

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ**

**Necesidad actual del Control Difuso en los Tribunales Administrativos: Análisis aplicado a la actuación que venía desempeñando el Tribunal Registral de la SUNARP**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa**

**AUTOR:**

**OLIVER ERICK AMES CANDIOTTI**

**ASESOR:**

**ALEJANDRO MARTIN MOSCOL SALINAS**

**JURADO:**

**VICENTE ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO**

**HEBERT EDUARDO TASSANO VELAUCHAGA**

**LIMA – PERÚ**

**2017**



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

ESCUELA DE GRADUADOS

Necesidad actual del Control Difuso en los Tribunales Administrativos: Análisis aplicado a la actuación que venía desempeñando el Tribunal Registral de la SUNARP

Tesis para optar el Título de Magíster en Derecho de la Empresa que presenta:

Oliver Erick Ames Candiotti

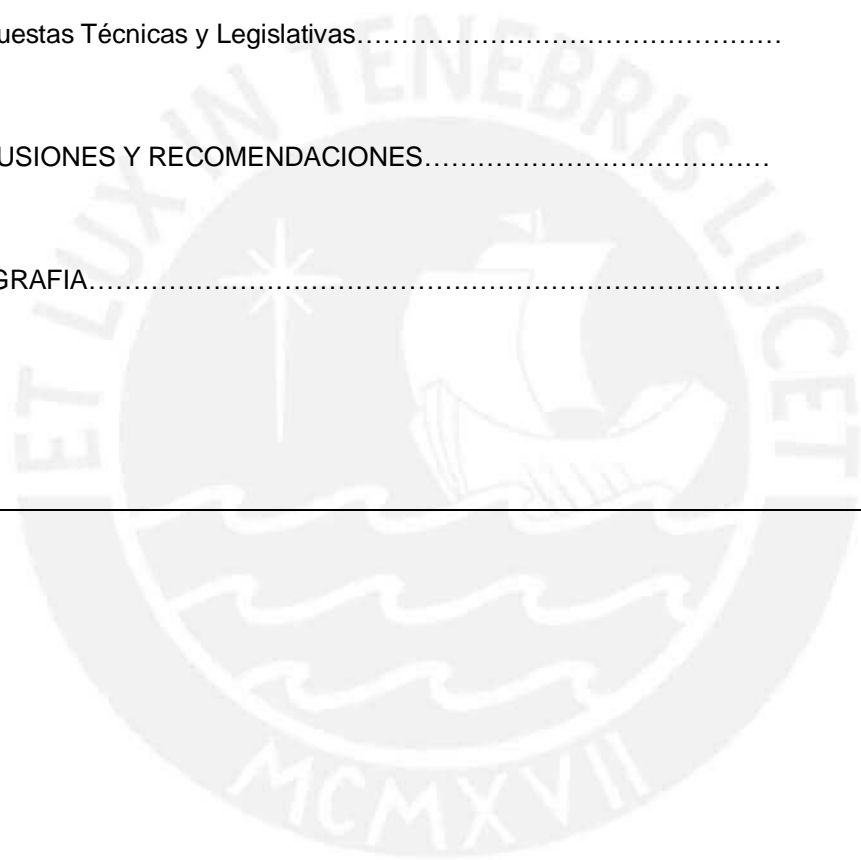
Febrero del 2017

## INDICE

	Pág.
INTRODUCCION	
SECCION I : Sobre el control difuso y la administración pública.....	1
1 Antecedentes sobre el sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa o control difuso. ....	2
1.1 Orígenes: Del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho. ....	2
1.2 Evolución histórica. ....	6
1.2.1 Evolución del control difuso en el Derecho Comparado.....	7
a) Estados Unidos de Norteamérica.....	7
b) Europa.....	9
c) Países de Iberoamérica.....	11
1.2.2 Desarrollo del control difuso en el ordenamiento jurídico peruano.....	13
a) Orígenes y Fuentes del Constitucionalismo en el Perú.....	14
b) Actualidad del Control Difuso en la normatividad vigente.....	18

2	El control difuso en la administración pública. ....	21
2.1	El control difuso y las funciones de la Administración Pública.....	21
2.1.1	Alcances sobre el principio de legalidad administrativa y el concepto de Administración Pública .....	21
2.1.2	Funciones-Potestades de la Administración Pública y Control Difuso.....	25
2.1.3	Evolución de los Tribunales administrativos en el Perú...	32
2.2	Tratamiento del control difuso en sede administrativa en la jurisprudencia nacional.....	37
2.2.1	Antecedentes.....	37
2.2.2	Control Difuso verificado en la Jurisprudencia de algunos Tribunales Administrativos.....	43
2.2.3	Posición actual del Tribunal Constitucional. ....	47
SECCION II: Control de constitucionalidad y de legalidad ejercido por el Tribunal Registral de la SUNARP. ....		53
1	El Tribunal Registral de la SUNARP y su rol en un Estado Social Democrático de Derecho.....	54
1.1	Seguridad Jurídica.....	54
1.2	Predictibilidad.....	56
2	Inaplicación de norma reglamentaria por contravención a la Constitución Política.....	58
2.1	Inaplicación del inciso “d” del artículo 2 del Reglamento General de los Registros Públicos por presunta infracción al principio de doble instancia.....	60
2.2	Acuerdo Plenario Número 1 del LXXVIII Pleno del Tribunal Registral.....	65
3	Inaplicación de norma reglamentaria por contravención a la ley.....	68
3.1	Caso: tacha especial del títulos por falta de presentación de planos.....	68
3.2	Caso: poder irrevocable.....	70

SECCION III: Balance sobre la eficacia del Control Difuso ejercido por el Tribunal Registral.....	74
1 Breve reseña: El debate actual sobre la posibilidad del Control Difuso ejercido por órganos administrativos.....	75
1.1 Argumentos a favor.....	76
1.2 Argumentos en contra.....	82
2 Necesidad de un Tribunal Registral con facultades de Control Difuso....	84
3 Propuestas Técnicas y Legislativas.....	87
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFIA.....	95



## INTRODUCCION.

La sentencia emitida en el expediente N° 04293-2012-PA/TC abre paso a una nueva etapa en cuanto a la posición del Estado frente a la permisibilidad del ejercicio del control difuso por parte de los tribunales administrativos. Como es sabido, en esta sentencia el tribunal realiza una evaluación respecto de verificar si se cumplieron o no los presupuestos para el establecimiento de un precedente vinculante, como el establecido mediante la resolución N° 3741-2004-AA-TC y llega a la conclusión de que tales condiciones no habían sido cumplidas, en consecuencia, resultaba conveniente revocar aquella jurisprudencia vinculante, sin dejar pasar la oportunidad de sentar posición jurídica sobre el tema. Así, el nuevo escenario para el control difuso administrativo es sinónimo de su extinción, lo cual ha merecido severas críticas y algunas otras, pero pocas, posiciones de respaldo.

Planteamos el problema de la siguiente manera: Es importante contemplar los distintos escenarios, el antes y el después de la revocación de la facultad del control difuso extendido, y verificar si se estaba en el camino correcto que requería algún perfeccionamiento, o por el contrario, el tribunal constitucional no ha podido ser mejor guardián de la constitucionalidad al limitar el control difuso e interpretarlo de manera restringida.

Hemos tenido la oportunidad de conocer muy de cerca, en los primeros años de ejercicio profesional, la labor que desempeña el Tribunal Registral, conocer a sus miembros, muchos de los cuales aún hasta la fecha continúan en dichos cargos, aportando al desarrollo del derecho registral, administrativo y constitucional. Ello, aunado a la formación recibida en este programa de maestría, nos ha permitido aproximarnos a las diversas resoluciones y jurisprudencia administrativa emitidas por tribunales como el INDECOPI, OSIPTEL, TRIBUNAL FISCAL, etc., que evidencian una alta calidad técnica y doctrinaria, que no debe ser desaprovechada, si lo que se pretende es acercar el Estado al individuo a través del pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, si lo que se pretende es la inclusión social.

## SECCION I

### SOBRE EL CONTROL DIFUSO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En este primer capítulo presentamos el marco teórico de la investigación que ocupa esta tesina, aproximándonos a los dos conceptos jurídicos que constituyen los ejes del cuestionamiento planteado. Partiendo de un análisis histórico del control difuso como prerrogativa de los órganos jurisdiccionales, aún antes de su consolidación en la jurisprudencia famosa del *Chief Justice* Jhon Marshall, hasta su incorporación paulatina al ordenamiento jurídico peruano, se pretende sentar así, las bases teóricas que permitirán comprender la importancia de su aplicación. Por otro lado, se accede a una necesaria síntesis de las funciones modernas que cumple la administración pública, en una realidad social que requiere la aproximación del Estado hacia los ciudadanos.

Finalmente, se pretende en este capítulo, encontrar sitios comunes entre ambos conceptos: control difuso y administración pública. Veremos, hasta qué



punto, prerrogativas pensadas en principio únicamente para los fueros judiciales, impactan positivamente en la función moderna de la administración pública.

## 1 Antecedentes sobre el sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa o control difuso.

El estudio orientado al esclarecimiento de los orígenes del control difuso está muy ligado también al estudio de la evolución del principio de legalidad y la aparición de constitucionalismo. Ello nos obliga al análisis previo del contexto político de la Europa de fines del siglo XVIII, en el que aparecerán los conceptos de separación de poderes, administración pública, principio de legalidad<sup>1</sup>, entre otros, como ideas que contribuirán al debilitamiento de la figura del monarca en su aspecto de supremo legislador. Como consecuencia de ello, en paralelo se observará un fortalecimiento de la función legislativa del parlamento y del producto de la actividad parlamentaria: la ley, en tanto expresión de la voluntad popular.

### 1.1 Orígenes. Del Estado Legal al Estado Constitucional.

El camino hacia el constitucionalismo, que es la base teórica para comprender el desarrollo de la doctrina del control difuso de las normas, es un

<sup>1</sup> Sobre la incipiente limitación al poder monarca, se afirma: “Con el 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»”. Cita tomada de: BULLARD GONZALEZ, Alfredo y César HIGA SILVA.

2007 “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. En: CARPIO MARCOS, Edgar y Pedro GRANDEZ CASTRO (editores). *Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*. N° 1. Lima, Palestra, p. 26.

recorrido con varias estaciones. Sin embargo, una de ellas, quizá la más importante en cuanto a entender sus orígenes, es el momento de la historia en que se da el apogeo de las ideas liberales que alimentaron las revoluciones francesa y americana. La consagración de las libertades fundamentales individuales y la potente carga ideológica del pensamiento rusioniano<sup>2</sup>, desencadenaría una corriente parlamentarista que se extendió en la mayor parte de Europa. El pensamiento común de la época es el de sacralizar la labor del parlamento, visto como el ente liberador de la opresión vivida con las monarquías absolutas de antaño<sup>3</sup>. Al respecto, Bustamante Alarcón señala: “El liberalismo y constitucionalismo primitivo de la Europa de la revolución francesa, tenían una gran fe en la ley. No desconfiaban del legislador, sino del juez, por ser el servidor del Monarca en el Estado Absoluto.”<sup>4</sup>

Es el nacimiento y consolidación del Estado Legal de Derecho, y de otros conceptos jurídicos asociados al modelo, como por ejemplo, el principio de legalidad y el Derecho Administrativo. Al respecto García de Enterría señala 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

<sup>2</sup> Rousseau afirmaba “...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” Citado por:

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.

s/a “La Administración Pública y la Ley” En: *Thémis. Revista de Derecho*. N.º 40, p. 230.

<sup>3</sup> Al respecto Fernández Segado comenta: “...Así mientras en las colonias inglesas de Norteamérica el Parlamento inglés aparecía como el gran opresor, siguiéndole en tal papel el Rey y su gobierno; por el contrario, a las jueces y Tribunales de dichas colonias correspondía el rol de la liberación. En Europa, en cambio, la situación era diametralmente opuesta. El Monarca era el tirano, asistido por sus jueces, y precisamente por ello, la liberación había de ser la tarea de los Parlamentos, en su calidad de órganos representativos del pueblo”. En:

FERNANDEZ SEGADO, Francisco.

1997 “Evolución histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad”. En: Dykinson y otros (editores). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid, pp. 58 y siguientes.

