertas a actuaciones arbitrarias de la Administración, y también, a una mayor desprotección del administrado quién estaría a la merced de las decisiones administrativas dotadas de imparcialidad. Más aún, si tomamos en cuenta que muchas veces es cuestionable la actuación de los jueces en nuestro país, quiénes a pesar de ser autoridades autónomas, en varias oportunidades actúan movidos por determinados intereses que los hacen resolver de manera no neutral, ¿cómo equiparar a la Administración Pública con ellos si ésta de por sí carece de imparcialidad? Además, si tanto jueces como funcionarios encargados de resolver conflictos en la Administración Pública cumplirían la misma labor, ¿cuál es la razón de ser de acudir a un juez después de agotada la vía administrativa si la Administración Pública también posee facultades jurisdiccionales?

Consideramos que la vía administrativa existe para que la Administración Pública corrija sus errores, pero dentro de los límites de la Ley. Por ello, la estructura de las resoluciones administrativas debe ajustarse a lo que la Ley establezca. Si el administrado se encuentra ante afectaciones a su derecho que escapan de las competencias de la Administración Pública, para su protección cuenta por ejemplo, con el proceso contencioso-administrativo o las acciones de garantía.

De lo expuesto, creemos que pueden existir administraciones que funcionan a la perfección, y, pensar en otorgarles la posibilidad de aplicar el Control Difuso no parecería una herejía administrativa, pues no tendríamos temor alguno de que ellos lleven a cabo el juicio de constitucionalidad de una norma legal. Sin embargo, debido a que eso no sucede en todas las entidades pertenecientes a la Administración Pública, atribuirle a éstas la potestad de controlar difusamente la Constitución resulta una decisión peligrosa. En base a esta razón, y el resto de ideas expresadas a lo largo de este trabajo, se justifica el fundamento de la existencia de órganos jurisdiccionales independientes que se encarguen de llevar a cabo el Control Difuso de la Constitución.

3.2. Una propuesta para la aplicación de normas legales constitucionales

Como hemos podido apreciar a lo largo de este trabajo, la Administración se encuentra vedada de inaplicar una norma legal inconstitucional, pues se encuentra sometida a lo que aquélla señala. Sin embargo, a pesar de la sujeción de la Administración a la norma legal, y de la prohibición existente de efectuar interpretaciones sobre su constitucionalidad, es innegable tapar el problema de la aplicación por la autoridad administrativa de dispositivos que atenten contra nuestra Constitución. Y es que, sin recurrir a esforzadas interpretaciones, existen leyes abiertamente inconstitucionales de las cuales no se requiere realizar un estudio o un análisis complejo para observar los vicios que presenta. Basta con leer la norma para darnos cuenta que alguno o todos sus artículos son contrarios a los preceptos constitucionales.

Entonces, ¿debe mantenerse una postura mecánica de la Administración en la aplicación de leyes inconstitucionales? ¿No es acaso contradictorio que la Constitución imponga su respeto, si por otro lado permite y obliga que un conjunto de funcionarios públicos que resuelven controversias, la contravengan aún cuando son conscientes de esta inconsecuencia?

Debido a que consideramos importante establecer una razonabilidad en el ordenamiento jurídico, creemos que este trabajo no puede agotarse en

determinar si la Administración Pública está facultada, o no, a inaplicar normas legales inconstitucionales. Por el contrario, pensamos que es necesario proponer una solución frente al dilema en el que se encuentra la autoridad administrativa cuando está frente a una norma legal viciada de inconstitucionalidad.

Estuvimos pensando en diversas y variadas formas por las cuales no se obligue a las administraciones a efectuar una aplicación automática de las normas legales atentatorias a la Constitución. No encontramos muchas opciones, puesto que la mayoría de ellas, de alguna manera se entremezclaban con la función de los órganos jurisdiccionales. No obstante, hemos recogido una alternativa que nos parece viable y coherente para evitar el comportamiento nocivo de la Administración ante una norma legal que viola el orden constitucional⁵³. Creemos que ante estas situaciones de conflictos de leyes inconstitucionales, la Administración debería tener la posibilidad de abstenerse de un pronunciamiento, y no verse envuelta en la aplicación de dispositivos que atenten contra la Constitución. De este modo, la Administración no participaría en la aplicación de leyes inconstitucionales en los casos de controversias administrativas.

