

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE UNA REFORMA CONSTITUCIONAL PARA LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO

*Legal foundations of a constitutional reform for
the application of administrative diffuse control*

JAMES JOEL CAMACHO VILCHEZ*

RESUMEN

El presente artículo analiza la viabilidad de una reforma constitucional orientada a permitir la aplicación del control difuso en sede administrativa en el ordenamiento jurídico peruano. Para ello, examina la evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto de esta institución, particularmente a partir de las sentencias recaídas en los Expedientes N.º 3741-2004-AA-TC y N.º 4293-2012-AA-TC, mediante las cuales primero se reconoció y posteriormente se dejó sin efecto la facultad de los tribunales administrativos para ejercer control difuso. Asimismo, se estudia el desarrollo del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha extendido progresivamente la obligación de tutela de los derechos humanos a todos los órganos del Estado. Se concluye que existen fundamentos jurídicos suficientes para promover una reforma constitucional que habilite el control difuso administrativo, con la finalidad de fortalecer la supremacía constitucional y garantizar una protección más efectiva de los derechos fundamentales de los administrados.

* Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego de Trujillo, grado académico de Maestro en Derecho, con mención en Derecho Civil y Comercial, por la Universidad Nacional de Trujillo, Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Trujillo, Juez Titular de Juzgado Mixto de San Marcos de la, Corte Superior de Justicia de Cajamarca, Juez Superior (P) de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.
jamescamachov@gmail.com
ORCID 0000-0002-4477-9461.

PALABRAS CLAVES: *control difuso administrativo, reforma constitucional, supremacía constitucional, control de convencionalidad, derechos fundamentales.*

ABSTRACT

This article analyzes the feasibility of a constitutional reform aimed at allowing the application of diffuse control within the administrative sphere in the Peruvian legal system. To this end, it examines the jurisprudential evolution of the Constitutional Court regarding this institution, particularly through Judgments No. 3741-2004-AA-TC and No. 4293-2012-AA-TC, by which administrative bodies were initially authorized and later prohibited from exercising diffuse control. Likewise, the study reviews the development of conventionality control in the case law of the Inter-American Court of Human Rights, which has progressively extended the obligation to protect human rights to all state authorities. It concludes that there are sufficient legal grounds to promote a constitutional reform enabling administrative diffuse control, with the purpose of strengthening constitutional supremacy and ensuring a more effective protection of fundamental rights.

KEYWORDS: *administrative diffuse control, constitutional reform, constitutional supremacy, conventionality control, fundamental rights.*

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política es la norma que ocupa el vértice superior de la pirámide del sistema jurídico de los Estados; en tal virtud, para generar otras normas sistémicas, debe contar con la mayor protección por parte de todos los poderes y órganos que componen la estructura del Estado y que funcionan de manera sistemática.

Así, las funciones, acciones y atribuciones de los poderes y órganos del Estado peruano deben regirse y desarrollarse conforme a lo regulado por la Constitución, desde la perspectiva de la jerarquía normativa, ya que dichas normas no pueden entrar en conflicto con los imperativos constitucionales. A ello se le denomina supremacía constitucional, pues, como hace notar García Toma (1999), “con ella se busca la preeminencia de la Constitución por encima de cualquier otra normativa del ordenamiento jurídico del Estado” (p. 323).

Ahora bien, dentro del ordenamiento nacional debe seguirse este principio de jerarquía normativa, lo que significa que, si una norma de carácter general, dentro de un procedimiento judicial, genera dudas de constitucionalidad y el juzgador advierte que contraviene la Constitución, entonces debe preferirse siempre la Constitución (según el artículo 51 de la Constitución de 1993).

La doctrina constitucional señala que, cuando un juez revisa una ley, realiza una revisión integral. Asimismo, la revisión divergente (también conocida como revisión de devolución) constituye una revisión de constitucionalidad de dichas leyes, mediante la cual los jueces, como señala Sar Suárez (2013), “en el ejercicio de su jurisdicción, suspenden la aplicación de normas jurídicas contradictorias para certificar la validez efectiva de los derechos básicos. Acto seguido: no está invalidado, pero es constitucional. Esta es una forma de control constitucional que no anula la autoridad ni niega la definición legal de mantenimiento de la paz” (p. 843).