<sup>4</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo:

2002 “Control Difuso y Administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?” En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LII, N° 41, Diciembre de 2002, p. 45.

completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente en virtud de la Ley se puede exigir obediencia.”<sup>5</sup>

La receptación de la ideología del “imperio de la Ley” tuvo distinto devenir en uno y otro continente. Así, en Francia los derechos de los ciudadanos estarían cautelados por el Parlamento a través de una legislación ordinaria, en tanto que en Norteamérica, se va forjando una Ley Superior inspirada en los derechos naturales del hombre y con mayor jerarquía respecto de la legislación ordinaria del Congreso. Mientras que en Europa, las leyes constitucionales francesas de 1875 que establecen el comienzo de la *Troisième République* no hacen sino ratificar la idea de la Constitución como una norma ordinaria que vincula al poder legislativo, y por el lado inglés se fortalece la tradición jurídica del *common law* que es un concepto alejado del derecho escrito y por ende de la tradición constitucional como hoy se conoce; en Norteamérica la situación fue totalmente opuesta<sup>6</sup>, y se pensaba ya en una norma superior, que recoja todas la revaloración de las libertades del hombre y que al mismo tiempo limite el actuar de todos los poderes del Estado. Este paso faltante hacia la consagración del Estado de Derecho, se lograría años más tarde con la aparición del Estado Constitucional de Derecho (abandonando el Estado Legal de Derecho, que privilegiaba a la Ley como norma soberana), cuya característica principal radica en el reconocimiento de la Constitución como norma suprema y no solamente como una declaración de libertades y derechos. El constitucionalismo trae consigo el principio de separación de poderes, como una de las garantías, básicas e intrínsecas, de supervivencia de la Carta Suprema. Se van forjando así, las teorías sobre el “control de la constitucionalidad”; y todos los poderes del Estado, principalmente el

---

<sup>5</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.

1996 “*Democracia, Jueces y Control de la Administración*”. Segunda edición, Editorial Civitas, p. 40.

<sup>6</sup> Al respecto, BULLARD y HIGA comentan: “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.” BULLARD GONZALEZ, Alfredo y César HIGA SILVA, Op. cit., pág. 28.

legislativo, judicial y ejecutivo, definen sus propios roles con arreglo a la constitución. El primero, en su papel de portavoz de la voluntad popular a través de la representatividad que supone la elección de los miembros que integran las cámaras, asume la labor de creación legislativa con arreglo a la norma constitucional. El segundo, asumirá el monopolio de la justicia. Los tribunales deberán garantizar la creación de una jurisprudencia arreglada a la ley y a la constitución, para cumplir con los fines de heterocomposición que le fueron encomendados. Finalmente, el poder ejecutivo a través de todos los estamentos de la administración pública, asume una doble función: reglamentar y administrar bajo los parámetros concedidos por la norma suprema.

En este proceso de “constitucionalización” del Estado, sin lugar a dudas, cobra suma importancia el aporte del sistema jurídico norteamericano, al consagrar el principio de supremacía de la Constitución, por primera vez y de manera expresa, en un texto constitucional. En palabras de Bustamante Alarcón: “La concepción de la Constitución como norma suprema, se la debemos, sin duda, al constitucionalismo norteamericano, constituyendo no sólo una de sus grandes contribuciones al Derecho, sino el fundamento último de la noción de la justicia constitucional.”<sup>7</sup>

En esta etapa del desarrollo del constitucionalismo norteamericano, debe señalarse que la textualización del principio de supremacía de la Constitución, en la Carta Magna, junto con la limitación de los poderes del Congreso norteamericano y la tradición del *common law*, era todo lo que se había podido avanzar en cuanto a mecanismos de protección de la jerarquía de la Constitución.

Culminada esta breve reseña, corresponde analizar la evolución histórica de los mecanismos de control constitucional, con incidencia en el impacto que

---

<sup>7</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Op. cit., pág 39.

tuvo la evolución de la “justicia constitucional americana” o *judicial review*, en los distintos regímenes constitucionales del siglo XX, con una breve mención al célebre caso judicial Marbury vs. Madison, que constituyó un acto de ejecución del principio de supremacía de la Constitución, por el cual prácticamente se aniquiló nada menos que una norma legal federal como consecuencia de una advertida inconstitucionalidad, marcando un hito en la historia del Derecho contemporáneo y subsistente hasta nuestros días.

## 1.2 Evolución histórica.

En la doctrina especializada en justicia constitucional se pueden encontrar dos posiciones acerca del desarrollo y evolución del control difuso normativo con las características que hoy le conocemos. Un sector de la doctrina ubica esta institución en la *judicial review* propia del constitucionalismo norteamericano, encontrando bases históricas remontables a los tiempos del *common law* inglés y su supremacía sobre las leyes formales del Parlamento. Memorable es el caso Bonham de 1610, resuelto por el juez Coke en el que este magistrado opta por considerar nulo un acto del Parlamento contrario al sentido común o a la razón, precisando que en estos supuestos, el *common law* sancionará con nulidad tales actos. En esta corriente de opinión, siglos más tarde el *leading case* resuelto por el Juez John Marshall se convertirá en la máxima expresión de la *judicial review* norteamericana.

Por otro lado, un sector importante de la doctrina, sin desconocer los argumentos históricos que explican el constitucionalismo americano y la *judicial review*, complementan el discurso sobre el origen del control difuso, con el análisis sobre la aparición del Estado Social y Democrático de Derecho, como modelo sucesor del Estado Liberal, en tanto que supone un modelo que posibilita el goce efectivo y pleno de los derechos individuales y colectivos. En

esta corriente, los derechos fundamentales plasmados en la Carta Magna adquieren una gran relevancia y la inviolabilidad de los mismos es garantizada por mecanismos de control de constitucionalidad a todo nivel.

### 1.2.1. Evolución del control difuso en el Derecho Comparado.

#### a) Estados Unidos de Norteamérica:

Probablemente la cuna del control constitucional en el más estricto sentido, toda vez que registra con el expediente *Marbury vs. Madison*, el primer caso de inaplicación de una norma legal por preferirse frente a ella, la norma constitucional.

Si bien es cierto, ya anteriormente, durante la etapa colonial, existía instaurada la costumbre en los tribunales americanos de inaplicar leyes de las Asambleas coloniales, apelando a la jurisprudencia de los Tribunales superiores ingleses, lo que siguió durante los primeros años de Independencia, incluyendo la Convención Constituyente de 1787, fue la consagración del principio de supremacía de la Constitución por sobre la legislación de los Estados Federados, tal como se verifica en el artículo VI, párrafo 2 de la Constitución de 1787, en lo que se conocerá como la “cláusula de supremacía”:

*Art. VI, párrafo 2: Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que se sancionen conforme a ella, y todos los Tratados firmados o por firmar bajo la autoridad de los Estados unidos, conformarán la Ley Suprema de la Nación; y los Jueces de cada Estado estarán subordinados a ella, independientemente de cualquier disposición contraria de la Constitución o de las Leyes de cualquier Estado.<sup>88</sup>*

<sup>88</sup> Citado por BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Op. cit. p. 40

De esta manera, el sistema jurídico norteamericano incorpora formal y expresamente, como característica propia, la doctrina de la supremacía de la Constitución, y abre las puertas al control jurisdiccional de la constitucionalidad normativa.

La literatura jurídica de la época también se encargaría del estudio de esta institución y es el economista y abogado norteamericano Alexander Hamilton quien, a través de sus ensayos conocidos como *Federalist Papers*, se encargaría de la defensa del nuevo rol de la judicatura norteamericana, atribuyéndole a los jueces el deber de velar por la defensa de la Constitución por sobre toda otra norma que se encuentre en conflicto con aquella.

Llegamos así al año 1803 y retomamos el célebre caso *Marbury vs. Madison*, resuelto por el Juez John Marshall, que tiene la particularidad de originarse en una situación de rivalidad entre republicanos y federalistas, durante el período de iniciación del gobierno del Presidente republicano Thomas Jefferson, quien ordena a su Secretario de Estado, el señor Madison, a no facilitar la entrega del *writ of mandamus* (credencial otorgada a los jueces para ejercer la judicatura) al ciudadano William Marbury, que fuera designado por el cesante Presidente John Adams del partido federalista, para ejercer el cargo de Juez de Paz. Esta designación sería ratificada por el Congreso y ante la negativa del señor Madison de brindar las facilidades del otorgamiento de la credencial, el señor Marbury recurre al Tribunal Supremo presidido por el *Chief Justice* Marshall y sustenta su demanda en la sección decimotercera de la Ley Judicial de 1789, aprobada por el Congreso norteamericano. El Juez Marshall estimaría que la mencionada norma legislativa, que confería al Tribunal Supremo la facultad de otorgar *writs of mandamus*, contravenía la Constitución toda vez que dicha facultad no había sido contemplada para el Tribunal, en el

texto de la Norma Suprema y por lo tanto, siendo que una Ley contraria a la Constitución no es Ley, los tribunales no están obligados a cumplirla.

Al respecto, Bullard señala:

*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.<sup>9</sup>*

La interpretación que realizó el Juez Marshall se basó estrictamente en el principio de jerarquía normativa, pero para ello, era necesario reforzar la fuerza normativa de la Constitución norteamericana, como en efecto hizo. Ello significó una innovación considerable en la corriente constitucionalista que luego se expandiría por todo el mundo, y cuyo apogeo se mantiene vigente.

b) Europa.

Desde este continente llegaron las críticas más severas a la *judicial review* americana, argumentando que esta institución lo que hacía era establecer el “gobierno de los jueces”, quienes a través de la jurisprudencia, podían proponerse desestabilizar el régimen político de cada Estado, atentando contra el equilibrio de poderes necesario para la gobernabilidad.

Sin embargo, este discurso perdería vigencia en los años posteriores a la postguerra. La primera guerra mundial había dejado en Francia solamente, más de un millón de vidas perdidas y una situación económica extremadamente complicada, y ello condujo a la reflexión sobre la importancia de la limitación del poder para asegurar convivencias pacíficas. No era

<sup>9</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo y HIGA SILVA, Cesar. Op. cit., p. 29.



solamente la necesidad de contar con una Constitución, esta vez se pensaría en la importancia de contar con una Constitución con fuerza normativa por sí sola. Es el momento en que aparecen juristas adscritos al positivismo jurídico, como Hans Kelsen y el discurso –novísimo para Europa- de la estructura piramidal que representa a la jerarquía de las normas, teniendo a la Constitución representada como la cumbre de la pirámide.

El cambio finalmente ocurrió en la postguerra de 1945 en adelante, pero ello no significó la adopción de la *judicial review* americana en todos sus términos. Era un hecho fáctico y verificable que los principios de supremacía del Parlamento y de separación de poderes, quedaban todavía muy arraigados en la concepción ideológica europea. El giro hacia el control de constitucionalidad no se daría en términos de encargar al poder judicial dicha función, sino que se optaría por la creación de organismos públicos independientes de cualquiera de los poderes del Estado, en los cuales se concentraría, de manera exclusiva, la facultad de sancionar la inconstitucionalidad de las normas. Esta corriente marcaría la aparición de los Tribunales Constitucionales y con ello, el sistema de control concentrado de constitucionalidad.

Sin embargo, se señalan también, razones adicionales que coadyuvaron a la consolidación de los Tribunales Constitucionales en Europa. Bustamante Alarcón señala:

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

*normativa. Se habla así de una “jurisdicción constitucional de la libertad”<sup>10</sup>*

c) Países de Iberoamérica.

Tras la segunda guerra mundial se produce una revaloración de los derechos fundamentales de la persona, a nivel mundial. Las constituciones políticas de los países iberoamericanos, que fueron fruto de asambleas constituyentes convocadas durante este período, presentan una incidencia en el tema de derechos fundamentales y contemplan mecanismos constitucionales para la defensa de los mismos. El fortalecimiento de los Tribunales Supremos y Tribunales Constitucionales, se traduce en el desarrollo de la doctrina de las Garantías Constitucionales y también por supuesto, de facultades de control de constitucionalidad, ya consagradas en el máximo nivel jerárquico de las normas.