Démosle a la Administración, un mecanismo de protección de la Constitución mediante el cual no irrumpa en funciones jurisdiccionales que no le competen, y en donde exista una armonía del ordenamiento jurídico, cuya salvaguardia no recaiga únicamente en los jueces en el Poder Judicial⁵⁴.

53. La alternativa a la que nos referimos fue resultado de una conversación con un profesor amigo nuestro, quién reconoce la problemática que existe al someter a la Administración que aplique automáticamente la norma legal inconstitucional.

54. Queremos finalizar precisando que, si bien hemos llegado a la conclusión que la Administración Pública no tiene la potestad de controlar difusamente la Constitución, la polémica de nuestro estudio continúa vigente. Así por ejemplo, Bianchi señala: «*las opiniones de la doctrina, respecto del control de constitucionalidad por los órganos administrativos, se encuentran divididas a favor y en contra de esta eventual potestad administrativa, aun cuando la opinión mayoritaria es favorable a ella. Por la negativa se pronuncian Linares, Sarmiento García y Quiroga Lavié. Afirmativamente se expresan tanto constitucionalistas como administrativistas de renombre; entre ellos, Marienhoff, quien ha reiterado en su Tratado la opinión que afirmó como procurador del tesoro Bidart Campos, Dromi, Romero, Bidegain, Gordillo y, más recientemente, Comadira, quien con lucidez ha defendido la tesis favorable al control administrativo, siendo plenamente coherente así con la posición de amplitud de poderes jurídicos en cabeza de la Administración, ya había abordado un aspecto de la cuestión con anterioridad. Sagüés, por último (...), sostiene más recientemente que los Tribunales administrativos tienen a su cargo, como principio, el control constitucional de leyes o decretos, sin necesidad de ley expresa que los faculte a tal efecto*». Véase: BIANCHI, Alberto B. Op. Cit., p. 262.

CONCLUSIONES

1. El Control Normativo es aquel acto mediante el cual se vigilan los preceptos o leyes que sirven de regla o establecen normas, buscándose tutelar o velar por la compatibilidad del marco legal. Una de las manifestaciones del Control Normativo es el Control Difuso, mediante el cual los órganos jurisdiccionales inaplican una norma legal inconstitucional.
2. El principio de Jerarquía Normativa establece la superioridad de las distintas normas a partir del rango que éstas ostentan. Por su parte, el principio de Legalidad es una máxima que delimita la actuación de los órganos administrativos a lo señalado por ley.
3. La Constitución peruana acoge el principio de Jerarquía Normativa en su art. 51°, y otorga en su art. 138°, la facultad de aplicar el Control Difuso a los órganos jurisdiccionales. Al no tener la Administración Pública facultades jurisdiccionales, sino «cuasi jurisdiccionales», está imposibilitada de aplicar el Control Difuso.
4. En resoluciones de Tribunales Administrativos peruanos, se ha negado a la Administración Pública, la potestad de controlar difusamente la Constitución. Sin embargo, dentro de los mismos tribunales hay posturas que señalan lo contrario.
5. Otorgarle la facultad de aplicar el Control Difuso a la Administración Pública puede resultar peligroso, en tanto se extendería la posibilidad de interpretar la constitucionalidad de una norma a un órgano que no tiene jurisdicción, ni goza de imparcialidad. A esto se suma, la disimilitud existente entre las diferentes entidades de la Administración Pública.
6. Es necesario encontrar un mecanismo que no convierta a la Administración en una mera aplicadora de normas inconstitucionales, pero sin que vulnere el principio de Legalidad.