Esto es lo que se conoce como control difuso, el cual no es otra cosa que la capacidad de verificar la constitucionalidad de las leyes subordinadas y otras normas jurídicas por parte del Poder Judicial durante el ejercicio de la función jurisdiccional. Por lo tanto, todos los jueces, independientemente de la jerarquía de sus competencias, dan prioridad a la Constitución y, cuan-

do establecen que no puede aplicarse una ley contraria a esta, pueden ejercer control sobre la constitucionalidad de la normatividad, verificando que la ley y la Constitución no resulten incompatibles.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de fecha 14 de noviembre de 2005, recaída en el expediente N.º 3741-2004-AA-TC (amparo interpuesto por Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la Municipalidad de Surquillo), señaló que no solamente corresponde a los jueces del Poder Judicial velar por el acatamiento de la Constitución, sino también a la administración pública; pues esta tiene la obligación constitucional de ejercer un amplio control difuso sobre las disposiciones que regulan actuaciones administrativas contrarias a la Constitución o a la interpretación realizada por el propio Tribunal Constitucional (fundamento 7).

La decisión anterior del Tribunal Constitucional resulta digna de mención porque reconoce que la administración pública también podía ejercer control constitucional sobre determinadas normas dentro de procedimientos administrativos. Ello resulta relevante si se tiene en cuenta que las entidades administrativas no fueron concebidas para cumplir una función jurisdiccional, sino estrictamente administrativa. De este modo, se reconocía la facultad de la administración pública para ejecutar un control descentralizado dentro de procedimientos administrativos en los que existe discrecionalidad administrativa.

Como era de esperarse, diversos doctrinarios constitucionalistas quedaron sorprendidos con dicha decisión del Tribunal Constitucional, ya que con ello se rompía el esquema tradicional según el cual el control difuso era exclusividad del órgano jurisdiccional (Poder Judicial). Es sabido que el Perú ha optado por albergar ambos sistemas de control constitucional: el control concentrado y el control difuso; sin embargo, con el reconocimiento de que los órganos y tribunales de la administración pública también podían ejercer control difuso –en sede administrativa–, el Tribunal Constitucional amplió dichos alcances hacia un control difuso administrativo.

No obstante, la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en el expediente N.º 3741-2004-AA-TC fue modificada posteriormente mediante sentencia recaída en el expediente N.º 4293-2012-AA-TC, de fecha dieciocho de marzo de dos mil catorce, proceso seguido por Consorcio Requena contra la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Organismo

Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y el procurador público encargado de sus asuntos judiciales. En dicha sentencia, el Tribunal llegó a la conclusión de que “tales precedentes distorsionan el poder conferido por la Constitución al ampliar su práctica a personas que no tienen jurisdicción bajo la Constitución ni derecho a ejercer un control constitucional diferenciado. Ninguno de los tribunales administrativos tendrá jurisdicción, facultad o autoridad para hacer cumplir tales decisiones”. Como consecuencia de ello, quedaron sin efecto los precedentes anteriores.

La decisión del Tribunal Constitucional de otorgar a los órganos y tribunales administrativos la facultad de ejercer control difuso administrativo y, posteriormente, retirar dicha facultad, ha generado un problema jurídico relevante, ya que durante más de nueve años los órganos y tribunales administrativos ejercieron control constitucional difuso.

Es bien sabido que el Tribunal Constitucional es el principal intérprete de la Constitución y que sus decisiones son respetadas por los argumentos desarrollados en sus numerosas sentencias. Sin embargo, sus criterios contradictorios han planteado la posibilidad de una interpretación favorable al control difuso administrativo; empero, ello requiere un análisis minucioso, a fin de verificar la posibilidad de proyectar un verdadero control difuso administrativo, así como evaluar sus ventajas y la posibilidad de su incorporación dentro del ordenamiento jurídico, aspectos que precisamente abordaremos en el presente artículo.

2. EL CONTROL CONSTITUCIONAL

2.1. Historia del control constitucional en la comunidad internacional de estados

El control constitucional refiere a la forma de protección que tiene el contenido formal y material de la Constitución por parte de los Estados. En efecto, la premisa que guía a los Estados modernos es que la defensa de la Constitución permite el correcto funcionamiento del Estado. De ahí que se hayan creado una serie de mecanismos para su protección. En efecto, conservar el Estado es conservar la Constitución, pues ella “constituye el fundamento y sustento de la forma del Estado y la forma de gobierno, relación que surge del principio de supremacía constitucional” (Gonzales Ojeda, 2013, p. 745).

Cabe mencionar que esta protección ha sufrido un desarrollo a lo largo del tiempo; así, pueden identificarse diversas etapas hasta llegar a lo que en nuestra época se denomina neoconstitucionalismo. Esta última fase se ubica en el siglo XX, especialmente después del final de la Segunda Guerra Mundial y de la Guerra Fría (Lustig y Weiler, 2021).