En la actualidad, la institución del control difuso ha sido acogida en la mayoría de países de esta parte del mundo. Algunas realidades muestran un control difuso a ultranza, muy fiel al estilo de los orígenes norteamericanos, mientras que en mayor número, son las Constituciones que contemplan mecanismos de consulta e incidentales al interior de los pleitos judiciales privados, que posteriormente serán derivados a las Cortes de mayor jerarquía.

En España, señala Fernández Segado:

*La Constitución de 1978 dedica su Título IX al Tribunal Constitucional, introduciendo un modelo de jurisdicción constitucional concentrada que se inspira en el sistema germano-federal, y que por ello mismo,*

<sup>10</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. Op. cit., pág. 49.

*incorpora elementos característicos del modelo de jurisdicción constitucional difusa, en la línea que hoy tiende a expandirse, de progresivo entrecruzamiento entre ambos modelos.<sup>11</sup>*

En América del Sur, coexisten diversos modelos de control de constitucionalidad. La Constitución Argentina vigente, al igual que la anterior (Constitución de la Nación Argentina de 1949) permite el control difuso, aunque no expresamente en el texto constitucional. Lo hace a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema, y al respecto, el jurista Bidart Campos, en ocasión del estudio de la Constitución de 1949, señalaba:

*La jurisdicción constitucional en su real dimensión tal como la muestra el derecho constitucional material, no cuenta con normativa expresa en la Constitución formal. Únicamente hace pie en la cláusula que, dentro de las competencias del poder judicial federal del art. 100 prescribe que entre las causas de conocimiento y decisión de sus tribunales se hallan las que versan sobre puntos regidos por la Constitución. De ahí en más, han sido las leyes reglamentarias, y la nutrida jurisprudencia de la Corte, las que han diseñado prolijamente nuestro sistema de control constitucional. En la medida en que éste indudablemente existe, damos por verdad que en Argentina hay jurisdicción constitucional, pese a no existir un sistema concentrado en un órgano único y específico.<sup>12</sup>*

Costa Rica tiene control difuso vía incidental tanto en sede administrativa como en sede judicial, además de contar con un sistema de consulta de constitucionalidad. Muy similar es el caso panameño, que también cuenta con un sistema de consulta que se eleva a la Corte Suprema, con la particularidad que esta Corte no puede conocer de oficio, sino que tiene que mediar una acción, consulta o incidente de constitucionalidad (art. 206 de la Constitución).

<sup>11</sup> FERNANDEZ SEGADO, Francisco.

1992 “El Sistema Constitucional Español”. En: *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Editorial Dykinson. Madrid: 1992, pág. 518

<sup>12</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.

1992 “El Sistema Constitucional Argentino”. En: *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Editorial Dykinson. Madrid, 1992, p. 84.

Existen regímenes de mayor rigidez como el caso paraguayo (Jurisdicción Constitucional reservada a la Corte Suprema de Justicia) y como el caso chileno. La Constitución chilena de 1980, incluidas sus múltiples reformas constitucionales, en la actualidad contempla un sistema de control que bien pudiera llamarse “concentrado” en la medida que únicamente el Tribunal Constitucional puede resolver la inaplicación de normas para casos concretos que son planteados ante un tribunal ordinario o especial (art. 93 de la Constitución), ya sea a pedido de parte o del propio magistrado que conoce la gestión. Está prevista también la medida de suspensión del proceso, evaluada y decidida por el Tribunal, hasta que se resuelva el incidente.

Guatemala cuenta con una Corte de Constitucionalidad, cuyas funciones son descritas en el art. 272 de su Constitución, y entre tales funciones figura la de conocer en vía de apelación las impugnaciones de inconstitucionalidad planteadas en cualquier instancia y en casación.

Finalmente, la Constitución venezolana de 1999, merece una mención aparte toda vez que consagra un sistema mixto de control de constitucionalidad, muy parecido al acogido por el ordenamiento jurídico peruano. Se trata de un control difuso que puede ser ejercido por todos los tribunales de la República en cualquier causa que se les presente, tal como lo establece el artículo 334. Pero además, convive en este sistema, el Tribunal Supremo de Justicia, encargado de resolver las acciones de inconstitucionalidad contra normas de alcance general.

### 1.2.2 Desarrollo del control difuso en el ordenamiento jurídico peruano.

Una vez más, apelamos a la lógica que expresa: no es posible conocer el fenómeno del control difuso en el Perú, sin conocer previamente el desarrollo del constitucionalismo en nuestro país. Esta es una brevísima reseña de ello:

a) Orígenes y fuentes del constitucionalismo en el Perú.

A lo largo de nuestra historia republicana, como es sabido, el Perú albergó una cantidad abultada de procesos de renovación constitucional y sendas asambleas constituyentes. Si bien el siglo XIX nos deparó Constituciones inspiradas en las ideas liberales de la época, el siglo siguiente nos traería las primeras Constituciones de contenido menos ideológico, pero con un acentuado constitucionalismo proveniente de la Europa continental de las posguerras.

Para cuando se promulgó la Constitución peruana de 1933, resultaba muy claro, que la influencia provenía de las Constituciones española y francesa, principalmente. Respecto de dicha Carta Magna y de la que le sucedió en 1979, García Belaúnde comenta:

*[...] Más tarde en la década de 1930, se nota la presencia de la Carta de Weimar y la de la II República Española. Para la vigente Constitución de 1979, se pueden advertir fundamentalmente la presencia del constitucionalismo europeo de la segunda posguerra (en especial España, Alemania, Francia e Italia) los documentos internacionales de los derechos humanos, y algunos aspectos aislados de ciertas constituciones latinoamericanas (México, Venezuela, Ecuador)."*<sup>13</sup>

Siendo innegable la influencia del constitucionalismo europeo en la elaboración y diseño de nuestras Constituciones, cabe analizar las

<sup>13</sup> GARCIA BELAUNDE, Domingo.

1992 "El Sistema Constitucional Peruano". En: *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Editorial Dykinson. Madrid, 1992, p. 698.

características de este modelo de organización político-jurídica, que estaba siendo receptado por nuestros legisladores constitucionales.

Fernández Segado nos hace referencia a tres tipos de constitucionalismo que pudieron advertirse en la España de los siglos XIX y XX, que resultan ser correlatos de la coyuntura política que vivió toda Europa. Así, logra identificar un constitucionalismo liberal (1812-1868), el constitucionalismo democrático (1868-1931) y el constitucionalismo social (1931-1936), con la salvedad que el año 1936 representa el inicio de período franquista (“eclipse constitucional” lo llama el autor) que culminará con el período de transición que se da entre los años 1975 y 1978; específicamente con la promulgación de la Constitución de 1978, siendo éste un cuerpo normativo que continúa con el modelo de “constitucionalismo social” iniciado con la Constitución de 1931. Precisamente, sobre la Constitución española de 1978, el mencionado jurista expone:

*[...] que entroncando parcialmente con la de 1931, ha supuesto la culminación de ese período que hemos denominado del “constitucionalismo social”, a través de la institucionalización de un Estado social y democrático de derecho cuya meta última es el logro de una “sociedad democrática avanzada”, que ha de apoyarse necesariamente en un orden económico y social justo.”<sup>14</sup>*

Con la elaboración de la Constitución peruana de 1979, tal como se dijo, se importó entre otras ideas, el afianzamiento del *constitucionalismo social* español (que es el europeo, vale decir lo mismo) de la época y recientemente consagrado en la Constitución española de 1978, y que es al que hacemos referencia en el párrafo anterior; es decir, aquél que definía al Estado como la vía para lograr desarrollo a la par de condiciones justas de vida.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit, pág. 354.

<sup>15</sup> Sobre el constitucionalismo social, Fernández Segado opina: “Las Constituciones que surgen a partir de 1919 aparecen transitadas por un conjunto de rasgos radicalmente novedosos que Adolfo Posada resumiría en la transformación social de régimen constitucional, que en su sustancia, se orientará en una doble dirección: a) El acomodo de las Constituciones a las nuevas exigencias resultantes de la creciente complejidad de la vida social, de modo tal que se creen un mínimo de condiciones jurídicas que permitan

García Belaúnde agrega, sobre la Constitución peruana de 1979 y su vinculación con el constitucionalismo *social* europeo:

*Todo lo anterior ha sido objeto de un lento desarrollo a lo largo de ciento setenta años de vida republicana, que culminan, por así decirlo, con la vigente Constitución de 1979, que representa, en relación con nuestro pasado constitucional, una tradición y una ruptura. Tradición, puesto que recoge lo básico de nuestra herencia doctrinaria liberal, con aditamentos; y ruptura, porque va mas allá e incorpora normas, principios e instituciones que aparecen tan solo en las últimas décadas del constitucionalismo contemporáneo.*<sup>16</sup>

Si bien es cierto, el componente *social* ya podía advertirse en las Constituciones peruanas de 1920 y 1933, la Constitución de 1979, no solamente define al Estado Peruano como una “República democrática y social” (artículo 79), sino que consagra deberes para un Estado protector de los derechos individuales y colectivos. Por ello, y como corolario de esta parte de la investigación, no debe dejar de advertirse que, las reminiscencias del liberalismo moderno, el constitucionalismo social español, el desarrollo de la doctrina de los Derechos Humanos y también –pero no menos importante- la asimilación del modelo económico conocido como Economía *Social* de Mercado, confluyen en esta Carta Magna de 1979, para activar una serie de mecanismos político-legales eficientes, que coadyuven a asegurar la vigencia de los derechos y principios consagrados en la propia Constitución. Uno de ellos, y es el que nos ocupa en este trabajo de investigación, tiene que ver directamente con el control difuso como mecanismo eficiente -respuesta

---

asegurar la independencia social del individuo, y b) La incorporación al régimen constitucional, como factores institucionales del mismo, de las fuerzas que integran el ser vivo de la sociedad. En el plano jurídico-constitucional, esta doble orientación se traducirá en aspectos tales como: la primacía formal de la constitución y **el control de la constitucionalidad de las leyes; las tendencias sociales de la declaración constitucional de derechos; la limitación, en nombre del interés social, de ciertos derechos individuales; la concreción de un amplio instrumental de garantías jurídicas en relación con esos mismos derechos;** la racionalización de los mecanismos propios del régimen parlamentario, y el efluvio de las instituciones características de la democracia directa o semi-directa.” (resaltado nuestro).

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. Op. cit, pág. 363.

<sup>16</sup> GARCIA BELAUNDE, Domingo. Op. cit, pág. 699.

inmediata- del juez de cualquier instancia, para inaplicar, en un caso concreto y con efecto interpartes, toda aquella norma que, estando invocada como solución a la controversia discutida, resulta desechable por contener vicio de inconstitucionalidad. Esta facultad quedó recogida en el art. 236 de la Carta Magna de 1979.

En la vigente Constitución Política de 1993, la apuesta *formal* por un constitucionalismo social de avanzada tiene fundamentos próximos al modelo económico consagrado en el artículo 58 como “economía social de mercado”. Es por ello que algunos especialistas han calificado de “Constitución Económica” a todo aquél marco jurídico fundamental que establece los lineamientos de la política económica del país y que en la Carta Magna de 1993 ocupa el Título Tercero con treinta un artículos, pero que debe ser analizado en conjunto con los demás artículos que contienen disposiciones específicas sobre temas de derechos laborales y regulatorios, por ejemplo<sup>17</sup> y que se encuentran esparcidos en el resto del texto constitucional. En armonía con estas tendencias, el artículo 43 de la Constitución define a la República del Perú como “democrática y social”, en clara alusión al Estado Social y Democrático de Derecho, como modelo estadual elegido. En este punto cabe advertir que, en un análisis sistemático -aunque como innovación no resalta respecto de la Constitución de 1979- la vigente Constitución guarda notable

---

<sup>17</sup> En opinión de algunos juristas, la Constitución vigente toma opción por los regímenes neoliberales, que de forma colateral aparentemente menoscaban el ejercicio de otros derechos fundamentales y requieren de políticas desregulatorias, o en todo caso, la promoción de agencias independientes del aparato ministerial. Al respecto, Bernalles comenta: “Además, un aspecto a subrayar es que la orientación económica de la Constitución, definida en los párrafos anteriores, se ratifica al hacer una primera comparación entre las disposiciones de este Capítulo con el que se ocupa de los derechos económicos y sociales, visiblemente restringidos por el texto constitucional. Un claro ejemplo de ello es el tema de la estabilidad laboral, que en la Carta de 1979 era reconocido como un derecho y que la nueva Constitución, fiel a sus principios dogmáticos en el campo de la economía, ha borrado de un solo tirón. Adicionalmente, está (sic) orientación privatista de la Constitución que ha sido radicalmente asumida por el gobierno que la promovió, rebasando –inclusive- las propias previsiones constitucionales. Por otro lado, un factor concurrente con la nueva orientación constitucional en materia económica es el referido a la reforma del Estado que, por la materia en que está siendo enfocada, está quitando importancia a los ministerios y relativizando el propio régimen político.” En:

BERNALES BALLESTEROS, Enrique.

