

KELSEN DE CABEZA: VERDADES Y FALACIAS SOBRE EL CONTROL DIFUSO DE LAS NORMAS POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS*

Alfredo Bullard G.**

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

En los últimos meses, hemos sido testigos de un debate referido a la posibilidad de que las autoridades administrativas apliquen control difuso. Tal debate se ubica en el medio de dos interrogantes extremas, las mismas que señalan: ¿es posible afirmar que los funcionarios públicos se encuentran facultados para inaplicar cualquier ley con solo señalar que es contraria a la Constitución? Si nos encontráramos bajo el supuesto de una ley abiertamente inconstitucional que limite arbitrariamente los derechos de los ciudadanos, ¿sería posible señalar que una autoridad administrativa se encuentra obligada a ordenar a los particulares el cumplimiento de dicha norma?

Es refiriéndose a dichas interrogantes que el autor realiza un detallado análisis, el mismo que –partiendo de un minucioso estudio de los principios en conflicto– nos presenta con claridad su posición en la materia.

* El autor desea agradecer la valiosa y decidida colaboración de César Higa en la investigación y elaboración del presente artículo.

** Profesor Principal de la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía-ALACDE. Master en Derecho, Universidad de Yale.

I. INTRODUCCIÓN

Primera clase de Derecho en cualquier Universidad. El curso: Introducción al Derecho. El profesor entra al salón, toma la pizarra y dibuja el primer gráfico que los futuros abogados han visto sobre el funcionamiento del sistema legal. El gráfico es un triángulo separado en varios pisos. El profesor dice que es una pirámide, la pirámide de Kelsen.

El alumno aprende así el principio de jerarquía de normas. Según dicho principio, el sistema legal tiene normas de diversa jerarquía. De acuerdo a la pirámide de Kelsen la Constitución está por encima de la ley y la ley, de los reglamentos. Y entre los reglamentos también algunos tienen más rango que otros.

El profesor dice entonces que aprender la pirámide es fundamental para todo conocimiento jurídico posterior. Entenderla para un futuro abogado es casi parte de un rito de iniciación. El principio que la sustenta es tan simple como básico. Si surge un conflicto entre dos normas que ocupan distintos pisos de la pirámide, éste se resuelve dejando de aplicar la que se encuentre más abajo. Como que dos más dos son cuatro. Así, la Constitución prima sobre la ley, la ley sobre los reglamentos y entre estos, los de más jerarquía priman sobre los de menos jerarquía.

Lo dicho es tan obvio que, la verdad, suena aburrido. Todos (al menos los abogados) sabemos que es así. Es una verdad tan básica que todas las demás verdades en el Derecho quedan sometidas a esta primera gran verdad.

Imaginemos a un alumno de ese mismo profesor, solo unos siete u ocho años después de la clase en la que aprendió lo fácil que era aplicar la pirámide bendita. Ahora, gracias a sus buenas calificaciones, que incluyen su excelente nota al recitar de paporrera cómo funciona la jerarquía kelseniana, es nombrado integrante de un órgano administrativo encargado de resolver conflictos entre empresas en el sector telecomunicaciones.

El tema del caso que enfrenta es relativamente sencillo. Un Decreto Supremo ordena a una de las empresas regalarle a la otra el uso de un conjunto de postes sin pago alguno. Según la norma, una empresa que ya hizo la inversión en instalar su red de postes está obligada a ceder la propiedad gratuitamente a la otra

empresa sin compensación alguna. Es, en términos simples, una confiscación por mandato de una norma.

El funcionario recuerda su primera clase de Derecho y descubre que el caso es como que dos más dos son cuatro. Si la Constitución dice que la propiedad no puede ser tomada sin previa compensación y el Decreto Supremo ordena que se regale algo, la norma en cuestión está en conflicto con la Constitución. Y como la Constitución está más arriba en el bendito triangulito, no puede ordenar que se confisque algo en contra de lo que la Constitución manda. Finalmente, se ha comprometido, al asumir el cargo, a hacer cumplir la Constitución y las leyes, y hacer algo distinto es incumplir su compromiso. Además, pasa por su cabeza que si ordena que se tome lo ajeno, y luego se plantea una acción de amparo, se le puede atribuir responsabilidad por haber ido en contra de la Constitución.

Entonces, el asesor jurídico del órgano de decisión del caso (un abogado administrativista por supuesto) le dice que eso no se puede hacer. Le dice que la autoridad administrativa no puede dejar de cumplir con una norma y que el control difuso de la constitucionalidad de un reglamento¹ está en manos exclusivas y excluyentes del Poder Judicial. Entonces, le asaltaron algunas dudas existenciales. Recordaba vagamente en sus clases de Derecho Administrativo haber escuchado algo similar. Sin embargo, no le hizo mucho caso porque no tenía sentido. Era tan absurdo que, o su aburrido profesor de Administrativo estaba equivocado, o él no le había entendido lo que dijo. Era algo así como que el funcionario administrativo debe, al revés de lo que dice Kelsen, preferir la norma que está más abajo a la que está más arriba.

Evidentemente, no podía ser. A Kelsen, a su pirámide básica, a su conocimiento de iniciación, no se le puede poner de cabeza. Nadie puede poner la pirámide de Kelsen "patas arriba" y sostener que se aplica precisamente al revés de como se lo enseñaron.

Y no se trataba solo de un problema de lealtad y mayor cariño al profesor de Introducción al Derecho en relación con el profesor de Derecho Administrativo. Hay un problema de sentido común. Un acto administrativo siempre es revisable por el Poder Judicial. Sí recordaba de su profesor de Derecho Administrativo que uno de los elementos básicos del procedimiento administrativo

¹ Para efectos del presente artículo se entenderá que el control difuso está referido tanto al control de constitucionalidad de las leyes, como al control de los reglamentos frente a las leyes, que es lo que usualmente llamamos control de legalidad. Existe la tendencia a llamar control difuso solo al control de constitucionalidad. Sin embargo, para efectos prácticos, la naturaleza de preferir una norma sobre la otra es una derivación del principio de jerarquía. Si bien la diferencia entre constitucionalidad y legalidad es adecuada, para fines expositivos vamos a colocar ambas situaciones bajo la misma denominación (control difuso), evitando además que se confunda la legalidad como expresión del principio de jerarquía con el principio de legalidad entendido como aquel según el cual la Administración solo puede actuar dentro de las facultades que la ley le otorga.

es, justamente, darle la oportunidad al funcionario de velar por la legalidad de los actos de la Administración y preparar las decisiones para superar el escrutinio judicial. Confiar en sus malos recuerdos revividos por el asesor legal, respecto a poner la pirámide de cabeza, no parece tener lógica. ¿Acaso le está diciendo que los criterios con los que él puede decidir son diferentes a los criterios con los que puede decidir quien va a revisar sus actos? ¿Quiere decir que el sistema legal lo fuerza a cometer un error insubsanable solo para que el juez, al revisar su decisión, lo haga puré por actuar inconstitucionalmente, y él no pueda hacer nada para evitarlo? ¿Quiere decir que está obligado por la Ley a cometer una ilegalidad? ¿Significa entonces que la Constitución lo obliga a actuar inconstitucionalmente?

Su inteligencia le sugiere que en todo esto hay algo raro, algo que no huele bien. Hay una trampa de esas obvias, de esas en las que en la entrada, antes de que uno caiga en ella, tiene un cartel colgado que dice “Esto es una trampa”. Habría que ser muy torpe para dejarse atrapar. Pero resulta que le están diciendo que estamos obligados a caer en ella.

Sin embargo, la convicción con la que otros argumentan que está equivocado le hace dudar de lo evidente, le hace dudar si el profesor de primer ciclo estaba en lo cierto y si el famoso triangulito sirve realmente para algo. Le dicen que la Administración Pública está sujeta al principio de legalidad y por tanto no puede actuar fuera de las facultades que la ley expresamente le confiere. Además, le dicen que la Administración Pública no es una jurisdicción y que si bien administra una suerte de justicia porque resuelve controversias entre particulares, en realidad no administra justicia (¿?). Los órganos administrativos no han sido dotados de las garantías y poderes que se conceden al Poder Judicial. Por ello, para proteger los derechos de los ciudadanos no pueden actuar en defensa de los derechos ciudadanos (¿?). En pocas palabras, ante una norma que consagra una arbitrariedad, están obligados a actuar arbitrariamente.

El funcionario de nuestra historia es colocado “entre la espada y la pared”. Le dicen que si no aplica la Constitución comete una ilegalidad. Pero si aplica la Constitución comete otra ilegalidad. Está condenado, por las buenas o por las malas, a actuar contra la Constitución, a violentarla, a no respetarla.

Cuando lee el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que define

el principio de legalidad, no puede sino quedar aun más perplejo. La norma dice que “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 les fueron conferidas”. Le dicen que de esa norma se desprende que no puede aplicar la Constitución. Pero justo la norma dice que debe actuar con respeto a la Constitución. Se siente entonces víctima de una esquizofrenia irreversible.

La conclusión del funcionario es simple: mejor renuncia y se olvida de este tema. Eso de poner a Kelsen de pie en ocasiones y de cabeza en otras no suena muy lógico. Sin duda, algo debe de estar mal. Mejor dedicarse al Derecho Civil. Finalmente, la pirámide siempre está de pie, sobre su base, en esa rama del Derecho.