Sin embargo, su desarrollo moderno se inició en el siglo XVIII, durante la época de la Ilustración y con la adopción de las primeras constituciones escritas. En Estados Unidos, fue la Constitución de 1787 la que estableció el principio de control constitucional, al crear una estructura de gobierno que distribuía el poder entre los distintos órganos del Estado y establecía límites al ejercicio del poder. Además, la inclusión de la Décima Enmienda en la Constitución de los Estados Unidos dejó establecido que todo poder no otorgado expresamente al gobierno federal recaía en los estados y en el pueblo.

En Europa, el control constitucional también se desarrolló durante el siglo XIX, especialmente en países como Francia y Alemania, que adoptaron sistemas de control de constitucionalidad. En Francia, se estableció el Consejo de Estado como órgano encargado de controlar la legalidad de los actos administrativos y legislativos. Mientras tanto, en Alemania, se creó el Tribunal Constitucional Federal con el objetivo de proteger los derechos fundamentales y garantizar la correcta aplicación de la Constitución (Castillo Córdova, 2021, pp. 149-151).

Doreen Lustig y Weiler (2021) mencionan dos olas dentro de los siglos XIX y XX –incluso hacen referencia a una tercera, aunque no resulta trascendente para la presente investigación y, al encontrarse aún en desarrollo, solo será mencionada–. Estas olas son: la difusión del control constitucional y las dimensiones internacional y transnacional, las cuales son secuenciales y se encuentran superpuestas geográficamente a nivel mundial.

La primera ola corresponde a la serie de “revoluciones constitucionales” producidas al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales. La segunda ola se refiere a la aparición del derecho internacional como fuente de derecho superior que los tribunales utilizan en el ejercicio de su poder de control constitucional.

En la primera ola se encuentra el clásico caso *Marbury v. Madison* (1803), con la interpretación difusa de la Constitución. A ello deben agre-

garse los acontecimientos que posteriormente propiciaron la Segunda Guerra Mundial, los cuales generaron una nueva forma de protección constitucional, no solo desde el aspecto formal de obediencia a la ley, sino también como una protección vinculada a los derechos humanos y a los fundamentos políticos. Debe recordarse que, entre las guerras mundiales, surgió la Constitución de Austria, que incorporó el control concentrado de constitucionalidad, modelo que fue retomado luego de culminada la Segunda Guerra Mundial y que actualmente constituye el modelo predominante en Europa (Lustig y Weiler, 2021).

En cuanto a la segunda ola, esta se desarrolla fuera de los límites estatales, siendo los organismos internacionales los que adquieren mayor relevancia. Así, pueden mencionarse como antecedentes a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a la Sociedad de las Naciones. Posteriormente, esta tendencia se consolida con el establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el Banco Mundial, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Lustig y Weiler, 2021); y, en América Latina, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

2.2. Definiciones

Como su nombre lo indica, la primacía de la Constitución permite advertir que esta norma jurídico-política es la que va a regir todo el ordenamiento jurídico dentro de un Estado. Así, Gonzales Ojeda (2013) refiere que “es necesario partir de la supremacía de la Constitución, ya que representa el sustento del orden estatal, fuente y legitimación de toda la estructura política y jurídica del Estado, de los derechos fundamentales y de la supervisión constitucional” (p. 753). Por tal razón, “se considera a la Constitución como norma jerárquicamente superior, por encima de las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico peruano” (Castillo Córdova, 2007, p. 187).

Por esta razón, se entiende que la Constitución debe ser protegida, tanto por su origen como por lo que representa. Es decir, en su esencia se presentan una serie de atributos dignos de protección, ya que todo el ordenamiento jurídico debe obedecer a los límites y permisiones establecidos en ella. En ese sentido, Arteaga Nava (1999) agrega que “el carácter de suprema que se

reconoce a la Constitución se impone en todo el territorio nacional a todos sus habitantes, sin importar que sean gobernados o gobernantes, y en todo tiempo” (p. 1317).

En los Estados modernos se ha dejado sentado que es la defensa de la Constitución lo que va a guiar y permitir el correcto funcionamiento del Estado. De ahí que se hayan creado una serie de mecanismos para su protección. En efecto, conservar el Estado es conservar la Constitución, y ello es así, pues esta “constituye el fundamento y sustento de la forma del Estado y la forma de gobierno, relación que surge del principio de supremacía constitucional” (Gonzales Ojeda, 2013, p. 745).