1999 “La Constitución de 1993. Análisis Comparado”. Editora Rao. Lima, 1999, p. 347.



concordancia entre los conceptos que acoge (algunos ya citados como la economía social de mercado, República Democrática y Social) y los mecanismos de control de constitucionalidad que prevé para el ejercicio pleno de los derechos individuales y colectivos, conformando así un concepto al que el propio Tribunal Constitucional ha denominado “democratización del Estado”<sup>18</sup>. En estas instancias de la investigación surgen los cuestionamientos a la actividad del Estado en cuanto a su función de administrador – lo cual analizaremos más detenidamente en los capítulos siguientes- y solucionador de conflictos. Cabe preguntarse si un Estado que consagra el control de la supremacía de los derechos fundamentales y de los preceptos constitucionales, con cargo a todos los tribunales judiciales, es más “social y democrático” que otro Estado que solamente contempla sistemas concentrados de control constitucional. En la búsqueda de estas respuestas, sin duda es muy importante identificar los alcances del nuevo rol del Estado social, ante una sociedad que requiere cada vez más, la desconcentración de las facultades jurisdiccionales, en tanto que se pueda garantizar que este proceso pueda replicar las garantías que ofrece el poder judicial, en términos de debido proceso e imparcialidad, por ejemplo.

b) Actualidad del control difuso en la normatividad vigente.

Nuestra actual Constitución Política nuevamente acoge el sistema dual o mixto de control de constitucionalidad; es decir, que contempla la coexistencia de un sistema de control concentrado, ejercido desde el Tribunal Constitucional a través de la Acción de Inconstitucionalidad, la Acción Popular y el conocimiento de procesos en calidad de última instancia; y simultáneamente está admitido el control difuso como deber y potestad de los Jueces en general.

---

<sup>18</sup> Fundamento 13, inciso “c”, de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0008-2003-AI.

Respecto del control difuso, se puede encontrar el antecedente más remoto en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936<sup>19</sup> y posteriormente en el artículo 236 de la Constitución de 1979. Actualmente esta potestad está recogida -prácticamente en los mismos términos que su antecedente de 1979- en el segundo párrafo del artículo 138 de la Carta.<sup>20</sup>

A nivel de leyes, el control difuso figura en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley N° 28237, publicada el 31 de Mayo de 2004 y entrada en vigencia desde el 01 de Diciembre del mismo año. Su texto es el siguiente:

*Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: “Control Difuso e Interpretación Constitucional:*

*Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.*

*Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.*

*Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.*

Como se puede apreciar, el segundo párrafo de este artículo citado, contiene una limitación al ejercicio del control difuso por parte de los órganos jurisdiccionales, y ésta consiste en el efecto vinculante que poseen las resoluciones del Tribunal Constitucional que establecen interpretaciones que confirman la constitucionalidad de una norma. Aunque esta disposición contiene en su texto un mecanismo no contemplado en el enunciado del artículo 138 de la Constitución -además de imponer una limitación- lo que

<sup>19</sup> Art. XXII del Código Civil de 1936: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”.

<sup>20</sup> Art. 138 Constitución Política del Perú: “... En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

implícitamente se postula es la consideración del Tribunal Constitucional como intérprete auténtico de la Carta Magna. A pesar de ello, nuestro sistema a nivel legal, contempla algunas otras disposiciones orientadas a la vigilancia de la constitucionalidad de los fallos, con cargo la actividad de la Corte Suprema; tal es el caso de las normas que regulan el procedimiento de consulta que realizan los jueces ordinarios, con ocasión de la inaplicación de una norma por aparente inconstitucionalidad. Este procedimiento se encuentra regulado en el artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, promulgado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, publicado el 02 de Junio de 1993, que señala:

*Art. 14: (...) Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.*

*En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.*

*Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.*

En términos casi idénticos, este artículo fue también recogido por el artículo 3° del Código Procesal Constitucional<sup>21</sup> (modificado por la Ley N°

<sup>21</sup> Art. 3: “Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley”.

28946 publicada el 24 de Diciembre de 2006) con ocasión de establecer la actuación de los magistrados en los Procesos Constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Cumplimiento.

De esta manera, hemos pretendido resumir el proceso de formación y consolidación de la institución del control difuso en el ordenamiento jurídico peruano a través de las últimas décadas, a fin de obtener un panorama sobre sus orígenes, influencias y regulación actual; y que ello nos proporcione las herramientas suficientes para comprender su vinculación con el Derecho Administrativo nacional, en la búsqueda de una interpretación sobre los nuevos roles de la administración pública.

## 2 El Control Difuso en la Administración Pública.

En la búsqueda de un marco teórico para este trabajo de investigación, resulta imprescindible desarrollar algunos conceptos vinculados al Derecho Administrativo, y propiamente, a la Administración Pública, en tanto que ésta se convierte de alguna forma, en el sujeto de nuestro estudio, por ser el campo de acción en el que se instalan todos los cuestionamientos sobre los alcances de sus potestades.

### 2.1 El Control Difuso y las Funciones de la Administración Pública.

2.1.1 Alcances sobre el principio de legalidad administrativa y el concepto de Administración Pública.

---

Conforme al numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), el Principio de Legalidad determina el actuar de la Administración Pública de la siguiente manera: "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."<sup>22</sup>

Si bien es cierto, la norma mencionada está enunciada en términos de "autoridad administrativa" como destinatario del régimen de limitación de poderes y facultades impuesto por el principio de legalidad citado; debe entenderse extensible a todos los funcionarios y servidores públicos del aparato estatal, tal como lo hace, por ejemplo, el artículo primero del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Entonces, para entender plenamente las relaciones entre el Principio de Legalidad Administrativa y la Administración Pública, previamente debemos aclarar estos conceptos. Ahora, cabe el planteamiento de una definición preliminar: ¿Qué entendemos nosotros por Administración Pública y autoridades administrativas?

Como se advierte, la respuesta puede resultar amplísima y ni aún así explicar en su totalidad, todas las características que le reconoce la ciencia jurídica moderna al concepto de Administración Pública. En cambio, podemos hacer algunas aseveraciones respecto de los alcances de dicho concepto, a modo de evaluación del desarrollo que ha tenido el mismo en las últimas

---

<sup>22</sup> En ese mismo sentido, ha sido regulado el principio de legalidad administrativa, en el art. I del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, promulgada el 20 de Diciembre de 2007: "Art. I Principio de Legalidad.- Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas. "

décadas. Por ejemplo, se puede decir que antaño se concebía a la administración pública como la parte visible del Poder Ejecutivo, en la cada vez menos vigente concepción del Estado con sus tres poderes o potestades clásicas; pero que con el tiempo este concepto va mutando en la línea de entender a la administración pública como un sistema de herramientas, recursos y normas, orientadas a posibilitar la consecución de los fines del Estado y de los requerimientos de la sociedad. Ello implica replantear su definición, probablemente, en términos de potestades y funciones, más que en esquemas sectoriales.

Para García de Enterría (1923 – 2013), quien fuera el gran maestro español del Derecho Público, convertido ahora en leyenda, la definición de este concepto tiende más a la personificación de la Administración Pública, y en ese sentido señala:

*Para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica. Este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia, como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo. Todas la relaciones jurídico administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y sine qua non del Derecho Administrativo.<sup>23</sup>*

Esta definición, no colisiona con aquellas que se estructuran principalmente en función de las potestades de la Administración Pública, empero, lo que sí debe quedar claro es que esta “personificación” de la misma, reconociéndole formación y expresión de voluntad -a través de sus órganos- en los actos que celebra, otorga cierta preponderancia a la idea de

<sup>23</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNANDEZ, 2000 *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Décima Edición. Editorial Civitas. Madrid: 2000, pág. 30.

representatividad y representantes. En ese sentido, nuevamente el Principio de Legalidad Administrativa –cuyo alcance explicaremos en los párrafos siguientes- adquiere superlativa relevancia, como delimitador natural de dicha representatividad.

Surgen entonces las estrechas vinculaciones entre las potestades y funciones de la Administración Pública (en tanto límites al mandato conferido a los órganos) y el Principio de Legalidad Administrativa, en tanto que aquella encuentra sus propios fundamentos de actuación, en el principio mencionado.

Al respecto García de Enterría señala:

*El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente.<sup>24</sup>*

Sin duda, esta definición, como ya se ha visto en los subcapítulos anteriores, recoge aquella característica del Estado de Derecho, relacionada a la necesaria limitación del poder de la Administración Pública, a través de leyes que fijen expresamente sus potestades y funciones.

Clásicamente se ha comentado sobre la importante y sustancial diferencia entre el Principio de Legalidad aplicado al ámbito privado y el Principio de Legalidad de la Administración Pública, y creemos que resulta pertinente traer a colación dicha diferenciación teórica. Como es sabido, uno de los rezagos más

---

<sup>24</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNANDEZ, op.cit., p. 441

importantes, de los tantos que aportó la Revolución Francesa y las ideas liberales de fines del siglo XVIII, fue la tendencia a enaltecer las libertades individuales inherentes a la condición humana, estableciendo como único límite a ello, la prohibición legal expresa de realizar tal o cual acto. La máxima “Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”<sup>25</sup>, desde entonces, ha sido acogida por diversas Constituciones Políticas en todo el mundo, como un reconocimiento al derecho a la libertad. Sin embargo, en el ámbito del Derecho Administrativo, el Principio de Legalidad ha sido adaptado, de manera que se entienda comúnmente, que la Administración está facultada a hacer, sólo y únicamente, lo que la Ley, de manera expresa le ha autorizado a efectuar. Si todavía cabe la interrogante respecto a los fundamentos de esta reformulación y adaptación del Principio de Legalidad, a un ámbito administrativo, y su diferenciación con su aplicación en el ámbito civil, creemos nosotros que la justificación se encuentra en la doctrina de las Funciones y Potestades de la Administración Pública.

A los efectos de este trabajo de investigación, centraremos por un momento la atención en el estudio de dichas potestades, toda vez que, algunas de ellas como veremos, están estrechamente relacionadas al concepto de “justicia administrativa”, y a su vez, todo este análisis deberá llevarnos a identificar facultades de “control de constitucionalidad” y su adecuación a la regla primera de la Administración Pública, que como ya se sabe, es el Principio de Legalidad Administrativa.

### 2.1.2 Funciones-Potestades de la Administración Pública y Control Difuso.

En opinión de Serra Rojas:

---

<sup>25</sup> Principio acogido en el literal “a” del numeral 24 del art. 2 de nuestra actual Constitución Política, que trata sobre los derechos fundamentales de la persona.



*[...] la función administrativa es la actividad que normalmente corresponde al Poder Ejecutivo, se realiza bajo el orden jurídico y limita sus efectos a los actos jurídicos concretos o particulares, que tiene como finalidad la prestación de un servicio público o la realización de las demás actividades que le corresponden en sus relaciones con otros entes públicos o con los particulares, reguladas por el interés general y bajo un régimen de policía o control.<sup>26</sup>*

Así, se reconocen diversas funciones o potestades en la Administración Pública moderna: Potestades de inspección, potestades sancionadoras, normativas reglamentarias, potestades certificantes, potestades arbitrales, entre otras.<sup>27</sup> Todas estas potestades están adscritas a una función delegada por Ley, en favor de la Administración; esto quiere decir, que se precisa de una atribución legal, expresamente considerada en norma escrita y vigente, que valide la actuación de la Administración, en sus diversas manifestaciones, en tanto que este marco legal es constitutivo de las potestades ya mencionadas, fijando sus alcances y límites.