La discusión de nuestro ejemplo no es nueva. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia, se discute si los órganos administrativos pueden hacer o no control difuso, esto es, declarar inaplicable una ley porque vulnera la Constitución. Y el tema se ha reavivado con una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional² en la que expresamente se menciona que los órganos administrativos están en posibilidad de realizar control difuso, aunque, la verdad sea dicha, sin establecer cuáles son los límites y parámetros bajo los cuales puede ejercerse ese control.

En esa discusión algunos proponen que dicha actuación sería contraria a la Constitución, mientras que otros proponen que, por el contrario, dicha actuación se realizaría en defensa de la Constitución. Curiosa discusión aquella en la que ambos lados invocan al mismo Dios para decir que una misma acción es, vista de un lado, virtud, y vista del otro, un grave pecado. El mismo acto te lleva al cielo y al infierno según del lado del que lo mires.

Existen funcionarios de carne y hueso que han tenido que enfrentar el dilema del funcionario de nuestro ejemplo. Imaginemos qué sucede si el Congreso promulga un tributo que es claramente inconstitucional porque discrimina a los contribuyentes o porque no cumple con algunos de los requisitos establecidos por la Constitución para su validez. El Tribunal Fiscal ¿debería o no considerarse facultado a inaplicar ese impuesto por inconstitucional? En caso no pudiera, el administrado tendría que ir al Poder Judicial y recién ahí podría cuestionar la validez de ese tributo, luego de un largo proceso y, quizás, hasta del cobro de un

² La Sentencia a la que hacemos referencia es la sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú del 3 de junio de 2005, en el proceso de inconstitucionalidad iniciado por el Colegio de Abogados del Cusco, por el Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República. Dicha sentencia fue publicada el 12 de junio de 2005 en el Diario Oficial El Peruano.

tributo inconstitucional. Podrían ser embargados sus bienes, privado de su propiedad, y sujeto a la violación de su derecho, solo porque la Administración Pública está obligada a ser injusta. Pero cuando el caso se ha presentado en la realidad, no es extraño encontrar situaciones en las que los funcionarios han actuado prefiriendo la Constitución sobre otra norma legal.

Así, el Tribunal Fiscal ha expedido diversas resoluciones en las cuales ha realizado juicios constitucionales positivos, tanto de las normas tributarias como del Código Civil, interpretándolas de conformidad con la Constitución en materia del derecho fundamental de la igualdad, a fin de declarar inafectas del impuesto al patrimonio vehicular o al impuesto predial, a las iglesias protestantes en las mismas condiciones que a la Iglesia Católica³.

Otro caso en el que el dilema se presentó ocurrió en un procedimiento concursal administrado por INDECOPI⁴. En este caso, se promulgó un Decreto de Urgencia que declaró la conclusión del procedimiento concursal de una empresa propietaria de un canal de televisión y se dispuso la entrega del canal a uno de sus administradores. En este caso, con dicho Decreto de Urgencia, los acreedores vieron afectados su derecho de crédito, de propiedad y a un debido procedimiento.

La norma era evidentemente inconstitucional, pues se había dictado para favorecer a una empresa específica, y más claramente, a los accionistas de dicha empresa. Así, el 4 de diciembre de 2000 fue publicado el Decreto de Urgencia 110-2000. La norma decía:

“Artículo 1.- Cuando, en los procedimientos de insolvencia seguidos conforme al Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial aprobado por Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, 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.

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”.

La norma se había dictado en relación con la Empresa Radio Difusora 1160, titular de un canal de televisión y única empresa de telecomunicaciones del país declarada en insolvencia en la que dicha declaración había sido dictada a solicitud de un acreedor vinculado y había existido además un administrador judicial, administrador nombrado por una resolución judicial que justamente privaba de facultades de actuación a la Junta General y al Directorio. La norma estaba hecha a su medida. La situación provenía del evidente *lobby* efectuado por un grupo de accionistas para evitar el control de la insolvencia por otro grupo de accionistas. Era una ley con nombre propio. Pero además se había dictado, sin mayor explicación, usando un Decreto de Urgencia, sin sustento en situación de urgencia económica alguna, y determinando la inaplicación permanente de la Ley de Reestructuración a un supuesto totalmente específico.

La mayoría del Tribunal de INDECOPI se limitó a aplicar la norma sin evaluar su constitucionalidad. Sin embargo, el autor de este artículo sostuvo una posición contraria y señaló que no cabía aplicar el Decreto de Urgencia porque era inconstitucional. Para ello analizó los problemas que son objeto del presente trabajo, concluyó que la facultad de control difuso sí podía ser ejercida por el Tribunal del INDECOPI y que, siendo claramente inconstitucional el Decreto de Urgencia que ordenaba levantar la insolvencia, correspondía inaplicarlo y preferir la Ley de Reestructuración.

Sin perjuicio de la discusión directa sobre la aplicación del control difuso, los propios funcionarios han encontrado caminos para hacer más o menos lo mismo sin entrar a la discusión de si se puede o no aplicar control difuso. Así, cuando se han encontrado con un texto de dudosa constitucionalidad, han dicho que de dos interpretaciones posibles de una norma se debe preferir aquella que es consistente con la Constitución, aplicando el principio de conservación de normas según el cual el intérprete debe preferir de dos posibles interpretaciones, aquella que conduce a la eficacia y validez de la norma. Ello implica identificar dos posibles interpretaciones, una de ellas constitucional y la otra no. Entonces, el intérprete, en este caso un funcionario de la Administración Pública, usa su facultad de interpretar las normas para descartar aquella interpretación de efectos inconstitucionales y quedarse con aquella que conduce a la vigencia y plena

³ Tribunal Fiscal expedientes 5229-96; 5446-96; 1587-97; 1588-97. Al respecto, ver: LANDA, César. “Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. En: Pensamiento Constitucional 8. Año VIII. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2002. pp. 445-461.

⁴ Ver Resolución 0259-2001/TC-INDECOPI, de fecha 16 de abril de 2001.

aplicabilidad de la misma. Así, sin perjuicio de que se discuta si tiene o no facultades para inaplicar la norma, no se le puede negar su facultad de interpretarla. Pero esta salida no resuelve todos los problemas. No resuelve el caso en que no se encuentren dos interpretaciones razonables, siendo una de ellas consistentes con la Constitución y la otra no. Si solo hay una interpretación o, habiendo dos, ambas son inconstitucionales, el dilema no tiene solución vía interpretación. Cuando ello se presenta, la discusión sobre la facultad de ejercer control difuso se torna inevitable.

Pero el tema es aun más complicado. Si admitimos el control difuso, entonces podríamos llegar a la posición maximalista que cualquier funcionario, sin importar su cargo o rango, podría atribuirse la facultad de efectuar dicho control. Un policía o un militar podría atribuirse la facultad de juzgar o condenar a un reo si interpreta que las disposiciones que no le permiten hacerlo son inconstitucionales. Una persona que atiende en una ventanilla en un Ministerio podría negarse a tramitar una solicitud invocando la inconstitucionalidad de una norma que lo obliga a recibirlo. Llevado al extremo, todo el sistema jerárquico de organización del Estado se derrumba porque ya nadie tendría que cumplir lo que su superior dice, simplemente alegando la inconstitucionalidad de la orden dada. La capacidad de desobedecer una ley o un reglamento simplemente alegando que no es constitucional es algo que genera, sin duda, temor, temor que se torna serio cuando el funcionario no está sujeto a reglas de independencia, autonomía y *accountability* claras, y por tanto puede fácilmente convertir su discrecionalidad en arbitrariedad.

II. EL CONSIDERANDO 156 DE LA SENTENCIA DE FECHA 3 DE JUNIO DE 2005 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Quizás sea el temor de tener policías y personas que atienden en la mesa de partes de las entidades administrativas aplicando control difuso lo que ha generado reacciones tan airadas en contra de la tímida referencia que el Tribunal Constitucional ha hecho sobre el tema en la Resolución de fecha 3 de junio de 2005, en particular, en el muy controvertido considerando 156. El considerando en cuestión señala:

“(…) en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no solo tiene la facultad, sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución”.

Como se ve, no hay mayor parámetro que la referencia a “manifiesta inconstitucionalidad”, es decir, a un caso

flagrante. Sin embargo, no hay criterios de qué se entiende por manifiesto. Debe destacarse que el considerando está incluido en la sentencia que resuelve las acciones de inconstitucionalidad contra las leyes de reforma del sistema pensionario que eliminó la tristemente célebre Célula Viva, y el considerando se encuentra dentro de un acápite que analiza el deber de la Administración pensionaria de defender y hacer cumplir la Constitución. Con ello, daría la impresión que el Tribunal está sugiriendo una barra de exigencia bastante baja para la aplicación del control difuso.

Sin embargo, ¿ha querido el Tribunal considerar en la misma situación al policía de barrio, al ventanillero del Ministerio, al Viceministro o al Tribunal del INDECOPI o al de la CONASEV? A la fecha, por la parquedad de la sentencia en este aspecto, no lo sabemos. Quizás el Tribunal tampoco lo sabe, o sabiéndolo, ha querido lanzar la idea para medir la temperatura de las reacciones, y reservarse, como lo ha hecho antes, para una futura oportunidad, la definición de los criterios que deben seguirse. Lo cierto es que el considerando 156 parece entrar en contradicción abierta con decisiones anteriores del mismo Tribunal que han negado expresamente la facultad de la Administración Pública de hacer control difuso.