La supremacía de la Constitución se entiende como un principio, y “este principio rige para los Estados que tienen Constitución rígida, o más o menos rígida, y que por cierto son la mayoría en la actualidad” (Ortecho Villena, 2003, p. 24). Para ello, se han establecido sistemas de control constitucional.

Para Néstor Pedro Sagüés (2007), ilustre constitucionalista argentino, un sistema de control de constitucionalidad requiere cinco elementos: el primero consiste en contar con una Constitución rígida; posteriormente, deben existir: “b) una dependencia autónoma; c) poder de decisión; d) pretensiones exigibles; y e) ausencia de zonas exentas de control” (p. 99).

De similar parecer es Vanossi, citado por Rosas Alcántara (2015, p. 128), quien manifiesta que, bajo un régimen de vigilancia de la Constitución, se debe contar con tres elementos esenciales: “a) que exista una Constitución rígida; b) que exista un órgano independiente de control de constitucionalidad de las normas, separado y autónomo del Poder Legislativo”.

2.3.Sistemas de control constitucional

Es importante tener en cuenta que la defensa de la Constitución se ha realizado y se realiza mediante tres sistemas: dos de carácter jurisdiccional y uno de carácter político. Los controles jurisdiccionales se refieren a los conocidos controles difuso y concentrado de la Constitución. Así, el primero es ejercido por los jueces miembros del Poder Judicial; mientras que “el otro control es denominado concentrado, el cual es realizado por un Tribunal autónomo e independiente; finalmente, el control político, que generalmente es ejercido por el Parlamento” (Gonzales Ojeda, 2013, p. 745).

a) El Control Difuso

Se iniciará abordando las formas de control a través de este modelo denominado difuso, pues esta forma de control se encuentra atribuida a todos los jueces de un sistema jurídico. Su origen se encuentra en los Estados Unidos, donde se le conoce con el nombre de Judicial Review. Este control “tiene su propio fundamento, sus propias características y, sobre todo, una larga aplicación jurisprudencial, que no solamente ha servido para ese país, sino que ha servido como paradigma para un buen número de países” (Ortecho Villena, 2003, p. 52).

Los orígenes históricos de este control difuso –como se ha señalado– se encuentran en el célebre caso *Marbury vs. Madison*, en el cual se determinó no solo que la Constitución era la norma suprema, sino además que los jueces podían inaplicar una norma legal al caso concreto cuando encontraran que dicha norma se encontraba en desacuerdo con la norma constitucional. Esto ocurrió a pesar de que esta prerrogativa judicial no se encontraba expresamente establecida en la Carta Magna, siendo la interpretación del juez Marshall la que permitió su incorporación como Judicial Review, lo que actualmente se conoce como control difuso (Guzmán Napurí, 2015).

Como era de esperarse, con el transcurrir del tiempo y el cambio de legislaciones, el control de constitucionalidad de las leyes realizado por los jueces en los procesos ordinarios ha sufrido algunos ajustes y modificaciones. Sin embargo, ello no ha significado la limitación de la competencia de los jueces de todos los grados jerárquicos para efectuar dicho control.

Teniendo en cuenta lo manifestado previamente, se puede concluir que el control difuso presenta las siguientes características:

1. **Generalidad:** El poder de controlar la constitucionalidad de una norma es ejercido por todos los jueces del país y no está limitado a un órgano constitucional específico.
2. **Autonomía judicial:** Los jueces tienen la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, incluso si esta ha sido promulgada por el legislador y se encuentra vigente.
3. **Examen concreto:** El control difuso permite a los jueces decidir sobre la constitucionalidad de una norma en un caso específico, sin necesidad de que exista un procedimiento autónomo para ello.

4. **Efectos relativos:** La declaración de inconstitucionalidad tiene efectos relativos; es decir, solo afecta a las partes involucradas en el caso concreto y no posee efectos generales o erga omnes.
5. **Amplitud interpretativa:** Los jueces pueden interpretar la Constitución de manera amplia y flexible, permitiendo adaptarla a los cambios sociales y comprender el espíritu y finalidad de la norma constitucional.
6. **Sentencia interpretativa:** En algunos casos, los jueces pueden emitir una sentencia interpretativa, mediante la cual interpretan una norma de manera compatible con la Constitución, evitando así declarar su inconstitucionalidad.

b) Control Concentrado

Este es otro modelo de control constitucional, conocido como “control concentrado” o “control abstracto”. Sus orígenes se encuentran en la propuesta formulada por Hans Kelsen para el Tribunal Constitucional de Austria de 1919, modelo que fue aceptado en 1920 (Gonzales Ojeda, 2013, p. 750).