El Derecho Administrativo ha logrado identificar determinadas potestades clásicas, que detenta toda autoridad administrativa en el desempeño de los roles que le han sido encomendados, las cuales han merecido diversas clasificaciones o denominaciones. Para García de Enterría, una clasificación válida y de mayor vigencia es aquella que subdivide a las potestades en "innovativas" y "conservativas", clasificación que se organiza en función de la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas o por el contrario, en la mera validación y vigilancia de situaciones jurídicas ya

---

<sup>26</sup> Citado por:

MARQUEZ VASQUEZ, Daniel.

2006

“Algunas Reflexiones sobre la Administración Pública y la Justicia Administrativa. La Tutela Judicial Efectiva” En: LOPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coordinador). *Estudios en homenaje a Don Alfonso Nava Negrete en sus 45 años de docencia*. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 124. Consulta: 13 de octubre de 2014. <<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2301/14.pdf>>>

<sup>27</sup> ESTEVE PARDO, José.

2011

*Lecciones de Derecho Administrativo*. Edit. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: 2011, pág. 478.

existentes. En opinión del reconocido jurista, al primer grupo pertenecen las potestades Reglamentaria, Expropiatoria y de Policía; mientras que en el segundo grupo se ubicarían principalmente las potestades de Certificación.<sup>28</sup>

En la doctrina nacional, Guzmán Napurí<sup>29</sup> hace también mención a las potestades y las resume de la siguiente manera:

a) Potestad de Autotutela.- Es la capacidad que detenta la Administración Pública, para efectuar la protección de sus intereses, sin necesidad de recurrir al Poder Judicial ni a otro órgano estatal para tutelar sus propias situaciones jurídicas. Esto determina que los actos de administrativos gocen de ejecutoriedad y ejecutividad; y que en ocasiones, puedan ser anulados por la propia autoridad administrativa en aras del interés general.

b) Potestad Reglamentaria.- Entendida como la capacidad de la Administración, de crear su propia normatividad, bajo los parámetros fijados por la Ley.

c) Potestad Organizativa.- Es la capacidad de crear su propia estructura de organización, su cuadro de jerarquías funcionales, unidades técnicas, etc.

d) Potestad Sancionadora y jurisdiccional.- Lo que permite a la Administración crear, modificar o extinguir determinadas situaciones jurídicas que serán pasibles por los administrados. En la actualidad, es la potestad que sostiene la actuación de los Tribunales Administrativos que se hacen cargo de resolver al interior de los llamados Procedimientos Especiales.

e) Potestad Expropiatoria.- Vista desde la óptica del Principio de Legalidad, únicamente puede expropiarse mediante Ley Expropiatoria emanada del Congreso, sin embargo, a este concepto pueden asociarse las facultades confiscatorias al interior de algunos procedimientos sancionadores, lo cual creemos, desnaturaliza la figura de la expropiación innecesariamente.

<sup>28</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. Op. cit., págs. 443 y 444.

<sup>29</sup> GUZMAN NAPURI, Christian.

2011 Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo. Ediciones Caballero Bustamante. Lima: 2011, pág. 204 y ss.

f) Potestades Discrecionales.- Por ellas se reconoce a la Administración la capacidad de incluir una estimación subjetiva, en el proceso de aplicación de una Ley. Ello se encuentra también regulado bajo ciertos parámetros, como son la existencia misma de la potestad, la extensión de la misma, la competencia para actuarla y el fin público de dicha potestad.<sup>30</sup> Para mayor figuración, debe entenderse el ejercicio de esta potestad en la actividad que realiza la Administración para fijar cantidades asociadas a requerimientos técnicos, por ejemplo, como parte del ejercicio de las atribuciones que le han sido conferidas, ya sea por contar con los recursos técnicos y humanos para ello, en un acto complementario, siempre vía remisión a la norma legal.

Así entendidas las potestades de la Administración Pública, podemos traer a colación para efectos de establecer posibles vinculaciones, el concepto del control difuso, para analizar -con cargo a evaluar su conveniencia o no a lo largo del desarrollo de la investigación- si algunas de las potestades y funciones de las actuales administraciones públicas, constituyen en sí mismas, un campo de aplicación posible, de esta prerrogativa creada en principio sólo para los órganos judiciales.

En una primera aproximación a encontrar respuestas a la cuestión planteada se confirmaría lo sostenido en párrafos anteriores, es decir, que son las potestades jurisdiccionales, aquellas que, gracias al importante desarrollo que han logrado los Tribunales Administrativos -y en general todos los órganos colegiados con capacidad de decidir en última instancia administrativa- en las últimas décadas, abarcan el mayor número de supuestos de aplicación de la prerrogativa del control constitucional normativo. Como se verá en el siguiente apartado, en el decurso del tiempo, y desde la aparición de los primeros órganos colegiados o Tribunales administrativos en el Perú, la tendencia ha ido hacia el otorgamiento de facultades para dirimir controversias presentadas ante

---

<sup>30</sup> GUZMAN NAPURI, Christian. Op. cit. ., pág. 208.

los mismos, por los ciudadanos que inician alguna determinada gestión. A esta actividad, que ha sido delegada en dichos órganos por el ordenamiento legal (principio de legalidad administrativa) para la solución de controversias, se le reconoce la característica de función cuasi-jurisdiccional<sup>31</sup> o “justicia administrativa”. Al respecto, resulta importante revisar el comentario que realiza Bustamante Alarcón:

*En efecto, en el mundo actual la Administración ha ganado para sí un espacio enorme como órganos de solución y prevención de diversos conflictos intersubjetivos que han sido sometidos a su autoridad por el ordenamiento jurídico, así como órgano de sanción de diversas conductas antijurídicas (es el caso por ejemplo, de los órganos administrativos de defensa del consumidor, de la competencia y de la propiedad intelectual, del Tribunal Fiscal, de los órganos supervisores de servicios públicos, etc.) En dichos casos, la Administración ejerce una actividad cuasi jurisdiccional porque resuelve o previene conflictos o impone sanciones, a través de una decisión vinculante u obligatoria que es impuesta a las partes o administrados en el marco de un procedimiento administrativo.<sup>32</sup>*

Aquella sería una primera aproximación, como se dijo, en torno de encontrar un fundamento lógico-jurídico para el ejercicio de facultades similares

<sup>31</sup> Definición que adolece de algunas observaciones, a nuestro modesto entender, toda vez que la jurisdicción así como la competencia, presuponen un “estado” de capacidad y una habilitación para producir o modificar situaciones jurídicas, a través de decisiones que pueden llegar a ser inamovibles, limitadas únicamente por el principio de pluralidad de instancias. En ese orden de ideas, lo “cuasi-jurisdiccional” parece ser un contrasentido, toda vez que alude a una condición que no llegará a ser “jurisdicción” por una característica *per se* de la función, cuando se sabe que aún las decisiones de la última instancia administrativa pueden llegar a configurar situaciones jurídicas definitivas, una vez transcurrido el plazo legal para interponer la demanda en lo contencioso-administrativo, más allá de las discusiones sobre el alcance efectivo que pueda tener una resolución administrativa. Queda claro que, al menos en nuestro ordenamiento legal y respecto de un determinado trámite administrativo iniciado bajo un número de ingreso para su atención, se pueden producir situaciones definitivas a través de una resolución administrativa e incluso configurar un precedente vinculante para las distintas Salas del propio Tribunal. Entonces, hay jurisdicción. Por ello, nos parece más pertinente denominarlo “jurisdicción administrativa” o “justicia administrativa” con los alcances y límites implicados en dicho concepto. Sin embargo, no existe consenso sobre el uso de estas definiciones, e incluso el profesor García de Enterría sostiene: “Hemos de decir rotundamente que no existe tal potestad administrativa jurisdiccional, porque jurisdicción supone neutralidad e independencia en los órganos que la imparten, heterotutela, como ya hemos notado, y validez definitiva (fuerza de cosa juzgada) en lo decidido o ejecutado, notas ambas que no se dan en los fenómenos de tutela ejercida por la Administración. (García de Enterría 2000: p. 520)

<sup>32</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo., op. cit., p. 38.

a las de la función jurisdiccional, como es el caso del control difuso, sin embargo; el análisis permite aún mayores desarrollos.

Para García de Enterría, las aproximaciones entre Administración (no solamente Tribunales Administrativos, sino que comprende a todo órgano capaz de producir un acto administrativo) y Tribunales (aquí la mención alude únicamente al fuero judicial) se explican en función de un sistema de autotutela<sup>33</sup>. Aquella potestad que permite a la Administración “tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *status quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial”<sup>34</sup>, y se distingue de la autotutela privada en tanto que ésta siempre queda a merced del juez, para el control de la legalidad de su uso, en cualquier fase de desarrollo de la conducta de autotutela del privado (p.e. ejecución de garantía prendaria en los ordenamientos que permitan la no intervención judicial), mientras que la autotutela administrativa permite solamente la revisión judicial, una vez que se ha consumado la fase declarativa del acto administrativo (agotamiento de la instancia administrativa).

De manera notable –aunque con propósito final opuesto-, el destacado maestro identifica comportamientos paralelos entre la potestad de autotutela administrativa (Tribunales Administrativos) y la potestad jurisdiccional (fuero judicial), que en opinión nuestra -y dado el papel relevante que han desempeñado los organismos técnicos especializados, en el desarrollo económico nacional- son paralelismos que pueden ser utilizados también para defender la viabilidad de una “jurisdicción administrativa” que comparta las prerrogativas otorgadas a los magistrados, si se demuestra la conveniencia de este sistema redimensionado de autotutela administrativa. García de Enterría

---

<sup>33</sup> Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. Op. cit., p. 505.

<sup>34</sup> *Ibidem.*,

identifica las siguientes “consecuencias de la autotutela”<sup>35</sup> que constituyen acercamientos externos entre la Administración y los Tribunales judiciales:

- a) Una procedimentalización formal de la actuación administrativa: Entendido ello, como el uso de los esquemas del procedimiento judicial, a saber, uso de fases procedimentales, principio de contradicción, etc.).
- b) Actuación escrita y formal.
- c) Resoluciones con suficiente motivación mediante relación de hechos y fundamentación jurídica. Ello implica una “jurisdicción” en sentido material y un desarrollo notable del Derecho y de la capacidad de los juristas.
- d) Semejanza -en cuanto a inmutabilidad- de las resoluciones administrativas que declaran derechos, respecto de las sentencias judiciales. Ello relativizado a la vigencia en uno u otro ordenamiento jurídico, del principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos<sup>36</sup>.

A modo de corolario de esta parte de la investigación, creemos haber cumplido con sentar el marco teórico de todos los elementos que deberán ser considerados en una apreciación sobre la evolución conceptual de estas instituciones jurídicas. Sin duda, cada uno de los aspectos explicados son relevantes debido a la delimitación de cada concepto. Constitucionalismo, Legalidad, Estados Social-Democráticos de Derecho, Potestades de la Administración Pública y Control Difuso, son conceptos que, con alguna referencia coyuntural en determinados casos, deben ser medianamente comprendidos a fin de lograr identificar una tendencia, que armonice con los fines principales –consagrados constitucionalmente- de todo Estado moderno.

<sup>35</sup> Cfr. Ídem, p. 521 – 522.

<sup>36</sup> El autor al cual hacemos paráfrasis, menciona el caso de la doctrina alemana, que nos resulta interesante mencionar, en tanto que un sector de la misma postula la “fuerza de cosa juzgada” de los actos de la Administración.

En la medida de ello, corresponde ahora describir brevemente, la situación actual de los Tribunales Administrativos en el Perú y la interpretación de sus límites de actuación, conforme ha sido desarrollado en la jurisprudencia constitucional nacional.

### 2.1.3 Evolución de los Tribunales Administrativos en el Perú.

*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<sup>37</sup>.*

Con esta cita, que grafica en términos generales, las características que se requerían en las nuevas agencias administrativas que aparecerían a comienzos de la década de los noventa, pasamos a hacer un breve resumen de su evolución.