Así, en la Sentencia de fecha 9 de marzo de 2003 el Tribunal estableció que:

“(…) el Tribunal estima que la municipalidad emplazada ha incurrido en un evidente exceso, pues la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas conforme a lo que establece el artículo 138 de la Constitución Política, solo 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 competencia eminentemente administrativa”.

De manera similar, en la Sentencia de fecha 16 de octubre de 2002 el Tribunal reconoció que no era necesario agotar la vía administrativa para la procedencia de una acción de amparo, cuando se trata:

“(…) de la inconstitucionalidad del cobro de un tributo y su cuestionamiento en sede administrativa, pues existe jurisprudencia reiterada y constante del Tribunal Fiscal en el sentido de que, en la medida que éste no posee el rango de órgano jurisdiccional, no es competente para declarar la inaplicabilidad de leyes o normas con rango de ley, pues tal actuación contravendría la Constitución”.

La incertidumbre está entonces sembrada y es de esperar que los próximos meses el Tribunal nos dé

nuevos lineamientos (o anuncie nuevas incertidumbres) sobre los alcances del control difuso por autoridades administrativas con el que, parece, empieza a simpatizar.

El presente trabajo pretende abordar el problema y entender qué límites podrían imponerse y cómo. Como resulta obvio, el autor de este artículo concuerda con que la Administración debe tener la facultad de aplicar control difuso, pero no con el hecho de que sea una facultad que pueda ser utilizada indiscriminadamente por cualquier funcionario y en cualquier situación. Como todo poder, requiere límites y parámetros de razonabilidad, que deben ser estudiados con cuidado para no generar problemas más grandes que los que se quieren resolver.

Si bien no se trata de poner a Kelsen de cabeza, tampoco se trata de poner la organización del Estado y el esquema de separación de poderes de cabeza. Se trata de entender cómo lograr un equilibrio que permita un mejor funcionamiento del sistema legal y sobre todo una mejor tutela de los derechos de los ciudadanos.

III. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA VERSUS EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El problema de la viabilidad del control difuso por autoridades administrativas gira en torno al aparente conflicto entre dos principios. El de jerarquía, expresado de manera clara y básica por la pirámide kelseniana, que tiene que ver con la primacía de la Constitución sobre las leyes y las leyes sobre las normas reglamentarias. El de legalidad implica que la Administración Pública solo puede actuar sobre la base de facultades concedidas por la propia ley, por lo que no es posible para una autoridad administrativa salirse de su ámbito. ¿Cómo funcionan estos principios y cómo debe resolverse el conflicto entre ellos?

Sobre la naturaleza de los principios Leguina Lavilla nos dice:

“(…) el Derecho, como ciencia y como arte de lo justo en la regulación de las relaciones sociales, no se agota en la ley o en la norma escrita, sino que, además y ante todo, se expresan en unas reglas primeras que, por un lado, ordenan las instituciones el tejido de las relaciones de convivencia social y, por otro, organizan el sistema jurídico en general”⁵.

Entre estas llamadas “reglas primeras” se encuentran precisamente los principios, entre los que se incluyen los de jerarquía y legalidad. Haciendo una analogía que consideramos válida, el sistema legal es como un *software* relativamente sofisticado en una computadora. Las leyes establecen relaciones entre sí y unos datos llaman a otros, se establecen conflictos y formas de resolverlos. Pero, para correr, el programa de *software* requiere de un sistema operativo, un sistema base que ordena el funcionamiento del *software* sobre ciertos principios operacionales que dan los criterios para resolver los problemas cuando el programa corre. Pero estos principios carecen de sentido en sí mismos. Su valor y sus límites se ven en la operación concreta en la computadora. A veces, los principios se ajustan a las necesidades del programa o sustituyen u orientan las decisiones del mismo. Esas son las normas primeras o principios a los que nos referimos. La aplicación de los mismos principios puede llevar a soluciones diferentes según la naturaleza concreta del problema que enfrentan.

Respecto de los principios, es importante analizar la distinción que realiza Alexy respecto de qué normas serían principios y cuáles reglas. Así, para él, principios serían:

“Normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”⁶.

En cambio, para el mismo autor las reglas serían:

“Normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”⁷.

En ese sentido, se puede decir que si se exige la mayor medida de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla⁸.

La distinción anterior nos sirve para analizar la colisión que puede existir entre los principios y las reglas.

⁵ LEGUINA LAVALLE, Jesús. “Principios generales del Derecho y Constitución”. En: Revista de Administración Pública 114. 1987. p. 8.

⁶ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de estudios fundamentales. 1987. p. 86.

⁷ Ibid. p. 87.

⁸ ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principio jurídico y razón práctica”. En: Doxa 5. 1988. p. 144.

Cuando colisionan dos reglas, una de ellas se inaplica ya sea introduciendo una cláusula de excepción que elimine el conflicto o declarando inválida una de las reglas⁹. Un ejemplo del primer caso es el conflicto entre una norma general y una especial. Por excepción, se aplica la especial sin que ello signifique dejar sin efecto la general. Así, si se crea una tasa a la importación de cereales y por otra norma se crea una tasa a la importación de trigo, si estamos frente a una importación de trigo se aplica la norma especial, sin que la norma que establece la tasa para cereales quede derogada o resulte inválida. Es solo que en ese caso desaparece el conflicto porque se prefiere, por medio de una excepción, la norma especial.

Por el contrario, un ejemplo del segundo caso es el conflicto entre dos normas jerárquicamente distintas, en la que la de mayor jerarquía deja sin efecto la de menor jerarquía. Si la Constitución entra en conflicto con la ley, se entiende que la ley inconstitucional es inválida e ineficaz. Otro ejemplo es la temporalidad, pues si dos normas de la misma jerarquía entran en conflicto, la posterior desplaza e invalida la anterior, de manera que un nuevo Código Civil deja sin efecto el Código Civil antiguo.

Cuando se presenta una colisión de principios, el resultado no es el mismo. En el caso de colisión de principios, uno de los principios cede frente al otro, lo cual no significa que se declare inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias concretas, uno de los principios precede al otro. En otras circunstancias también concretas, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. No hay reglas inmodificables ni totalmente lógicas, si por lógica se concluye que nos lleva siempre al mismo resultado. Por ello, es que Alexy afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el criterio del mayor peso para el caso concreto. En un caso, el principio de no discriminación puede ceder frente al de libertad de expresión. En otras ocasiones ocurre lo contrario. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; mientras que los de principios se dan en la dimensión de peso para el caso concreto¹⁰. Ello significa que, en algunos supuestos, según las características del problema que enfrentamos, el principio de legalidad debe primar sobre el de jerarquía, de manera que un órgano administrativo no puede preferir la norma jerárquicamente superior, sino por el contrario debe

ajustarse al principio de legalidad. Pero en otras circunstancias puede tener sentido que el principio de jerarquía prime sobre el de legalidad, y que por tanto la autoridad administrativa sí deba entenderse facultada a preferir la aplicación de la jerarquía sobre la legalidad.

Como puede apreciarse, al final la solución a los conflictos entre principios se resolverá en el plano axiológico, esto es, a cuál de los principios en conflicto se le asignará un mayor valor para el caso concreto. Ahora bien, como ya señalamos, para efectos del presente trabajo queremos tratar dos principios que serán claves para entender nuestra propuesta, luego de lo cual entraremos a explicar bajo qué circunstancias uno de ellos puede primar en el caso concreto.

Ello no significa que el conflicto entre principios pueda ser resuelto arbitrariamente en cada situación. Decir que depende del caso concreto no significa dejarlo amarrado a la discrecionalidad de quien decide. Casos semejantes deben ser tratados igual y casos diferentes de manera distinta. Esto significa que debemos identificar una tipología de casos en los que debe primar la jerarquía sobre la legalidad y otros en los que la legalidad debe primar sobre la jerarquía. Lo importante es que las categorías de casos estén agrupadas con un criterio razonable y ordenado que haga predecible el resultado.

Para entender cómo resolver el conflicto entre los principios de jerarquía y legalidad hemos creído conveniente trabajar en torno a la evolución histórica de los mismos para entender sus funciones y racionalidad y así poder determinar su aplicabilidad en cada caso en concreto.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y JERARQUÍA

El principio de legalidad surgió como respuesta a las arbitrariedades cometidas por el monarca francés:

“(...) la administración del Antiguo Régimen funcionaba sobre la idea central de la soberanía del Rey, capaz de actuar tanto por normas generales como por rescriptos singulares no vinculados a Ley alguna y capaces, además, de pasar por encima de las Leyes existentes; (...)”¹¹.

El Rey era el soberano y no había poder alguno que pudiese limitar su autoridad o la de sus ministros, lo cual desembocó en grandes arbitrariedades. Con el

⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 88.

¹⁰ Ibid. p. 89.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Administración Pública y la Ley”. En: THEMIS-Revista de Derecho 40. p. 230.

poder concentrado en el monarca, no es extraño que el principio de legalidad naciera de la mano con el sistema de separación de poderes del Estado.

Así, ante esta situación, una de las consecuencias de la Revolución Francesa fue la de limitar el poder de la Administración, bajo el concepto de separación de poderes, naciendo así el principio de legalidad según el cual: "la Administración sólo puede hacer lo que la Ley le manda".

En sentido contrario, los particulares se rigen por el principio de libertad: "nadie puede ser obligado a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe"¹².