En Europa se optó por una solución distinta a la estadounidense, estableciéndose un organismo especializado; así, “el citado ente, que sería denominado Tribunal Constitucional, posee la facultad de derogar la norma en cuestión, a través del uso del denominado control concentrado” (Guzmán Napurí, 2015, pp. 36-37).

Un debate importante para el surgimiento del control constitucional se llevó a cabo entre dos de los exponentes más representativos del derecho de la época: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Ambos coincidían en que la Constitución debía ser protegida. Como ya se ha mencionado, Kelsen apostó por un organismo autónomo; mientras que Schmitt prefería un órgano neutral, ajeno al Legislativo y al Judicial; para él, el ideal era el monarca o el presidente del Estado (Gonzales Ojeda, 2013, p. 744).

Néstor Pedro Sagüés (2007, pp. 101-102) sostiene que el planteamiento de Kelsen reconocía la idea de un control especializado, con miembros debidamente capacitados, en tanto se buscaba garantizar la constitucionalidad de las decisiones.

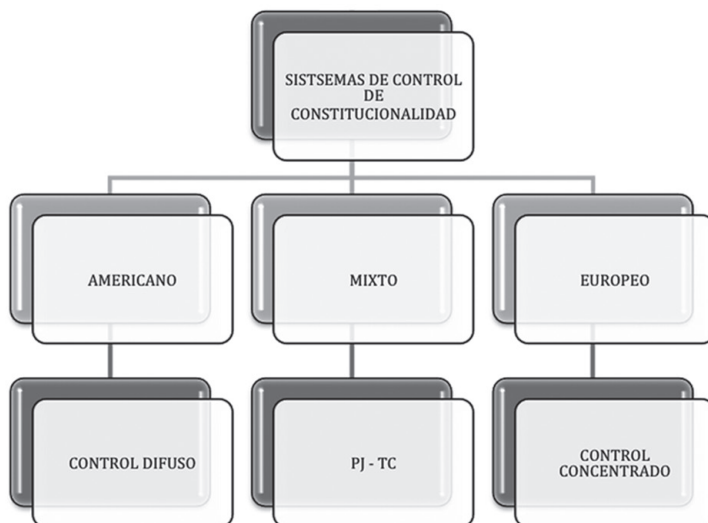
Las características que presenta este sistema, según Henríquez Franco (2007, p. 162), son las siguientes:

1. **Es concentrado:** El examen de constitucionalidad de las leyes está a cargo de un órgano ad hoc.
2. **Es abstracto:** Su interposición no requiere la existencia de un proceso concreto. Los órganos legitimados interponen la acción directamente ante el Tribunal Constitucional.
3. **Se interpone en vía de acción:** Existe un Tribunal Constitucional encargado específicamente de dicha función.
4. **Su efecto es derogatorio:** La sentencia del Tribunal Constitucional deja sin efecto la norma considerada inconstitucional.
5. **Tiene efectos erga omnes:** Como consecuencia de la derogación de la norma.
6. **Su efecto es pro futuro:** La norma queda invalidada a partir de su publicación en el diario oficial; por ello, sus efectos son ex nunc.

c) Sistema Mixto

Como se infiere de su nombre, este sistema recoge elementos de ambos modelos de control constitucional; es decir, incorpora características tanto del sistema estadounidense como del sistema austríaco.

2.4. Resumen de los sistemas de control constitucional



3. EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

El caso peruano es dual o paralelo, según García Belaunde (citado por Palomino Manchego, 2002, pp. 152-153), pues recoge simultáneamente las dos posibilidades de control constitucional: el difuso y el concentrado. Nuestro marco constitucional vigente ha añadido a la tradición del control difuso, que predominó en la Constitución histórica, el control concentrado desde la Carta de 1979, con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual fue recogido con diferente integración, competencia y denominación en la Constitución de 1993 (Sar Suárez, 2013, p. 844).

El control difuso se encuentra consagrado en el artículo 138 de la Constitución y el control concentrado figura en los artículos 200 y 202. Según Guzmán Napurí (2015, p. 37), el Tribunal Constitucional puede también hacer uso del control difuso cuando resuelve, en última instancia, procesos constitucionales.

En efecto, en el caso peruano, Palomino Manchego (2002) evidencia el orden procesal de la consulta ante la Corte para la correcta motivación funcional y el criterio de constitucionalidad en su grado de jerarquía (pp. 161-162).

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, manifestando: “Con acierto ha establecido el Supremo intérprete de la Constitución que el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del juez que habilita el artículo 138º de la Constitución” (Castillo Córdova, 2007, p. 189).