En primer lugar, debemos identificar a los órganos administrativos que serán objeto de esta reseña. Para efectos del presente trabajo de investigación, solamente haremos mención a los cambios estructurales que se produjeron a partir del gobierno fujimorista, de inicios de mil novecientos noventa, pues resulta evidente que en este periodo es cuando se produce un rediseño de las entidades administrativas y sus competencias.

En términos generales se puede resumir, que la segunda instancia administrativa, con anterioridad a la mencionada década de los noventa, estaba diseminada en todo el aparato ejecutivo del gobierno, específicamente y en muchos casos, como un órgano que formaba parte de la estructura orgánica

<sup>37</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo y HIGA SILVA, Cesar. Op. cit., p. 32.

de algún Ministerio. Se conformaban bajo la forma de Consejos Directivos, Juntas Directorales, Consejos Superiores, y otras denominaciones similares, pero con un elemento común a todos ellos, la falta de independencia funcional. Su conformación típica, contemplaba la participación de más de un representante directo de distintos Ministerios, en tal sentido, la injerencia política era inevitable y prácticamente el desarrollo de la predictibilidad de las resoluciones (que además carecían notablemente de una motivación mínima en sus fundamentos) era nulo. Por ello, la remisión a las particularidades y características que se presentaba en uno y otro caso, no amerita un estudio a detalle, más que la afirmación de que se trataban de Salas en las cuales el componente principal no era precisamente la especialización técnica, ni la formación jurídica notable de sus miembros, sino que en defecto de ello, predominaba la burocratización de los procedimientos y, desde luego, una suerte de clientelismo político afianzado.

Sin duda, la nota disonante en este panorama, corresponde al Tribunal Fiscal, ahora adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, cuya creación en el año 1964, supuso la desactivación del Consejo Superior de Contribuciones y del Cuerpo Consultivo de Aranceles de Aduanas, a los cuales vendría a suplir en su función de última instancia administrativa. Sin embargo, ello no sería el rasgo más importante de esta innovación legislativa. Lo era, el hecho de ser un Tribunal constituido por juristas especialistas en el Derecho Tributario y Fiscal, que además, gozarían por primera vez de la independencia en el ejercicio de sus funciones. Al no “reportar” a ningún ente político de mayor jerarquía, sobre el sentido de sus resoluciones; la institucionalización tuvo un efecto multiplicador, que se apreció, por citar ejemplos, en la motivación de las resoluciones, en el desarrollo de una casuística especializada y en el fortalecimiento institucional en términos generales.

Tuvieron que pasar cerca de treinta años para poder verificar esta tendencia, replicada en otros ámbitos de la potestad administrativa del Estado.



Probablemente, muchos fueron los factores que confluyen en la creación de las primeras instituciones autárquicas encargadas de la composición de pleitos entre privados, pero sin duda, fue el campo de los servicios públicos, aquél que resaltó por su fertilidad, para la germinación de toda una revolución en el sistema administrativo peruano. En una economía –llamada por algunos como neoliberal- social de mercado que alcanzó consagrarse a nivel constitucional y se erigió como el bastión de supervivencia de nuestra economía seriamente golpeada por una hiperinflación y recesión sin precedentes que venía de la década anterior, era imprescindible generar niveles mínimos de riqueza, crear costumbre de consumo, es decir, atraer la inversión privada<sup>38</sup>.

En esta parte, resulta inevitable hacer mención a la aparición del Instituto de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, creado mediante Decreto Ley N° 25868 publicado el 24 de Noviembre de 1992, pues constituye a nuestro entender, la experiencia que sí caló en la conciencia ciudadana y principalmente en la comunidad de juristas y profesionales del Derecho de nuestro país, como una experiencia exitosa de reingeniería del aparato estatal. No era casualidad que el primer paso se diera en el campo de la defensa de las prácticas competitivas de los agentes del mercado. Como se mencionó, la coyuntura económica requería la llegada de capitales privados y a su vez, estos inversionistas requerían un marco legal que garantice mínimamente la no intervención estatal, el respeto a los contratos celebrados con el Estado y reglas horizontales de juego entre competidores. Esto último, tiene que ver directamente con nuestro tema de investigación, pues la competencia entre los agentes del mercado requería a su vez, de mecanismos tutelares de tales reglas, lo cual no debe ser entendido como un

---

<sup>38</sup> Esta etapa corresponde a la promulgación de los Decretos Legislativos: D.Leg. 662 (Otorgan un régimen de estabilidad jurídica a las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías) y D.Leg. 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada), así como el Decreto Supremo 067-91-EF del 27.09.1991, posteriormente elevado a rango de Ley por la [Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Legislativo N° 674](#) mediante el cual se “desmonopoliza” la participación de determinadas empresas del Estado, por ejemplo, en el mercado de transporte ferroviario, comercialización de alimentos, aseguradoras, etc.

“regulador” del mercado, sino estrictamente como un vigilante con funciones de corrección, en los casos en que se adviertan transgresiones a las normas que cautelan la libre competencia. En la búsqueda de esta tutela efectiva, se postula la creación de instancias administrativas con funciones muy semejantes a las jurisdiccionales, capaces -por especialización de la materia- para dirimir controversias en temas de competencia, suscitadas entre los particulares. Pero la actuación del INDECOPI no se limitaría únicamente a temas de competencia, sino que su participación, siempre en términos de Tribunal Administrativo, se extendería a todos los campos relacionados con la Propiedad Industrial, Propiedad Intelectual y Derechos de los Consumidores, como ya es conocido.

Sin embargo, consideramos que la etapa de consolidación de los Tribunales Administrativos se produciría recién con la llegada del nuevo milenio. Mediante Ley N° 27332 promulgada el 29 de Julio de 2000, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se establecen los lineamientos para la conformación de los Tribunales de Solución de Controversias que funcionarán al interior de los Organismos Reguladores de Servicios Públicos. La norma citada, en su artículo tercero, en concordancia con el noveno, establecen la composición y funciones de dichos Tribunales, siendo estas últimas las de “conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados”. Si bien es cierto, que la composición de los miembros de dichos tribunales contempla la participación –en menor cantidad que antes- de representantes del Ministerio del sector, se participa también a la ciudadanía a través de representantes de la misma, al sector regulado e incluso al propio INDECOPI.

En los años posteriores y hasta la fecha, la segunda instancia administrativa, bajo cualquier denominación que le sea atribuida, ha logrado un notable desarrollo técnico-jurídico, y son cada vez más los escenarios

administrativos en los que se verifica su funcionamiento. Mención aparte merecen todas aquellas situaciones en las que la función “jurisdiccional” se evidencia, y es ejercida por Tribunales de hétéro-composición de controversias, como por ejemplo las jurisdicciones arbitrales voluntarias, cuyos laudos sí gozan del carácter de cosa juzgada, y que en algunos casos son organizadas al interior de entidades públicas, lo cual ha merecido algunos cuestionamientos fundados en una suerte de deformación del principio de autotutela administrativa, toda vez que desaparece la vocación de la Administración para tutelar sus propias situaciones, y es sustituida por una hetero-tutela, en la que la Administración tutela el interés de los terceros que acuden a ella, a través de sus Tribunales Arbitrales<sup>39</sup>.

En la actualidad, la legislación positiva se ocupa del tema, a través de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la misma que contiene diversas disposiciones que contemplan facultades de Solución de Controversias, para los Organismos Reguladores, a través de sus Tribunales administrativos (artículo 32.3)<sup>40</sup>.

En esta breve reseña, hemos pretendido graficar la evolución de estos Tribunales de jurisdicción administrativa y proyectar una apreciación sobre su notable desarrollo y las cualidades que actualmente los caracterizan, a modo de ir cavilando si en este estado de cosas, corresponde reevaluar que estas instancias administrativas puedan compartir prerrogativas de control difuso, concedidas en principio al fuero judicial únicamente.

2.2 Tratamiento del control difuso en sede administrativa en la jurisprudencia nacional.

---

<sup>39</sup> Cf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. Op. cit., p. 518.

<sup>40</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA

2007 *Ley N° 29158. Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. 20 de Diciembre.*

### 2.2.1 Antecedentes.

Las primeras resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional, pronunciándose sobre el control difuso por parte de la Administración, datan del año 2003<sup>41</sup> (respecto de su fecha de publicación), y en las mismas ya se establecía alguna posición denegatoria, respecto a la posibilidad del ejercicio de la mencionada prerrogativa.

Inicialmente se puede identificar con cierta claridad una primera etapa que corresponde a una posición restringida del Tribunal, el cual asume una interpretación literal del texto constitucional, es decir, con el conocido control mixto de constitucionalidad (concentrado a través del propio Tribunal Constitucional y difuso a través de los órganos judiciales). En esta etapa está fuera de toda posibilidad, la admisión de la teoría del control difuso en sede administrativa. Tal es el caso de la sentencia 007-2001-AI/TC publicada en el diario oficial El Peruano, el primero de febrero del año 2003, sobre una acción de inconstitucionalidad originada en el actuar de una municipalidad distrital que decide inaplicar una ordenanza emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima. El Tribunal es muy claro en señalar en esta oportunidad que la facultad de inaplicación está reservada, como lo establece el artículo 138 de la Constitución Política, a los jueces, al Jurado Nacional de Elecciones y al propio Tribunal Constitucional.

Con algunos matices, se sucederán sentencias similares del Tribunal Constitucional, como es la sentencia recaída en el expediente 010-2001-AI/TC de fecha dos de noviembre del 2003, en la que el Tribunal no escatima en establecer diferencias sustanciales -que harían imposible un intento de equiparar las prerrogativas- entre un tribunal administrativo frente a uno judicial,

---

<sup>41</sup> Sentencias: STC N° 00007-2001-AI/TC y STC N° 00499-2002-AA/TC, publicadas el 01 de febrero y el 18 de Junio del 2003, respectivamente.

por carecer aquellos del componente de garantía de independencia e imparcialidad.

Contemporáneamente, está la sentencia recaída en el expediente 1266-2001-AA-TC, publicada el cuatro de Abril del 2003, en la cual, si bien es cierto, desestima la posibilidad de que los tribunales administrativos inapliquen leyes que consideren contrarias a la Constitución, por otro lado establece con cierta obligatoriedad, que estos tribunales deban ejercer control de “legalidad” cuando se traten de ordenanzas municipales.

Llegamos a la sentencia recaída en el expediente N° 0050-2004-AI/TC publicada el seis de Junio del 2005, en la cual el tema del control difuso en sede administrativa, sufre un momentáneo cambio de rumbo si se toma como referencia la postura que hasta entonces había sido constante del Tribunal, pues en aquella sentencia el Tribunal establece no solo la posibilidad, sino el deber de la Administración a través de sus órganos de segunda instancia administrativa, de desconocer aquella norma que contravenga lo dispuesto en la Constitución (fundamento 156). Sería entonces, el primer atisbo de un posible cambio en el futuro, y fue al interior de un caso en el que se discutían las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra la Ley de Reforma Constitucional sobre el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530, pero que en el fondo, dicha mención a la facultad de los tribunales administrativos de inaplicar normas, no restaba ni adicionaba nada a la decisión final del Tribunal en este caso, pues se trataba de un mero comentario sobre el carácter de obligatoriedad de la norma pensionaria expedida por el Ministerio de Economía y Finanzas, condicionada a la constitucionalidad de la misma. Se trató pues de un pronunciamiento sin mayor resonancia en el ámbito doctrinario nacional pasando casi inadvertido. Mas aún, como se comentó líneas arriba, se trató de un gesto momentáneo, pues en los días siguientes a la promulgación de la resolución bajo comento, se expidió una aclaratoria de la misma, precisando que la facultad de inaplicar normas infraconstitucionales, por parte de los tribunales administrativos, estaba restringida únicamente a los casos en

los que exista con anterioridad, algún pronunciamiento o precedente del Tribunal Constitucional que se haya pronunciado sobre la controversia. En consecuencia, como bien se podrá advertir, no se trataría de un acto de control difuso vía inaplicación de la norma, sino que simplemente es un acto de responsabilidad funcional basada en el carácter vinculante de las sentencias del tribunal supremo.