Así, la actuación de los gobernantes debía limitarse a exigir el cumplimiento de la ley y, nada más que lo estipulado en la ley, pues ello era garantía de que los derechos de los ciudadanos serían respetados, siempre en el entendido que las leyes eran fruto de la representación popular y por tanto iban a proteger al ciudadano de los excesos del monarca.

Así, la revolución, influenciada por Rousseau, creyó ciegamente en la ley:

"(...) cuando todo el pueblo legisla sobre todo el pueblo, no considera sino a sí mismo, y si establece una relación, es la del objeto entero bajo un punto de vista hacia el objeto entero bajo otro punto de vista, sin ninguna división (del todo). Entonces la materia sobre la cual se legisla es general así como la voluntad que legisla. Es aquel acto llamado ley"¹³.

La ley era producto de la decisión del pueblo entero (voluntad general) decidiendo sobre el pueblo entero, por medio –y esto es igualmente esencial– de normas generales y comunes¹⁴, lo cual significaba que todo órgano público (del Rey para abajo) ejercía solo el poder que la ley había definido previamente, en la medida tasada por la ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia ley establece, y ningún otro poder. Solo la ley manda y todos los agentes, administrativos o judiciales, en cuanto agentes comisionados por el pueblo, son simples ejecutores de

la misma, que comprueban que el supuesto de hecho previsto por la ley se ha producido y que seguidamente deciden lo que la ley ha determinado previamente como procedente¹⁵.

Sobre el particular, García de Enterría afirma lo siguiente:

"El Derecho Administrativo es un hijo directo de la consagración del sistema revolucionario del "reino de la Ley", el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente en virtud de la Ley se puede exigir obediencia. En la concepción originaria, la Ley no tendría objeto (art. 4 de la Declaración de Derechos de 1789) que asegurar la coexistencia de las libertades de los ciudadanos entre sí, garantizar, en definitiva, la libertad y la igualdad"¹⁶.

Sin embargo, resulta importante lo que señala de Otto respecto de las condicionantes históricas que sustentaron el principio de legalidad:

"(...) Pero por una serie de razones poderosísimas –entre ellas la existencia de monarquías– en Europa no llega a afianzarse claramente la idea de que esa Constitución escrita es efectivamente una norma jurídica que obliga a los Poderes del Estado y cuya infracción resulta antijurídica. La finalidad garantista del constitucionalismo se persigue por una vía interna –por decirlo así– al aparato de poder del Estado, de modo que el Estado constitucional significa Estado organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente sumisión de los Poderes del Estado a normas situadas por encima de ellos. Por eso, es posible que precisamente el país donde tiene su cuna el régimen constitucional, la Gran Bretaña, ni siquiera tenga una Constitución escrita y se asiente sobre la soberanía del Parlamento, sobre su no sumisión a normas jurídicas; y que en la más clásica realización francesa del régimen constitucional, la III República, la Constitución fuera considerada una ley como cualquier otra que no vinculaba al poder legislativo. El resultado es que la posición suprema en el ordenamiento jurídico corresponderá a la ley (v. §.34)"¹⁷.

¹² La expresión más clara del principio de libertad está en la Constitución Política del Perú:

"Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

(...)"

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. Cit. p. 230.

¹⁵ *Ibid.* p. 233.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Democracia, Jueces y Control de la Administración". Madrid: Civitas. Segunda Edición. 1996. p. 40.

¹⁷ DE OTTO, Ignacio. "Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes". Segunda edición. Barcelona: Ariel. 1988. p. 12.

Dentro de este esquema conceptual e ideológico, el estricto cumplimiento de la ley no solo estaba dirigido a la Administración sino que también se exigió al juez que sea solo la boca por la que habla la ley, cuyas palabras debían limitarse a repetirla, sin modificarla. Esto claramente refleja la ideología acerca del poder político del soberano –el pueblo–, en la medida que dicha exigencia constituía un criterio orientado a limitar el poder judicial al momento de interpretar y aplicar la ley¹⁸.

Por ello, no es extraño que en los orígenes de la separación de Poderes tampoco se considerara que el Poder Judicial tenía el control difuso de las normas. El pueblo se expresaba a través de la ley por lo cual ningún órgano –judicial o administrativo– podía modificar la voluntad del pueblo soberano. Esta doctrina actualmente ha sido totalmente superada. El Poder Judicial era antes un mero aplicador de la ley a un caso particular; mientras que la Administración cumplía lo que la ley le ordenaba.

La evolución contraria se dio a través del constitucionalismo americano, en donde la Constitución desde sus inicios tuvo un papel preponderante en su sistema jurídico. En tal sentido, de Otto señala que:

“(...) en el constitucionalismo americano, donde faltan los factores condicionantes que se dan en Europa, resulta claro desde el principio que las normas contenidas en la Constitución escrita son derecho, el derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del Estado en el ejercicio de sus poderes, con la consecuencia de que es posible el control de la constitucionalidad del mismo. En palabras del Juez Marshall, que expresan con claridad esta idea, “los poderes del legislativo son definidos y limitados y para que tales límites no se confunden u olviden se ha escrito la Constitución”. La doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento no encontró eco y fue sustituida por la clara conciencia de la supremacía jerárquica de la Constitución. Éste es también el sistema que se afianza en el continente europeo a partir del período de entreguerras”¹⁹.

Es por ello que, en Estados Unidos, se desarrolla y consolida la institución del control difuso como expresión del principio de jerarquía de las normas. Esta institución otorga a los “jueces” la facultad para, en un caso concreto y dentro de un “proceso judicial”, inaplicar

una norma que a su criterio consideran inconstitucional o infractora de una norma de jerarquía superior. Esta doctrina alcanza popularidad con el pronunciamiento que emitió el juez John Marshall en el caso *Marbury versus Madison* en los Estados Unidos, consagrando así el llamado control difuso. Al momento de resolver el caso, el juez Marshall señaló que la ley que facultaba a Marbury a solicitar directamente a la Corte la emisión de un *writ of mandamus* que obligue al gobierno a que lo nombre como juez era inconstitucional, pues dicha norma no estaba dentro de los supuestos que preveía la Constitución para que los particulares pudiesen recurrir directamente ante la Suprema Corte.

Cuando en 1803 se sentencia por la Corte Suprema Federal el célebre caso *Marbury versus Madison*, el juez Marshall sostiene que si una ley está en oposición con la Constitución, y ambas se aplican a un caso particular, el tribunal debe decidir: O a) aplicar la ley dejando de lado la Constitución, o b) aplicar la Constitución dejando la ley, es decir, tiene que determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso²⁰.

El principio lógico de no contradicción dice que ante la posibilidad de que dos normas sean contradictorias entre sí, hay que afirmar que las dos no pueden ser válidas (este principio no nos indica cuál es válida y cual es inválida). Saber qué norma es válida requerirá acudir a un principio que no es lógico-jurídico, sino de ordenación política-jurídica, esto es, el principio de supremacía constitucional: será inválida la norma inferior que esté en pugna con la superior²¹. En otras palabras, cuando existen dos normas contradictorias entre sí y las dos normas se invocan para la aplicación del caso concreto se debe escoger cuál es la aplicable, siendo ésta la de mayor jerarquía. Luego, siempre las normas constitucionales son aplicables por encima de cualquier norma con rango legal. Esta fue la regla establecida en la sentencia del juez Marshall.

En ese sentido, se puede señalar que “(...) sólo hay Constitución como norma cuando el ordenamiento establece que el cumplimiento de esos preceptos es obligado y, en consecuencia, que su infracción es antijurídica. Sólo entonces cabe decir que hay Constitución y que la Constitución escrita es norma, la norma suprema”²². A ello cabe agregar que:

“(...) el constitucionalismo no puede aceptar la aprobación popular como el único, ni siquiera el

¹⁸ FROSINI, Vittorio. “Teoría de la Interpretación Jurídica”. Bogotá: Temis. 1991. p. 2.

¹⁹ DE OTTO, Ignacio. Op Cit. pp. 13-14.

²⁰ BIDART CAMPOS, Germán. “La interpretación y El Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional”. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Industrial y Financiera. 1987. p.119.

²¹ Ibid. p. 79.

²² Ibid. p. 15.

principal, criterio de legitimidad de una decisión política. Para un constitucionalista, una ley aprobada unánimemente por el Congreso y firmada por el presidente no tendría legitimidad alguna en el caso de que invadiera la esfera de la autonomía individual. El constitucionalista no puede pesar la moralidad política en una escala en la que la opinión pública es omnipotente. Los verdaderos criterios son la libertad individual, la autonomía y la dignidad”²³.

Esta idea, como veremos más adelante, es sumamente importante. La soberanía popular expresada por medio del principio de legalidad no debería ser un límite para que los ciudadanos alcancemos la protección de nuestros derechos fundamentales. Si ello es así, la lógica esencial del constitucionalismo está siendo afectada. Por ello, la pregunta central es si una norma vulnera un derecho fundamental, ¿puede la autoridad administrativa dejar de aplicarla invocando la norma superior que reconoce el derecho fundamental para proteger así el derecho del administrado? Ello es importante, porque significaría que una de las ideas centrales para resolver en conflicto entre legalidad y jerarquía puede precisamente ser la tutela de los derechos fundamentales o básicos del ciudadano.

Así, si bien uno de los principales principios de nuestro ordenamiento jurídico es el principio de jerarquía, el principio de legalidad también tiene un rol que jugar dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Siendo así, la cuestión estriba en determinar cuáles serán las circunstancias específicas en las que se aplicará el principio de jerarquía y en cuáles se aplicará el principio de legalidad.