Es bueno precisar que, bajo este sistema, no se deroga la ley, sino que solo se inaplica cuando existe contradicción con la Constitución. La idea que subyace a ello es que no se busca “enfrentamientos con el Poder Legislativo (el deber de los jueces es sostener la validez de la ley en tanto ella no repugne a la Constitución de manera manifiesta y evidente), sino preservar la supremacía constitucional” (Henríquez Franco, 2007, p. 160).

Castillo Córdova (2007, p. 191) explica el caso peruano del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, manifestando que está exclusivamente depositado en el Tribunal Constitucional, el cual es definido como “órgano de la Constitución” (primer párrafo del artículo 201 de la Constitución Política). Y esta labor de control la realiza, entre otras formas,

resolviendo “en instancia única, la acción de inconstitucionalidad” (artículo 202.1 de la Constitución Política). La acción de inconstitucionalidad “procede contra leyes, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo” (artículo 200.4 de la Constitución Política).

4. EL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO SEGÚN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA-TC, se mostró a favor de la existencia del control difuso por parte de la Administración Pública, haciendo notar que todo tribunal y órgano colegiado de la administración pública tiene el deber de hacer prevalecer la Constitución sobre cualquier normatividad de rango inferior. Esto lo fundamenta en los artículos 38, 51 y 138 de la Norma Fundamental. Así, en resumen, señala que todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnere manifiestamente, ya sea por la forma o por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución. Para ello, se requiere que el examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo y que la ley cuestionada no pueda ser interpretada conforme a la Constitución.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en el Expediente N.º 4293-2012-AA-TC, cambió de criterio y dejó sin efecto el citado precedente, señalando, en resumen, los siguientes argumentos:

- a) La sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA-TC fue emitida sin respetar las reglas establecidas por el propio Tribunal Constitucional para constituirse en precedente vinculante.
- b) La atribución de ejercer control difuso corresponde exclusivamente a los jueces y no a cualquier otro funcionario público.
- c) Los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni forman parte del Poder Judicial, por lo que no les corresponde ejercer control difuso.

- d) Permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad afecta el sistema dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional, según corresponda, conforme a los artículos 138 y 201 de la Constitución.

5. EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD SEGÚN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Según el artículo 55 de la vigente Constitución, “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Esto hace referencia a que el ordenamiento interno no solo está conformado por la producción normativa del Congreso y demás entidades del Estado con esa facultad, sino también por el contenido de los tratados internacionales vigentes.

El Perú ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) el doce de julio de mil novecientos setenta y ocho, y el Protocolo de San Salvador el diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y cinco. En consecuencia, las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también se consideran parte del derecho interno.

Ahora bien, respecto del control difuso de convencionalidad, este no es otra cosa que aquella herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantizar los derechos humanos en el ámbito interno, mediante la verificación de que las normas y prácticas nacionales sean conformes con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y con la jurisprudencia emitida por la Corte IDH.

Así, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, de fecha veintiséis de septiembre del año dos mil seis, la Corte IDH se refirió por primera vez al control de convencionalidad como un deber de los jueces de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y no solo como una función propia de la Corte IDH, que vendría a constituir un control concentrado, sino también como una obligación que involucra a todo el Poder Judicial. Asimismo, agregó que las fuentes a considerar al ejercer dicho control no deben limitarse únicamente a la Convención Americana sobre

Derechos Humanos, sino también a la interpretación que de ella realiza la propia Corte IDH; pues expresamente señala:

“La Corte, es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (fundamento 29).

Posteriormente, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH, en la sentencia de fecha veintiséis de noviembre del año dos mil diez, señaló que “todas las autoridades”, en el ámbito de sus competencias, deben realizar el control de convencionalidad, especialmente los jueces, extendiendo esta exigencia a los “órganos que administren justicia en todos los niveles”; pues expresamente señala:

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales

correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Finalmente, la Corte IDH amplía estas competencias y señala que el control difuso de convencionalidad comprende a todos los poderes y órganos del Estado parte, lo cual ha sido corroborado en reiteradas sentencias; así, precisa:

“En primer lugar, dado que la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz carece de efectos, de acuerdo a las consideraciones desarrolladas en los párrafos 283 a 296, el Estado debe asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación, juzgamiento y eventual sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidas durante el conflicto armado en El Salvador. Esta obligación vincula a todos los poderes y órganos estatales en su conjunto, los cuales se encuentran obligados a ejercer un control “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondiente” (fundamento 318)

6. LA VIABILIDAD DE LA APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ: REFORMA CONSTITUCIONAL

Pues, conforme se aprecia, la segunda sentencia del Tribunal Constitucional dejó sin efecto el precedente vinculante que permitía a los órganos administrativos ejercer control difuso, por lo que actualmente no sería posible ejercer control difuso en sede administrativa. Sin embargo, esta conclusión no resulta idónea dentro del ordenamiento jurídico actual; pues debe entenderse que el derecho cumple un rol en la sociedad de la cual surge y se justifica, por lo que debe estar encaminado a cumplir los fines que, en nuestros días, se presentan bajo el marco de los Derechos Humanos.