El giro definitivo hacia la permisibilidad del control difuso en sede administrativa, se produce definitivamente con la publicación en el diario oficial El Peruano (24 de Octubre del 2006), de la sentencia recaída en el expediente N° 3741-2004-PA/TC, que resuelve el recurso extraordinario interpuesto por don Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la resolución apelada expedida por el 63° Juzgado Civil de Lima que declarara infundada la Acción de Amparo interpuesta por el recurrente contra la Municipalidad de Surquillo, por cobro de tasa municipal como requisito previo a la interposición de recurso de apelación.

En los fundamentos once y catorce de la resolución 3741-2004-PA/TC, el Tribunal Constitucional realiza un notable análisis sobre el rol que cumple el control difuso aplicado por la Administración Pública, en el Estado Constitucional de Derecho. Asimismo, resalta el deber que tienen los órganos administrativos, de ejercer este control constitucional, como se aprecia en el siguiente extracto:

*Fundamento 11.- Esta incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica, por otra parte, un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el siglo XIX en un etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Por eso mismo, es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso –dimensión objetiva–, forma parte del contenido*

*constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos –dimensión subjetiva–.*

*[...] Fundamento 14.- Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma; siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.*

En su parte final, esta histórica sentencia, establece dos precedentes vinculantes, el primero de ellos, es la regla procesal que admite el control difuso por parte de los Tribunales y órganos colegiados de la Administración Pública; mientras que el segundo precedente, está relacionado a los presupuestos que se deben reunir –y que deben ser verificados por el propio Tribunal Constitucional, y por lo tanto es más una guía de uso interno- para la emisión de precedentes vinculantes<sup>42</sup>. Ampliando lo expuesto, las reglas primeras que establece el Tribunal, para la aplicación del control difuso por parte de la Administración, son las siguientes:

*Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.<sup>43</sup>*

<sup>42</sup> Esto último resultará de una relevancia gravitante, al momento de analizar los argumentos que justificaron el giro abrupto de posición, que se producirá con ocasión de la STC Exp. 04293-2012-PA/TC, pues se argumentará que, la discusión sobre el control difuso administrativo, no se ajustaba a los presupuestos establecidos que se requieren para el establecimiento de un precedente vinculante.

<sup>43</sup> Fundamento 50-A de la STC Exp. 3741-2004-PA/TC.

Como es de esperarse, la resolución bajo comentario, despertó todo tipo de comentarios jurídicos, algunos a favor y otros en contra. Existieron cuestionamientos a la falta de mayores precisiones, respecto a su eventual aplicación, como por ejemplo, cuáles eran estos Tribunales Administrativos a los que aludía la sentencia, qué características deberían reunir, qué materias en litigio estaban comprendidas dentro del ámbito de aplicación, si existía un procedimiento consultivo previo a su aplicación, etc.

Fue el propio Tribunal Constitucional, amparado en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional, el que aclaró algunas de estas interrogantes señaladas, y lo hizo a través de la Resolución de fecha 13 de Octubre de 2006 (publicada el 6 de Noviembre del 2006), señalando en sus fundamentos 4, 7 y 8, que ahora forman parte integrante de la STC N° 3741-2004-PA/TC, lo siguiente:

4. [...]Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten "justicia administrativa" **con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados.**"

[...]7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza **a pedido de parte**; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. **Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio** cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

8. Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional **no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento**



***cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (resaltado nuestro).***

Quedaron así fijadas las nuevas reglas procesales para la aplicación del precedente establecido en este memorable caso. Posteriormente, los criterios utilizados en este proceso de amparo, fueron replicados en diversas sentencias del mismo Tribunal. Tal es el supuesto del expediente N° 00014-2009-PI/TC sobre Demanda de Inconstitucionalidad respecto del artículo 3 de la Ley N° 28996, por el cual se modifica el artículo 48 de la Ley N° 27444, que permite la inaplicación de normas infralegales (como decretos supremos, resoluciones ministeriales, normas municipales o regionales) por parte de la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI, para casos concretos. En este proceso constitucional iniciado por el Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima, el Tribunal ratifica la posición asumida en la STC N° 3741-2004-PA/TC, y resalta los criterios que debe tenerse en cuenta para su aplicación, que son los mismos que figuran en la resolución aclaratoria del 6 de Noviembre del 2006, citada anteriormente. Y, finalmente, está la sentencia recaída en el expediente N° 00142-2011-PA/TC que resuelve el Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia, contra la resolución expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la apelada, resuelta por el Quinto Juzgado en lo Constitucional de Lima, mediante Resolución de fecha 23 de diciembre de 2009, y que declarara de plano improcedente la demanda interpuesta, por cuanto la recurrente no ha cumplido con agotar la vía previa. En esta sentencia que reafirma el fuero arbitral como una jurisdicción con facultades de control difuso, el Tribunal Constitucional ratifica su posición en cuanto a la interpretación del artículo 138 de la Constitución Política del Perú, indicando que no se debe practicar una interpretación restrictiva del mismo, sino que

debe de entenderse que el Estado debe poseer un sistema jurisdiccional unitario con órganos que compartan las mismas garantías, sin que ello signifique, que el poder judicial sea el único órgano con funciones jurisdiccionales. El fundamento 26 de dicha sentencia, resume acertadamente la posición del Tribunal Constitucional sobre este tema:

*El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.*

En este resumen breve, se han mencionado las sentencias del Tribunal supremo, que constituyen el marco jurisdiccional sobre el tema del control difuso en sede administrativa, y con ello se demuestra la evolución y desarrollo que se logró en los últimos años, respecto de estos conceptos, lo cual determinó un cambio total en la forma de interpretar las funciones y potestades de la Administración Pública. Creemos que, hasta entonces, se había logrado enrumbar el camino.

### 2.2.2 Control Difuso verificado en la Jurisprudencia de algunos Tribunales Administrativos.

El tema del control difuso ejercido por Tribunales Administrativos no fue una discusión exclusiva de los foros judiciales, en el contexto histórico de comienzos del nuevo milenio. Los propios Tribunales Administrativos ya se habían pronunciado sobre su inviabilidad<sup>44</sup> y de esta manera ratificaban la interpretación rígida y estrictamente literal, que sobre el tema, ya sostenía el

<sup>44</sup> Por citar ejemplos, están las Resoluciones del Tribunal Registral N° 557-2004-SUNARP-TR-L, 269-2005-SUNARP-TR-L y 318-2005-SUNARP-TR-L.

Tribunal Supremo (ver STC N° 00007-2001-AI/TC y STC N° 00499-2002-AA/TC).

Sin embargo, no quisiéramos dejar de mencionar un caso aislado, que representó además el primer análisis jurídico-histórico postulando un cambio de orientación en cuanto al criterio imperante que valoraba las interpretaciones limitativas sobre el control difuso por parte de la Administración. Se trató del voto en discordia del entonces Vicepresidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y Vocal de la Sala de Defensa de la Competencia, el Dr. Alfredo Bullard Gonzalez, quien sentara su posición individual con ocasión de la Resolución N° 0259-2005/TDC-INDECOPI (Exp. N° 111-2000/CRP-ODI-CCPL), sosteniendo una nueva interpretación del Principio de Legalidad Administrativa, en el sentido que, este principio no puede amparar una decisión de la Administración que prefiera una norma abiertamente inconstitucional por sobre la propia Carta Magna, reforzando además la idea de la fuerza normativa inmediata de la Constitución Política, además de otros análisis sumamente contundentes sobre las funciones de la nueva Administración Pública. Estamos casi seguros que estas consideraciones fueron tomadas muy en cuenta, al momento que el Tribunal Constitucional tuvo que resolver sobre el establecimiento de un nuevo precedente vinculante en el caso Salazar Yarlenque (STC N° 3741-2004-PA/TC).

A partir del año 2006 en el que se publican las resoluciones del Tribunal Supremo en el caso Salazar Yarlenque y su aclaratoria, se puede observar – contrariamente a lo que algunos juristas sostienen haber observado- un ejercicio efectivo de la prerrogativa del control difuso de constitucionalidad por parte de algunos Tribunales Administrativos. En algunos casos, como ocurre con el Tribunal Registral (posteriormente analizado a detalle), ello va acompañado de la promulgación de Acuerdos Plenarios con carácter vinculante para las distintas Salas que componen dicho Tribunal, precisando que el control difuso se convierte en un deber de la Administración Pública, a través

de sus Tribunales, a razón del precedente de observancia obligatoria establecido por el Tribunal Constitucional en el caso Salazar Yarlenque.

Sin contar el ya mencionado caso del Recurso de agravio constitucional interpuesto por la Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia (resumido anteriormente), en el cual el Tribunal Constitucional ratificó las potestades de control difuso por parte de la jurisdicción arbitral; existen algunos otros casos registrados, de verificada inaplicación de normas por parte de importantes Tribunales Administrativos nacionales, en concordancia con el principio de supremacía de la Carta Magna.

En este recuento, mencionamos la Resolución N° 1145-2009/SC1-INDECOPI, en la cual la Sala INDECOPI rechazó la solicitud de Prima AFP para inaplicar a su caso el artículo 42.1, de la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809, por contravenir el artículo 24 de la Constitución, referido al orden de prelación del pago de la remuneración y beneficios sociales del trabajador respecto del pago de las comisiones cobradas por las administradoras de fondos de pensiones, con cargo al empleador.

Otra entidad administrativa que realizó el control difuso, respecto de una norma infralegal, fue el Tribunal Fiscal. Así, mediante Resolución del Tribunal Fiscal N° 000026-1-2007 de fecha 05 de Enero del 2007, se resolvió inaplicar el artículo 8.2. de la Resolución de Superintendencia N° 141-2004/SUNAT -Reglamento del Régimen de Gradualidad para las Infracciones relacionadas a la Emisión y/u Otorgamiento de Comprobantes De Pago<sup>45</sup>- por vulnerar el derecho de defensa y principio de *reformatio in peius*. Aquél artículo se refería a la pérdida del beneficio de gradualidad si habiendo impugnado la resolución que establece la sanción, el órgano resolutor mantiene en su totalidad dicho acto, y ésta queda firme y consentida, en la vía administrativa. El Tribunal Fiscal resolvió la inaplicación

<sup>45</sup> Reglamento actualmente derogado mediante el inciso a) del artículo 2° de la [Resolución de Superintendencia N° 063-2007/SUNAT](#), publicado el 31.3.2007 y vigente desde el 1.4.2007

de la norma mencionada, amparándose en el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional con ocasión del expediente N° 1803-2004-AA/TC en el cual este Tribunal declaró inaplicable la norma por la que se establecía que los beneficios de la gradualidad se perderían “si habiendo impugnado la resolución que establece la sanción, el órgano resolutor la mantiene en su totalidad y ésta queda firme y consentida en la vía administrativa”<sup>46</sup>. En buena cuenta, lo realizado por el Tribunal Fiscal, se trató de un control difuso *de oficio*, ciñéndose a lo prescrito por la aclaratoria del 06 de Noviembre del 2006, que forma parte integrante de la sentencia en el caso Salazar Yarlenque, y que se configurara como precedente vinculante, si se tiene en cuenta que, el requisito para una actuación de oficio, era que se tratase de una norma que contravenía un precedente de observancia obligatoria establecido por el Tribunal Supremo.

Finalmente, el Tribunal del Servicio Civil (Tribunal SERVIR), órgano integrante de la Autoridad Nacional del Servicio Civil que imparte justicia administrativa en materia laboral a nivel nacional, en las Resoluciones N° 195-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala y 1281-2011-SERVIR/TSC-Primera Sala, declaró no aplicar el artículo 1.2. del Decreto Supremo N° 058-2008-EF y los artículos 1 y 6 del Decreto Supremo N° 114-2010-EF, las cuales establecían que sólo serán beneficiarios del fondo creado por el Decreto de Urgencia N° 051-2007, fondo para el pago de deudas del Decreto de Urgencia N° 037-94, quienes tengan a su favor una sentencia con calidad de cosa juzgada. La posición del Tribunal SERVIR, asumida en la Resolución N° 195-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala, puede resumirse con la sola lectura del quinto párrafo del fundamento 34 de esta resolución:

*Al respecto, esta Sala considera que exigir un proceso judicial, previo al otorgamiento de la bonificación regulada por el Decreto de*

---

<sup>46</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
2004                      Expediente N° 1803-2004-AA/TC, fundamento 17°.