V. EL PODER EJECUTIVO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS AGENCIAS “AUTÁRQUICAS”

Todo el análisis de la aparición y evolución de los principios de jerarquía y legalidad parten de un Estado que ya no existe. La tradicional separación en tres poderes obedece a una concepción de Estado primitiva, muy lejana del Estado real que hoy existe. Las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales ya no están repartidas en órganos distintos. El cambio se puede ver en los tres poderes pero es mucho más evidente en el Poder Ejecutivo.

Cuando uno habla de “la Administración” se está refiriendo al Poder Ejecutivo, y de inmediato uno asume que el Ejecutivo administra. Pero hace bastante más que ello. El ejecutivo moderno legisla, en el sentido que da normas de aplicación general, buena parte de

ellas con jerarquía de ley, como ocurre con la legislación delegada y la legislación de urgencia. Nos podrán decir que no es propiamente legislar y en el sentido formal quizás no lo sea, pero esa es una típica distinción de formalismo constitucionalista o administrativo. En el fondo, dan normas de aplicación general que deben ser obedecidas por los individuos igual que las dadas por el Congreso.

Pero además decide casos y administra justicia, no solo en sus relaciones con los particulares, sino dentro de relaciones entre particulares. Nos pueden decir que no es jurisdicción, nuevamente con un argumento muy formal, pero hacen algo idéntico a lo que hacen los jueces, es decir, reciben pretensiones, corren traslado de ellas, reciben respuestas, actúan pruebas, escuchan alegatos y dictan resoluciones que se ven igualitas que sentencias. Decir que no es función jurisdiccional, o al menos cuasijurisdiccional, es una broma de mal gusto. Quizás la única diferencia con la jurisdicción del Poder Judicial es que esta última dice Derecho de manera definitiva, porque el acto administrativo es siempre revisable. Pero ello no cambia la esencia de lo que hace. Solo establece cuál es su valor formal. Pero que la administración declara justicia en el sentido de decir Derecho sobre determinados hechos, lo hace.

Y el asunto es aun más complejo. Dentro del propio Ejecutivo, han comenzado a aparecer entelequias u organizaciones que, sin dejar de ser parte del Ejecutivo, se levantan como entes autónomos e independientes, no sujetas a mandato jerárquico de nadie distinto a ellas mismas, y que incluso resuelven conflictos entre el Estado y los particulares. Se les reclama autonomía e independencia, se les pide tecnicismo y se les pretende aislar del control democrático en el sentido de no dejar que sucumban a las presiones populistas típicas de todo Estado, exactamente como se busca que ocurra con el Poder Judicial. Cuando un ente regulador tiene que decidir una fijación tarifaria, todos esperamos que las empresas prestadoras de los servicios no influyan en su decisión. Pero tampoco queremos que los consumidores lo hagan y menos que los congresistas o el Presidente le den órdenes sobre cuál es el nivel de tarifa aplicable para satisfacer a sus votantes. Queremos que actúen autárquicamente, separados del Ejecutivo, con independencia y sujetándose a un tecnicismo real.

Cuando el INDECOPI resuelve un caso concursal, asumimos que lo hará en función a los derechos de los acreedores y deudores involucrados y no canalizando

²³ MURPHY, Walter F. “El Tribunal Supremo”. En: SIGMUND, Paul E. y Javier ROIZ (compiladores). “Poder, Sociedad y Estado en USA”. Barcelona: Teide. 1985. p. 128.

una presión de un Ministro que pueda reflejar una agenda política. Y lo mismo esperamos de las demás áreas de decisión. Regresemos si no al caso que citamos líneas arriba de la Empresa Radiodifusora 1160. Imaginemos que el Presidente de la República hubiera llamado al Presidente del Tribunal de INDECOPI a ordenarle que levante la insolvencia. El Presidente del Tribunal de INDECOPI debería negarse a ceder a su presión, porque debe resolver según las normas generales aplicables. Si el Presidente da un Decreto de Urgencia que ordena lo mismo que se hizo por teléfono, ¿debe el INDECOPI ceder a la presión solo porque está formalmente contenida en una norma que contraviene el resto del ordenamiento legal? Parece que si queremos una agencia realmente autónoma, no debe ceder ni a lo primero ni a lo segundo. Si es así, cumplir con la jerarquía de normas es una forma de preservar y proteger la autonomía de la institución.

Es más. Cuando tenemos un caso ante la Comisión de Acceso al Mercado, porque queremos que se levante una barrera burocrática, esperamos que el INDECOPI sea suficientemente independiente para fallar en contra del propio Poder Ejecutivo, incluso declarando la ilegalidad o irracionalidad de dispositivos reglamentarios dictados por un Ministerio.

Y los ejemplos sobran y cada vez son más. Parece que la división de Poderes fue insuficiente. Hemos creado numerosas agencias y entidades a las que incluso hemos entregado funciones legislativas y jurisdiccionales (en el sentido material del término) para que controlen a otros entes del Estado. Así, la división de poderes ya no se da solo entre poderes, sino al interior de los mismos. Estas entidades autónomas son resultado de procesos de descentralización del poder, procesos que justamente se dan para mejorar la tutela de los derechos de los ciudadanos, aislándolos tanto de excesivas presiones democráticas, de una parte, como de las presiones de facciones o grupos de poder, de la otra. Parece ser que los modernos monarcas, a pesar de enfrentar a los demás poderes del Estado que los controlan, son todavía demasiado grandes y acumulan demasiado poder. La respuesta ha sido dividirlos a su interior y crear autarquías que refuerzan la división del poder incluso dentro de un mismo Poder del Estado.

En este nuevo Estado no se puede esperar que los principios de jerarquía y legalidad actúen de la misma manera que en el anterior. La propia Administración ha creado sistemas de control interno, que deberían en su actuación crear garantías a los ciudadanos por medio

de una actuación independiente. Pero sin la posibilidad de controlar la jerarquía de normas pueden verse impedidas de cumplir su función satisfactoriamente.

En nuestro país, el Presidente es el jefe del gobierno y, por tanto, del Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo es a su vez el órgano dentro del Estado encargado de ejecutar y llevar a cabo las leyes, así como de ejecutar el plan de gobierno por el cual ha sido elegido el Presidente. Dentro del Poder Ejecutivo se encuentra la Administración Pública que, como su nombre lo indica, debería dedicarse solo a administrar.

Tratemos de explicar con mayor detalle la diferencia entre Poder Ejecutivo, Gobierno, Administración Pública, y Organismos Constitucionalmente Autónomos.

Se entiende que, normalmente, el Presidente tiene entre sus facultades la facultad de nombrar y destituir a los funcionarios que integran el Poder Ejecutivo. Su mandato popular parece facultarlo a escoger quiénes van a ejecutar el plan de gobierno por el cual fue elegido. Sin embargo, ello está matizado en los Estados modernos.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos, las diferencias entre las agencias administrativas se han intentado construir básicamente en función a dos criterios: por un lado, cuáles son los poderes para relacionarse con los ciudadanos y, por otro, la existencia o no de límites a la libre destitución presidencial del personal directivo de la agencia. Aunque esta segunda distinción, como veremos, está relacionada con los poderes delegados a la agencia²⁴.

En un primer momento, las agencias administrativas se diferenciaron en reguladoras y no reguladoras, según se atribuyeran poderes para incidir en las situaciones jurídicas de los ciudadanos. Las agencias reguladoras son las que ejercen, por delegación del Congreso (a pesar de estar en el Poder Ejecutivo), poderes normativos y de decisión que afectan a los ciudadanos con los que se relacionan, condicionando sus derechos, libertades o actividades económicas. Así, tienen capacidad para resolver conflictos entre la propia Administración y los ciudadanos o entre los mismos ciudadanos²⁵.

En el caso de las agencias no reguladoras, éstas eran producto del Estado de Bienestar, de servicios sociales cuya actividad se reducía a reconocer beneficios y ayudas a los más desfavorecidos. La particularidad de estas agencias surgía al concebir sus acciones como

²⁴ CARBONELL, Eloisa y José Luis MUGA. "Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América". Madrid: Marcial Pons. 1996. p. 48.

²⁵ *Ibidem*.

privilegios y, por ello, quedaban a la discrecionalidad de la agencia, que no estaba sometida a requisitos que limitaran su actuación. Sin embargo, los Tribunales reaccionaron contra esta interpretación, defendiendo que cuando un ciudadano obtiene, puede obtener, o se le priva de un beneficio, ese beneficio se convierte, para el Derecho, en una forma de propiedad y, por tanto, cualquier actuación administrativa al respecto está sujeta a las garantías derivadas de la cláusula constitucional del procedimiento debido²⁶.

Posteriormente, apareció un segundo criterio que diferencia las agencias en ejecutivas e independientes, en atención a la existencia de limitaciones en el poder de destitución por el Presidente del personal directivo de la agencia. En las agencias ejecutivas su personal se destituye libremente por el Presidente. Por el contrario, las agencias independientes se caracterizan porque esta destitución se condiciona por el Congreso y solo puede producirse si concurren las causas tasadas que fija su norma de creación. La constitucionalidad de esta limitación del poder del Presidente ha suscitado un amplio debate en Estados Unidos que solo puede comprenderse desde la perspectiva político-constitucional de ese país²⁷.