Los acuerdos jurídicos actuales no permiten poner en duda que la Constitución es la norma básica que posibilita el adecuado funcionamiento estatal: “la Constitución es aquella norma emitida por el órgano competente (el

órgano constituyente) a través del procedimiento constituyente (no regulado previamente, pero manifestado en la soberanía del pueblo)” (Castillo Córdova, 2021, p. 67). Es aquí donde se articulan los principios políticos con los de naturaleza propiamente jurídica. Por ello, se considera que la Constitución tiene dos partes: la orgánica y la dogmática.

En cuanto a la parte orgánica de la Constitución, debe tomarse en cuenta que esta se caracteriza por contener los principios fundamentales y básicos sobre los cuales se organiza el Estado y se establecen los poderes públicos. Por otro lado, la parte dogmática se refiere a los principios, valores y derechos fundamentales que el Estado debe proteger y garantizar (Castillo Córdova, 2021). Se considera que tiene un carácter permanente e inalterable, es decir, no puede ser modificada o derogada fácilmente, y para realizar cambios o reformas se requiere de un procedimiento especial y más riguroso. Esta parte de la Constitución expresa los valores y principios fundamentales, por lo que fija la protección de derechos fundamentales como la libertad de expresión, la igualdad ante la ley, el derecho a la vida, a la dignidad y a la propiedad, entre otros.

Es en esta parte donde se encuentran los derechos fundamentales, entendidos como un conjunto de derechos humanos considerados esenciales y universales, que se reconocen y garantizan a todas las personas por su sola condición de seres humanos. Estos derechos son inalienables, intransferibles e irrenunciables, y su objetivo principal es proteger la dignidad y la libertad de cada individuo. Tales derechos son reconocidos por la mayoría de las constituciones y tratados internacionales sobre Derechos Humanos, y su protección y promoción constituyen una obligación de los Estados y de la comunidad internacional.

De este modo, puede entenderse que la parte dogmática establece que la Constitución es la norma suprema del país y que todas las leyes y actos de gobierno deben estar conformes con ella, pues se busca la protección de los Derechos Humanos. Esto significa que no se puede caer en la paradoja de querer proteger la Constitución violándola, como podría ocurrir dentro de un procedimiento administrativo en el que deba aplicarse una norma contraria a la Constitución y resulte necesaria la aplicación del control difuso administrativo; empero, ante la imposibilidad jurídica actual, ello no sería posible. Esta posibilidad –con criterio acertado desde nuestro punto de vista– fue

reconocida en la sentencia recaída en el Expediente N.º 3741-2004-AA-TC del Tribunal Constitucional, en la cual se admitía la posibilidad de realizar una interpretación favorable al control difuso en sede administrativa, sustentada precisamente en el propio texto constitucional peruano, que prescribe que “todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación” (artículo 38).

Otro argumento que debe tomarse en cuenta es que, como se expuso previamente, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se muestran a favor de que exista control y protección de los Derechos Humanos en todas las instancias decisorias de los Estados, lo que significa que también deben comprenderse dentro de esta exigencia los órganos administrativos.

Ahora bien, si bien la citada sentencia del Tribunal Constitucional reconocía que los Tribunales Administrativos podían realizar control difuso, la propia Constitución limita también la aplicación del control difuso en sede administrativa; pues señala en el artículo 138 que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”. Esto permite advertir claramente, a partir de una interpretación literal, que dicha disposición se refiere exclusivamente a la actividad judicial y no a la administrativa, por más que existan argumentos favorables a extender dicha interpretación a la sede administrativa.

Pues bien, la corriente constitucionalista actual busca, mediante la interpretación, una salida incluso en casos como este; sin embargo, dicha postura también encuentra límites cuando existe un mandato expreso como el contenido en el artículo 138 de la Constitución. En consecuencia, el problema no puede resolverse únicamente mediante interpretación, más aún si el propio Tribunal Constitucional ha negado esa posibilidad a raíz de la sentencia recaída en el Expediente N.º 4293-2012-AA-TC. En ese sentido, se trata de una antinomia que tendría que resolverse mediante ponderación, siguiendo las ideas de Alexy recogidas por Zometa (2022).