En efecto, para entender la existencia de cláusulas que limiten el poder de destitución del Presidente, debe recordarse que todo sistema administrativo norteamericano parte de la necesidad de una delegación de poderes a las agencias²⁸. La cesión a una agencia administrativa de poderes cuasilegislativos y cuasijudiciales se acompañaría garantizando a su personal directivo la permanencia en el cargo para que actúe según su experiencia y conocimiento, sin ceder a la presión del Presidente, que no podría libremente destituirlo. Esto explica, además, que en la práctica coincidan las agencias independientes con aquellas que ejercen amplios poderes normativos y resolutivos.

Desde este planteamiento podrían explicarse las decisiones del Tribunal Supremo ante esta cuestión, que tienen en cuenta la concreta actividad que realiza la agencia; si el Congreso pudo delegar su poder, también puede condicionar su destitución; por el contrario, en las agencias ejecutivas en sentido estricto, que carecerían de dichos poderes o los tendrían en menor extensión, no se puede limitar la libre destitución presidencial.

Así, de acuerdo a Schwartz, en un primer momento, el principio básico era que en la Administración ordinaria se seguía el principio de jerarquía ejecutiva, con el Presidente a la cabeza. No hay independencia; la responsabilidad dentro del Ejecutivo debe ser absoluta²⁹. Para que lo anterior fuera realmente efectivo, el Presidente debía tener la facultad de destituir a cualquier funcionario del Ejecutivo. Si el Jefe del Ejecutivo puede separar de los cargos a su antojo, es imposible que los que desempeñan esos cargos se resistan eficazmente a su voluntad, "porque es del todo evidente que quien desempeña un cargo solo mientras le plazca a otro, no puede esperarse que mantenga una actitud de independencia frente a la voluntad de aquél".

Lo anterior se desarrolló en el *Caso Myers*³⁰, en donde el Magistrado Taft señaló que el "artículo II [de la Constitución de los Estados Unidos] otorga al Presidente el poder ejecutivo del gobierno, es decir, el control administrativo general de los que ejecutan las leyes, incluyendo el poder para designar y destituir a los funcionarios ejecutivos, una conclusión confirmada por su obligación de cuidar que las leyes sean fielmente ejecutadas"³¹.

Sin embargo, posteriormente, la regla enunciada por el Magistrado Taft fue matizada, toda vez que existían entidades al interior del Poder Ejecutivo que para el ejercicio de sus funciones no estaban sujetos a la dirección jerárquica del Jefe del Ejecutivo. El Presidente, para ejecutar las leyes, debe ser capaz de controlar a los funcionarios realmente dedicados a las tareas ejecutivas por medio de las cuales ejerce su mandato constitucional. Pero esto no es cierto cuando el funcionario en cuestión no realiza funciones ejecutivas y, como tal, no forma parte del poder ejecutivo investido en el Presidente por la Constitución³².

La jurisprudencia norteamericana trazó en el caso *Humphrey* una clara línea divisoria entre los funcionarios que formaban parte de la institución ejecutiva, y eran por lo mismo movibles en virtud de los poderes constitucionales del Presidente, y aquellos que son miembros de un cuerpo para ejercer su juicio sin licencia ni obstáculo de otro funcionario alguno de cualquier departamento gubernamental, y respecto a los cuales solo existe el poder de destitución si es que el Congreso lo ha establecido y bajo las causales que éste haya previamente establecido.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibid. pp. 49-50.

²⁸ Lo cual no es pacíficamente admitido.

²⁹ SCHWARTZ, Bernard. "Los Poderes del Gobierno. Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos". Volumen 1. Nueva York: Macmillan. 1966. p. 53.

³⁰ *MYERS versus UNITED STATES*, 272 U.S. 52 (1926).

³¹ Ibid. p. 55.

³² Ibid. p. 56.

Así, la mayoría de los organismos que no estaban sujetos, en el ejercicio de sus facultades, a la sola voluntad del Presidente, se debía a que tenían competencia para decidir sobre situaciones relativas a los derechos, intereses u obligaciones de los ciudadanos dentro de sus respectivos campos de competencia. El ejercicio de ese poder se cumple mejor en una atmósfera de independencia, que evite que se encuentre expuesto a todas las presiones que actúan sobre los poderes políticos. La independencia es imposible, sin embargo, si los funcionarios que ejercen ese poder están sujetos al control y la dirección presidenciales. El objeto de las leyes que crean tales organismos es dar al ciudadano la garantía de que su caso será decidido por ellas con independencia del Ejecutivo político. Es tan legítimo hacer efectiva esa garantía en estos organismos, como cuando se protege al juez de cualquier injerencia en sus funciones³³.

Posteriormente, en el caso *Wiener* se estableció que en el caso de una comisión o agencia dotada de considerable autoridad de juzgar, el poder de destitución solo existe si el Congreso lo ha conferido específicamente. Lo importante se encuentra en determinar si los miembros del organismo se encuentran investidos de funciones cuasi-judiciales pues si es así solo pueden ser separados de sus cargos por el Presidente por una causa concreta, independientemente de si el Congreso lo ha especificado o no³⁴.

En ese sentido, en el caso de agencias independientes o que ejercen funciones cuasi-jurisdiccionales, en las que sus pronunciamientos afectarán los derechos subjetivos de los ciudadanos, se aplica la doctrina Humprey-Wiener. Si ese organismo solo realiza funciones ejecutivas, sin tareas cuasijudiciales importantes, sus miembros entran dentro de lo sostenido por Myers, independientemente de la forma del organismo o del hecho de que el Congreso haya preferido no situarlo dentro de uno de los departamentos ordinarios³⁵.

El desarrollo fenomenológico del sistema norteamericano no difiere en la esencia del de otros Estados, incluyendo el peruano. Las autarquías existen o al menos están en proceso de consolidación. Y no parece lógico que los conflictos entre jerarquía y legalidad se resuelvan de la misma manera como se resuelven dentro del resto de la Administración Pública.

Sin duda, lo anterior está ligado al nivel de protección que el marco legal dé a los funcionarios que deciden.

Cuanto más blindados estén los funcionarios de la agencia contra la destitución y la presión política, menos debería preocuparnos un relajamiento del principio de legalidad a favor del principio de jerarquía de normas. Esa es una de las razones que justifica la entrega del control difuso al Poder Judicial y en tanto condiciones similares se presenten dentro de ciertas agencias administrativas, la razón para conceder el control difuso será la misma.

Sobre la independencia de la Administración, Dromi manifiesta que: “el órgano administrativo a veces es juzgador parcial, por ser parte interesada, pero **siempre está sujeto a órdenes e instrucciones**. La Administración carece del presupuesto político-jurídico, que da razón de esencia y justificación al Poder Judicial: La independencia”³⁶. Desde nuestro punto de vista, esta concepción no es aplicable a los Tribunales Administrativos o agencias autárquicas. Estos organismos al momento de resolver un caso particular no tienen autoridad jerárquica por encima que les ordene cómo resolver sino que, por el contrario, su decisión debe ceñirse a lo estipulado en el ordenamiento jurídico. Ninguna autoridad puede ordenarle cómo decidir en los casos que son de su conocimiento. Así, de la misma manera como un juez no está sujeto a un mandato jerárquico, ni siquiera por un Tribunal superior, al momento de resolver, un Tribunal administrativo no está sujeto a ningún mandato superior al momento de resolver un caso sometido a su competencia, sin perjuicio que su decisión sea revisable por otro órgano administrativo o por el órgano judicial.

Como bien dicen García de Enterría y Fernández,

“(…) el Juez es *viva vox iuris, iuris dictio*, directamente vinculado al Derecho, sin insertarse jerárquicamente para el ejercicio de su función en organización alguna, sin perjuicio de que exista un aparato administrativo que contribuya al adecuado ejercicio de sus funciones”³⁷.

Esta misma caracterización del juez podemos manifestar sobre la función que cumplen los Tribunales Administrativos o agencias autárquicas cuando administran justicia administrativa.

Aquellos organismos que en el ejercicio de sus funciones van a afectar directamente las situaciones jurídicas de los ciudadanos tienen que tener, como ya se dijo, ciertas garantías para que ejerzan sus funciones

³³ Ibid. p. 57.

³⁴ Ibid. p. 59.

³⁵ Ibid. p. 60.

³⁶ DROMI, José Roberto. “Introducción al Derecho Administrativo”. Madrid: Grouz. 1986. p. 163.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Madrid: Civitas. 1999. p. 30.

de la manera más independiente, neutral e imparcial que puedan frente a los ciudadanos. En estos casos, estos organismos deberán ejercer sus funciones teniendo en consideración además lo dispuesto en la Constitución y las leyes, no debiendo encontrarse sujetos, al menos al momento de decidir, a mandato imperativo ni al Poder Ejecutivo ni al Congreso. El control de lo que hagan estará en manos del Poder Judicial, entidad que deberá justamente revisar si la aplicación de las normas fue correcta, incluido el control difuso que hubieran podido efectuar en defensa del principio de jerarquía. Así, es lógico esperar que en entes que tienen estas garantías de independencia y autonomía, el principio de legalidad ceda frente al de jerarquía.

Ello es diferente en los entes u organismos no autárquicos, en los que es más lógico que la legalidad prime sobre la jerarquía. La organización del Estado exige que "donde manda capitán no mande marinero". Si el Viceministro puede declarar la inconstitucionalidad de los actos del Ministro, lo que se pone de cabeza no es la pirámide de Kelsen, sino la propia organización del Estado.

A ello se añade la necesidad de un principio básico de simetría en los criterios de decisión. Si un ente autárquico de la Administración Pública va a resolver con facultades cuasijurisdiccionales y va a decir Derecho de las relaciones jurídicas entre individuos, es lógico que su decisión quede sujeta a revisión judicial. Pero ello significa que al decir Derecho este ente se encuentre en la posibilidad de ajustar su decisión a todos los principios y reglas sobre la base de que su decisión va a ser revisada. Si el Poder Judicial está en capacidad de hacer control difuso, al menos el órgano administrativo autárquico debería estar en la misma posibilidad para "vacunar" su decisión contra la revisión judicial, dejando además a los administrados en la posibilidad de no verse forzados de llegar al Poder Judicial para ver concretarse su derecho.

VI. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS

Ya vimos que cuanto más autárquica sea la institución a cargo de la decisión, más razones habrá para que el principio de jerarquía sea preferido sobre el de legalidad, y por tanto menos peligroso que se le entregue la facultad de hacer control difuso. Un segundo factor será el sentido o razón por la que el control difuso pueda ser utilizado.

Como todo en la vida, el control difuso puede ser usado en dos sentidos. A través de aplicación del principio de jerarquía de la Constitución sobre las leyes y de estas sobre los reglamentos se puede restringir derechos de

los ciudadanos, o se puede extender o proteger mejor esos derechos.

El principio de legalidad nació, como hemos visto, con el propósito de garantizar mejor los derechos ciudadanos de los excesos del monarca. Por ello, es legítima la preocupación cuando el control difuso pueda ser usado por la Administración para liberarse de esos límites y así poder actuar en contra de los derechos ciudadanos, sosteniendo que los límites que le impone la ley o los reglamentos son inconstitucionales o ilegales. Sin embargo, si su uso en lugar de facilitar que la Administración se escape de los límites, refuerza los derechos subjetivos, parece que la preocupación deja de ser tal.

Imaginemos el caso de un impuesto que atenta contra el principio de no discriminación porque trata a dos grupos de ciudadanos (el A y el B), que se encuentran en una situación idéntica de manera diferente. El funcionario a cargo de la aplicación de la norma llega a la conclusión que la discriminación es inconstitucional y por tanto decide que no puede cobrarles distinto. Pero si A está menos gravado que B la discriminación puede eliminarse subiendo los impuestos a A o bajando los de B. Si se aplica control difuso, la decisión no debería resultar en impuestos más gravosos, sino en menos gravosos. Por ello se debería bajar los impuestos a B antes de subírseles a A.

La razón de que el control tenga que efectuarse a favor del ciudadano y no en su contra parte justamente de la importancia del principio de legalidad. Si el legislador en el ejercicio de sus potestades limitó la facultad tributaria, pero al hacerlo discriminó, el control de constitucionalidad es más consistente con el principio de legalidad, si se respeta la parte de la norma que impuso límites, a fin de poder justamente proteger el derecho del ciudadano.

Otro ejemplo sería el de un reglamento que, excediendo la ley, limita el derecho de propiedad de un ciudadano. La intervención de la autoridad, a través del control difuso, no debería permitir que el resultado sea una privación mayor de la propiedad, pero sí podría resultar en una afectación menor que la prevista en la norma de menor jerarquía.

Ello significa que, el conflicto entre el principio de legalidad y el de jerarquía es menor si el principio de jerarquía se usa para reforzar derechos del ciudadano y no para limitarlos. Los propios revolucionarios franceses se sentirían cómodos si les comentaran que su invención (principio de legalidad) puede relajarse si su aplicación afecta los derechos fundamentales. Si de reforzar derechos individuales se trata, los principios de jerarquía y legalidad no solo no entran en

contradicción, sino que se complementan.

Por supuesto que ello no está libre de objeciones y problemas. No siempre es sencillo saber si una decisión favorece o perjudica al ciudadano. Y ello es mucho más problemático en el caso de procedimientos bilaterales donde hay dos ciudadanos y el control difuso afecta a uno y beneficia al otro. Sin embargo, sostenemos que el principio debe mantenerse. El análisis será uno de afectación de derechos fundamentales. Si la norma cuya aplicación se busca evitar es una que afecta un derecho fundamental de una parte generando un beneficio ilegítimo en la otra, la aplicación del control difuso parece recomendable. Ello pasaba por ejemplo en el caso inicial que citáramos de la toma de la propiedad de postes de una empresa por otra. Allí se justifica el control difuso porque resolver de manera distinta implica la afectación ilegítima de un derecho constitucional por el de otro particular. La idea no es no afectar al ciudadano a secas, sino no afectar un derecho de naturaleza fundamental. En caso de duda, la autoridad debería abstenerse de hacerlo. El principio guía debería ser que la aplicación del control difuso debería restringirse al reforzamiento de los derechos fundamentales, no a su debilitamiento. De aplicarse correctamente esta idea, las preocupaciones de buena parte de los detractores del control difuso por parte de autoridades administrativas deberían desaparecer, pues el principio de legalidad no es desvirtuado, sino complementado.

Así, como puede apreciarse, si los funcionarios de una agencia administrativa independiente realizan funciones cuasijudiciales en el sentido de que sus pronunciamientos afectarán los derechos, obligaciones o intereses de los ciudadanos, estos funcionarios deberán, como ya se dijo, tener ciertas garantías para que puedan ejercer efectivamente sus funciones y resolver en consistencia con el sistema legal en su conjunto.

Si bien las facultades de las agencias independiente nacen de las leyes, estas muchas veces ejercen facultades para resolver conflictos intersubjetivos, motivo por el cual se debe interpretar las leyes en concordancia con la Constitución. Así, si bien una ley crea y otorga facultades a las agencias, lo que no puede hacer una ley es negarles la posibilidad de poner en vigencia los derechos que la propia Constitución reconoce.

En ese sentido, las agencias respectivas deben tener las facultades legales, en concordancia con la Constitución, que sean necesarias para lograr que esos principios se optimicen y puedan ser puestos en práctica. Si una ley vulnera el sistema económico o los derechos fundamentales de la persona humana, ésta

sería inconstitucional y, por tanto, inaplicable. Una ley no debería establecer que los Tribunales Administrativos no pueden hacer control difuso, pues ello estaría vulnerando la lógica misma de la resolución de conflictos intersubjetivos, en los que los ciudadanos tienen derecho a la aplicación del sistema legal en su conjunto, incluida la Constitución y la ley.

En los procedimientos administrativos bilaterales, la posición de los administrados frente a la Administración no es más una situación total de desventaja sino que, más bien, la actuación del Tribunal Administrativo debe ser neutral, imparcial e independiente, sometida únicamente al Derecho y, en concreto, al ordenamiento jurídico. Las agencias autárquicas administran justicia, y por tanto deben decidir casos entre particulares sujetándose a los derechos y obligaciones que la ley impone a estos particulares. Esto no implica que se desarrolle función jurisdiccional en lo formal, la que está limitada al Poder Judicial por el artículo 139, inciso primero, de la Constitución. Función jurisdiccional quiere decir que el órgano que la ejerce es el que está en capacidad de decir Derecho de manera definitiva, lo cual no es aplicable a los órganos administrativos, cuyas decisiones siempre pueden ser revisadas por el Poder Judicial. Pero sí desarrollan función jurisdiccional material, es decir, de aplicar el Derecho a un conflicto intersubjetivo, dándole solución.

Así, son cuasijurisdiccionales porque, a pesar de impartir justicia, no pueden emitir pronunciamientos definitivos e irrevisables, potestad que es exclusiva del Poder Judicial. En ese sentido, materias que antes eran de competencia privativa del Poder Judicial como los procesos concursales, de protección al consumidor, entre otros, ahora son de conocimiento previo por parte de organismos administrativos especializados en dichas materias, teniendo la Administración una competencia primaria, esto es, casos que podrían ser conocidos o lo fueron de manera directa por el Poder Judicial, son por razones técnicas o de diverso orden derivadas de manera previa a la Administración. Al resolver estos casos, los Tribunales Administrativos hacen y dicen justicia sin perjuicio que corresponda a las Cortes determinar de manera definitiva si hicieron y dijeron justicia de manera correcta.

Como hemos visto, 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. Asimismo, deben aplicarse las garantías del debido proceso a los

procedimientos administrativos que se tramitan ante ellos³⁸. Esto implica que los administrados tienen el derecho que los conflictos entre particulares sujetos a la decisión administrativa sean resueltos 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 por que la Constitución se aplique y no podrá inaplicarla en el caso concreto que tiene que resolverse.

Por otro lado, debemos recordar lo que enseñaba Kelsen sobre la regularidad de la producción de las normas, ya sean éstas generales o particulares: legislación y ejecución (supuestamente, los actos que emiten los jueces y, en especial, la Administración) son dos etapas jerarquizadas de "creación del Derecho", y dos etapas intermedias. La Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estados típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno³⁹. Las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son, entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales. En otras palabras, las normas de inferior jerarquía, ya sean generales o particulares, deben respetar las normas de mayor jerarquía⁴⁰. El control difuso es uno de los mecanismos por el cual se busca garantizar la regularidad de la producción de las normas.