Llegado a este punto, solo resulta posible plantear como única salida idónea la modificación del citado artículo constitucional, otorgando la posibilidad de proteger los derechos fundamentales de los administrados también en sede administrativa. Es necesaria una reforma y no únicamente una

interpretación, por cuanto no se puede interpretar algo cuyo contenido resulta claro, en el sentido de que incluso las actuales posturas iusfilosóficas encuentran límites para la interpretación, al menos en casos como el presente, conforme a lo señalado por Atienza (1996, 2012, 2018). Consideramos que esta constituye la mejor alternativa para comprender y aplicar el derecho.

7. CONCLUSIONES

El control constitucional peruano es concentrado, difuso y mixto, en virtud de que existe una justicia constitucional plural regulada en toda la dimensión de sus instituciones políticas.

El Tribunal Constitucional peruano, en el Expediente N.º 4293-2012-AA-TC, dejó sin efecto la aplicación del control difuso en sede administrativa, que había sido reconocido como precedente vinculante en el Expediente N.º 3741-2004-AA-TC, lo cual no garantiza de la mejor manera la primacía de la Constitución Política.

El derecho constitucional peruano tiene como fuente del control constitucional al derecho convencional de la comunidad internacional de Estados, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado en reiterada jurisprudencia que todas las autoridades y órganos de un Estado –incluidos los Tribunales Administrativos–, como parte de la Convención, tienen la obligación de ejercer control difuso de convencionalidad.

Una reforma constitucional posibilitaría la existencia de un control constitucional difuso en sede administrativa, lo cual permitiría cautelar de mejor manera los derechos fundamentales de los administrados y garantizar la primacía de la Constitución.

Se ha verificado que los fundamentos jurídicos de una reforma constitucional para la aplicación del control difuso administrativo en el Estado peruano están constituidos por los argumentos jurídicos señalados por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 3741-2004-AA-TC y por el derecho convencional de la comunidad internacional de Estados, desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arteaga Nava, E. (1999). *Tratado de Derecho Constitucional* (Vol. 4). OXFORD.

- Castillo Córdova, L. (2007). *Los Derechos Constitucionales - Elementos para una teoría general* (Tercera ed.). Palestra Editores.
- Castillo Córdova, L. C. (2021). *Constitución y Tribunal Constitucional*. Zela.
- García Toma, V. (2014). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional* (Cuarta ed.). ADRUS D&L Editores.
- García Toma, V. (2015). *Constitución, Justicia y Derechos Fundamentales*. Lex & Iuris.
- Gonzales Ojeda, M. (2013). *Derecho Constitucional General*. Editorial Universitaria - Universidad Ricardo Palma.
- Guzmán Napurí, C. (2009). Los principios generales del derecho administrativo. *IUS ET VERITAS*, 19(38), 228-249. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12203>
- Guzmán Napurí, C. (2015). *La Constitución Política: un análisis funcional*. Gaceta Jurídica.
- Henriquez Franco, H. (2007). *Derecho Constitucional*. FECAT.
- Lustig, D., & Weiler, J. (2021). Control constitucional en el mundo contemporáneo - Retrospectiva y prospectiva. *Dikaion*, 30(2), 244–334. <https://doi.org/10.5294/dika.2021.30.2.1>
- Ortecho Villena, V. J. (2003). *Jurisdicción y Procesos Constitucionales* (7ª ed.). RODHAS.
- Palomino Manchego, J. F. (2002). Control y Magistratura Constitucional en el Perú. En I. I. PERUANA, *Constitucionalismo y Derechos Humano*. Grijley.
- Popper, K. R. (2004). *La lógica de la investigación científica*. (Trad. de V. Sánchez de Zavala). Tecnos, S.A.
- Prieto Sanchís, L. (1998). Ley, principios y derecho. *Cuadernos Bartolomé de las Casas* n.º 7, 49.
- Rosas Alcántara, J. (2015). *El Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus conceptos claves - Un enfoque doctrinario y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.

- Sagüés, N. P. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: ASTREA.
- Sar Suárez, O. (2013). La Jurisdicción Constitucional en el Perú. En T. C. PERÚ, *Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú* (Vol. II, págs. 843-868). Q & P Impresores S.R.L.
- Zometa, M. (2022). Antinomia Normativa: ponderación de derechos fundamentales en el contexto salvadoreño. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, 1(45), 421–433.