Al momento de emitir nuestros actos, puede darse el caso que la ley aplicable sea inconstitucional. Bajo el principio de legalidad, debemos emitir el acto administrativo cumpliendo la ley, a sabiendas que el acto emitido es legal pero, paradójicamente, por respeto a los principios clásicos del Derecho, inconstitucional. Al momento de decidir un caso concreto, debemos preguntarnos: ¿qué debemos preferir? ¿emitir actos administrativos legales pero inconstitucionales o constitucionales pero legales?. Asimismo, ¿podríamos decir que el acto administrativo emitido es un acto fundado en Derecho si viola la Constitución?

Es importante recordar que al momento en que el juez John Marshall emitió el pronunciamiento que facultaba a realizar control difuso a los jueces, no existía norma

expresa alguna en la Constitución que lo facultase a inaplicar una ley para un caso particular⁴¹. La jurisprudencia entendió que implícitamente estaba dentro de sus competencias la facultad de inaplicar una norma que vulnerase la Constitución para el caso particular. Debía preferirse la Constitución por sobre cualquier otra norma.

Este pronunciamiento fue una decisión bastante polémica en su momento y no del total agrado de los políticos. Sin embargo, a la luz de los años esta decisión ha sido una de las decisiones judiciales más acertadas que ha emitido la jurisprudencia en la historia jurídica moderna. El control difuso se ha convertido en uno de los mecanismos más eficientes de defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales que actualmente existe.

No existe pues razón para pensar por qué la pirámide de Kelsen, que establece la primacía de la Constitución sobre otras normas de inferior jerarquía, debe invertirse cuando quien debe decir Derecho es un Tribunal Administrativo o una agencia autárctica. Ello, además desvirtuaría por completo el control que la Administración debe hacer sobre sus propios actos precisamente para preservar la legalidad de los mismos.

Es un derecho de los particulares que al decirse Derecho se apliquen las normas pertinentes y es una facultad de la Administración poder enmendar cualquier defecto cuya corrección pueda ser llevada a cabo por el Poder Judicial.

La finalidad de un procedimiento administrativo no puede ser otra que la vigencia absoluta de la ley (entendiendo por ley, toda norma del ordenamiento jurídico). Lo señalado se refuerza por el hecho particular y específico en virtud del cual la Administración Pública actúa regida por el principio de legalidad. A partir de tal constatación, es lógico afirmar que quien se rige en sus actuaciones por la ley debe también tener como finalidad el irrestricto cumplimiento de la misma cuando de aplicarla a casos particulares se trata.

La finalidad de aplicar la ley a través de un procedimiento administrativo coloca a la autoridad administrativa en la necesidad de tener que definir qué ley es la aplicable al caso que conoce y definir la consecuencia querida por el legislador para determinadas conductas en un tiempo determinado.

³⁸ 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 & Sociedad 15. 2000. pp. 83-92.

³⁹ KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución". En: Ius et Veritas 9. p. 18.

⁴⁰ Ibid. pp. 18-19.

⁴¹ QUIROGA LEÓN, Anibal. "Control difuso y control concentrado en el Derecho Procesal Constitucional peruano". En: Derecho 50. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 207-233. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "De la Jurisdicción Constitucional al derecho procesal constitucional". Segunda edición. Lima: Grijley. 2000. p. 118.

En otras palabras, en la aplicación de la ley la autoridad administrativa no puede sustraerse a la evaluación e identificación de la ley vigente al momento de producirse los hechos cuyo juzgamiento tiene encomendado pues, precisamente, esa es la actuación que le corresponde para garantizar la plena vigencia de la misma.

Por el contrario, en los procedimientos bilaterales, más que la solución a un conflicto intersubjetivo, lo que existe es la obligación de tutela por parte de la Administración Pública de los intereses colectivos. En este caso, la doctrina entiende que la función administrativa es la actividad desarrollada por los órganos públicos en relación jerárquica (aspecto orgánico), para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales (aspecto sustancial) que se hace efectiva mediante actos⁴² y hechos jurídicos públicos (aspecto procesal)⁴³. Así, la Administración es una organización encaminada a concretar los fines del Estado, para lo cual recaudará impuestos; evaluará que los administrados cumplan con determinados requisitos para realizar determinadas actividades y luego los fiscalizará; será titular de ciertos servicios, etcétera.

Así, el principio de legalidad nació y tuvo su desarrollo dentro de la concepción de las relaciones jurídicas bilaterales Administración-Administrado pues sería en estos casos en que era importante limitar la esfera de actuación de la Administración Pública, la cual se concebía como una organización dotada de privilegios y prerrogativas frente al particular. En esta relación bilateral la Administración, originariamente, exigía o prohibía determinadas conductas a los ciudadanos porque se entendía que la gestión y el servicio que prestaba la Administración estaban en función del interés colectivo.

Sin embargo, es aconsejable, como ya se ha visto, que entre los límites que se ponga al principio esté justamente el que hemos señalado: que la aplicación del control difuso no resulte en una restricción de los derechos individuales. Así, podemos ser consistentes sin necesidad de avivar justificados temores respecto de que el control difuso sea un poder más de la Administración, poder que podría ser mal utilizado.

Bajo estas consideraciones, como ya se ha anotado, el riesgo de un conflicto entre el principio de jerarquía y el de legalidad se reduce, porque la legalidad sigue siendo guardiana de los derechos ciudadanos y los límites al poder, encontrando en el principio de jerarquía

antes que un enemigo, un aliado en el cumplimiento de su meta.

VII. QUE LA NORMA INAPLICADA SEA MANIFIESTAMENTE INCONSTITUCIONAL

Éste es el único principio que se desprende del considerando 156 de la sentencia de fecha 3 de Junio del 2005 del Tribunal Constitucional, en la que se sugiere tímidamente la posibilidad de aplicar control difuso por órganos administrativos. Lo que parece que se quiso decir es que el control difuso no se justifica en cualquier violación al ordenamiento, sino solo a aquella que sea manifiesta y evidente. Pareciera que el Tribunal ha querido evitar que los órganos administrativos tengan una suerte de control difuso "muy sofisticado". Prefieren solo conceder a la autoridad administrativa el control de lo "grosero".

Lamentablemente no existen criterios definidos, pero en términos generales parece un principio saludable. El control debe hacerse para aquello que, siendo manifiestamente inconstitucional, no puede obligar a la Administración a apañarlo.

Al igual como ocurre con los conceptos anteriores, la inconstitucionalidad manifiesta reduce el riesgo de arbitrariedades pues impone en la Administración un estándar alto.

¿Qué es manifiestamente inconstitucional? Posiblemente el Tribunal nos lo aclare en próximas sentencias. Ahora, si concordamos este aspecto con el referido a que el control solo se puede aplicar para proteger derechos fundamentales, lo que deberíamos buscar es una manifiesta violación en la norma inaplicada de un derecho fundamental de los ciudadanos.

VIII. CONCLUSIÓN

Sin duda voltear la piramidal de Kelsen en un sentido o en el otro va a generar controversia. Sería aventurarse mucho reconocer un control difuso general para toda la Administración en toda circunstancia. Pero también resultaría obtuso negarse a reconocer en ciertas circunstancias cierto nivel de control.

Este artículo plantea finalmente que el control difuso debe operar en aquellas circunstancias concretas en que el conflicto entre el principio de legalidad y el de jerarquía de las normas no sea realmente serio. De los

⁴² En donde se refleja claramente la situación de ventaja que tiene la Administración frente al administrado es en los caracteres jurídicos que rodean al acto administrativo: la presunción de legitimidad, ejecutividad, ejecutoriedad, estabilidad e impugnabilidad. Al respecto, Ver: DROMI, José Roberto. "El Acto Administrativo". Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1997. pp. 75 y siguientes.

⁴³ DROMI, José Roberto. "Introducción al Derecho Administrativo". Madrid: Grouz. 1986. p. 74.

muchos elementos que pueden identificarse, hemos indicado tres, uno de los cuales ya ha sido reconocido, aunque de manera imprecisa, por el Tribunal Constitucional. Estos elementos hacen que el tinte garantista del principio de legalidad no se vea seriamente afectado, y que por el contrario se vea reforzado por la asistencia que el principio de jerarquía puede dar para tutelar los derechos fundamentales.

Estos elementos son:

- a. El carácter autártico del órgano o Tribunal administrativo. Cuanto más independiente y autónomo sea, y cuanto más esté vinculada su actividad a la solución de conflictos intersubjetivos, más servirá el control difuso como una herramienta de garantía de los derechos ciudadanos y de límite al ejercicio excesivo del poder.
- b. La protección de derechos ciudadanos. Si el control difuso se usa para reforzar derechos ciudadanos (y no para debilitarlos) sus fines estarán plenamente

alineados con los perseguidos por el principio de legalidad, es decir, el de poner límites al gobernante. Un control difuso que usa el principio de jerarquía para limitar al gobernante es consistente con el principio de legalidad.

- c. Carácter manifiestamente inconstitucional de la norma inaplicada. Cuanto más evidente sea la violación, más evidente será que el emisor de la norma se excedió, por tanto los riesgos de excesos por parte de la autoridad que controla y protege la jerarquía de las normas serán menores.

Sin duda, Kelsen ha contribuido mucho a la concepción del Derecho como lo conocemos. Pensar en que su pirámide se aplica sin excepciones siempre es tan utópico como pensar que la Administración Pública no debe poder aplicarla nunca. El control difuso no es otra cosa, como todo en el Derecho, que una simple herramienta para mejorar la convivencia humana. Mientras ese sea nuestro objetivo, no será necesario poner a Kelsen de cabeza.