*Urgencia N° 037-94, cuando es claro que el trabajador cumple con los requisitos para recibir dicha bonificación, resulta innecesario para la administración que debería aplicar la normativa vigente (sic) así como los criterios del Tribunal Constitucional, máxime si con la presente resolución el impugnante ya cuenta con una resolución administrativa en donde se declara expresamente que dicho trabajador tiene el derecho de percibirla, por lo que resulta relevante, para asegurar la efectividad de la presente resolución, el examen de constitucionalidad del numeral 1.2 del art. 1 del D.S. N° 058-2008-EF, así como de los arts. 1 y 6 del D.S. N° 114-2010-EF.*

En opinión del Tribunal SERVIR dichas normas lesionaban los derechos a la igualdad ante la ley y a una remuneración equitativa y suficiente, y en ese razonamiento, justificó su acción de inaplicar las normas mencionadas, al caso concreto; en ejercicio del control difuso administrativo al que estaba facultado en virtud del precedente del Tribunal Constitucional, sentado en el caso Salazar Yarlenque.

### 2.2.3 Posición actual del Tribunal Constitucional.

Tras una vigencia de ocho años y luego de haber sido el sustento de importantes resoluciones administrativas, como hemos visto, el precedente del caso Salazar Yarlenque es dejado sin efecto por el propio Tribunal Constitucional. En un rarísimo caso, en el cual aparentemente era materia de discusión únicamente el derecho de defensa y de igualdad ante la ley –se exigió un determinado requisito para obtener la buena pro en una licitación, contrariamente a un criterio ya establecido-, inexplicablemente se abordaron temas relacionados a la facultad de la Administración para ejercer el control difuso. Y el análisis jurídico se realiza sin que ello constituya al menos parte de la solución a la demanda de amparo planteada. Se trata del hoy conocido caso del “Consortio Requena”, Exp. N° 04293-2012-PA/TC, con sentencia de fecha 18 de Marzo del 2014.

Tal como se indicó, este Recurso de Agravio Constitucional fue interpuesto por el Consorcio Requena contra la Resolución de la Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Loreto, que en apelación declaró improcedente la demanda de Amparo, revocando la resolución del Primer Juzgado Civil de Maynas. En esta demanda se solicitó un nuevo pronunciamiento de la Sala Administrativa del OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado) y se alegó la vulneración a los derechos constitucionales a la propiedad, tutela procesal efectiva, debido proceso, igualdad ante la ley, entre otros. En una etapa anterior, la Sala del OSCE desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Requena, contra la decisión de la Municipalidad de Provincial de Requena por la cual descalificaba su Propuesta Técnica en la Licitación Pública convocada para la ejecución de obras de alcantarillado y sistemas de agua potable en la localidad de Requena – Loreto.

En esta sentencia llama profundamente la atención, la secuencia argumentativa que realiza el Tribunal Supremo, pues establece dos ejes de análisis: En primer lugar analiza la afectación al derecho de defensa (considerandos 8 al 15), y en segundo lugar hace lo propio con relación a las posibles afectaciones al derecho a la igualdad en aplicación de la ley (considerandos 19 al 26). En ambos casos, es notoria la posición del Tribunal en una marcada tendencia a resaltar, las diferencias, flexibilizaciones y otros condicionamientos que hacen de la sede administrativa, un fuero con características distintas a las del sistema judicial. Una muestra de ello, se puede apreciar en esta reproducción del fundamento decimo segundo de dicha sentencia, al analizar el principio de congruencia como rector del derecho de defensa:

*Sobre el principio de congruencia, si bien se ha explicado que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales y que garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes (véase STC Nº 08327-2005-PA/TC, fundamento 5), en sede administrativa, dicho principio procesal se encuentra flexibilizado, en la medida que en el iter del procedimiento administrativo debe armonizarse con la potestad de invalidación general de la Administración Pública.*

Es este fundamento citado, el único “puente” que identificamos entre el caso materia del procedimiento de Amparo constitucional, es decir, el petitorio formulado por el Consorcio Requena -que además en ningún momento sugiere la inaplicación de alguna norma de orden legal- y lo desarrollado a partir del fundamento trigésimo en adelante, sobre el control constitucional por parte de los Tribunales Administrativos. Sobre este punto, también llama la atención que el Tribunal Supremo disimula una posición jurídica -de interpretación restringida del artículo 138º de la Constitución Política, limitando el control difuso únicamente a los órganos judiciales- con una argumentación “técnico-procesal” referida a las deficiencias advertidas en cuanto a la conformación de “precedentes vinculantes”. En efecto, el Tribunal manifiesta haber detectado que no se cumplieron las reglas fijadas en la STC N° 00024-2003-AI/TC y también desarrolladas en la propia STC N° 3741-2004-PA/TC para el establecimiento de precedentes, las cuales contemplan supuestos de lagunas normativas, interpretaciones erróneas o disímiles de las normas o principios relacionados al bloque constitucional por parte de los tribunales en general, y la necesidad per se de cambiar o revocar un precedente vinculante anterior.

Retomando el análisis del fundamento decimo segundo de la resolución bajo comento, cuando el Tribunal analiza el "principio de congruencia" y sobre el mismo sostiene que este principio se encuentra flexibilizado para la Administración Pública, en buena cuenta, lo que el Tribunal está resaltando -y no lo desarrolla, a pesar de su importancia gravitante- es que la Administración siempre tendrá como fin principal, el interés público, relacionado estrechamente con objetivos nacionales o locales, o también con la protección de garantías institucionales, como por ejemplo la "seguridad jurídica de los registros públicos"; y esta jerarquización de los fines y objetivos, podrían "deformar" en cierto grado, las réplicas y transvases de los principios que informan la función judicial, cuando se trata de llevarlas al fuero de los tribunales administrativos.



Como se recuerda la sentencia del caso Salazar Yarlenque es importante por sentar un doble precedente: sobre la aceptación del control difuso en sede administrativa y al mismo tiempo por desarrollar la técnica de elaboración de precedentes vinculantes al interior de la jurisprudencia constitucional; es decir, que por esta recordada sentencia, se establecen las "reglas del juego" y acto seguido se dá inicio a la "partida". El precedente sobre el control difuso sería (se deduce) el primer precedente que iba a cumplir con los presupuestos ya comentados anteriormente, relacionados ellos con la existencias de lagunas normativas, etc. Se da por sentado, que siendo el "acto inaugural" del propio Tribunal Supremo, esta resolución sobre el control difuso fué muy pensada y correctamente evaluada. Resulta ello evidente tan solo con revisar los fundamentos de aquella memorable sentencia, que despertaba una expectativa de seguridad jurídica a todo nivel y en todo campo en donde se ejerza jurisdicción.

Sin embargo, con la resolución materia de este análisis (caso Consorcio Requena) el Tribunal Constitucional ha concluido que es conveniente revocar la autorización de control difuso para los Tribunales Administrativos, apelando para ello, a más de un argumento. Como se verá, los hay de tipo técnico-procesal, argumentando que no se respetaron las reglas para la conformación de precedentes vinculantes; y también hay argumentos de fondo de todo tipo.

En su fundamento trigésimo segundo, el Tribunal expone las razones por las que considera que no se respetaron las reglas para la fijación del precedente. Así, considera que:

- a) En la praxis judicial o administrativa no existían interpretaciones contradictorias respecto de los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución Política.
- b) No sirvió para aclarar alguna interpretación errónea de las normas que conforman el bloque constitucional.

- c) No existía un vacío legislativo. Es más, la delimitación hecha en la propia Constitución (art. 138) en favor del fuero judicial, hace comprensible que no se haya legislado sobre el particular en la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444
- d) No se advierte en la práctica jurisdiccional o administrativa la existencia de interpretaciones diversas sobre los artículos mencionados.
- e) El precedente del caso Salazar Yarlénque no se estableció para cambiar algún precedente vinculante existente.

Si bien es cierto, que la composición de la Sala del Tribunal Constitucional actual, no es la misma que aquella que resolvió en el caso Salazar Yarlénque, llama la atención que la Sala actual haya descalificado punto por punto, la evaluación que supuestamente realizó el Tribunal anterior, para considerar que era preciso un pronunciamiento de observancia obligatoria en cuanto a esta materia.

En la parte final del fundamento trigésimo segundo, el Tribunal considera que "resulta pertinente analizar también las razones materiales que llevan a la misma conclusión". Acto seguido, expone diversas objeciones (menciona en el fundamento 33 que sólo son tres, pero en realidad desarrolla cuatro) que sentarán la nueva posición jurídica del máximo Tribunal y que es la vigente:

- a) Por la propia redacción del artículo 138 de la Constitución, que además regula la forma en que deberán proceder los jueces y no otro funcionario público.
- b) No existe un mecanismo de consulta previsto para el caso de la actuación de los Tribunales Administrativos, como sí lo hay para los jueces, conforme al artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para aquellos casos en los que resulte pertinente el ejercicio del control difuso.
- c) Permitir el control difuso a los tribunales administrativos afecta el sistema de control dual, establecido constitucionalmente.

d) Esta misma potestad afectaría el principio de división de poderes al permitir que el Poder Ejecutivo controle las normas que emanan del Poder Legislativo.

Hemos considerado pertinente reservar nuestras conclusiones sobre este análisis, hasta el momento en que sean desarrollados en el capítulo tercero de este trabajo de investigación, por cuanto conviene analizar simultáneamente las opiniones de la doctrina nacional sobre esta Resolución.



## SECCION II

### CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE LEGALIDAD EJERCIDO POR EL TRIBUNAL REGISTRAL DE LA SUNARP.

En este segundo capítulo abordaremos directamente el tema del control de las normas, desde un caso específico que convoca nuestro análisis. Se trata del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, órgano administrativo que constituye la segunda instancia dentro del procedimiento registral y que no ha sido ajeno a los vaivenes producidos por las decisiones del Tribunal Constitucional sobre el control difuso en sede administrativa, analizadas en el capítulo anterior. El estudio que realizaremos a continuación, nos aproximará a detectar, a través de casos concretos, si una potestad de ese tipo, ha sido eficiente en su contribución de forjar una jurisprudencia registral más próxima a los preceptos constitucionales, o si por el contrario, la potestad de inaplicación de las normas por parte de estos Tribunales, no es tan necesaria, si en defecto de ello existen otros mecanismos de control constitucional -como por ejemplo, los Acuerdos Plenarios del propio

Tribunal Registral- que permiten expulsar del ordenamiento jurídico a aquellas normas infralegales contrarias a la Constitución;

1. El Tribunal Registral de la SUNARP y su rol en un Estado Social Democrático de Derecho.

En esta parte del trabajo de investigación jurídica, dedicaremos nuestro estudio al Tribunal Registral realizando la función de agente dinámico en la consolidación de titularidades. Determinar en qué medida ello se extiende como una manifestación del modelo Social Democrático al que se adscribe el Estado Peruano, es uno de los objetivos de este tramo de la tesina. Centraremos la atención primeramente en el concepto de seguridad jurídica asumiendo que esta entelequia constituye la finalidad máxima que pretende alcanzar un sistema registral para justificar la importancia de su rol en la sociedad.

### 1.1 Seguridad Jurídica.

La seguridad jurídica es un principio inspirador de todo sistema legal, garantizado por la propia Constitución. Tiene dos aspectos:

El primer aspecto se refiere al ordenamiento jurídico. Las leyes han de cumplir las exigencias de claridad y estabilidad. Los ciudadanos necesitan leyes comprensibles y duraderas. Cuando las leyes no son claras o cuando las probabilidades de modificaciones normativas significativas son altas, el efecto que se produce es la disminución o la paralización de toda actividad mercantil, en una clara respuesta retráctil del mercado de bienes y servicios. Los

ciudadanos no se arriesgan a negociar, porque no pueden calcular las consecuencias de sus actuaciones.

El segundo aspecto se refiere a cada situación concreta: el ciudadano necesita que las consecuencias del negocio realizado sean estables e inmutables. Modificables únicamente y una vez más, por el imperio de su propia voluntad. Con la seguridad jurídica que otorga el Registro, cobran máxima relevancia los principios de legitimación y oponibilidad para la protección de los derechos inscritos y su prevalencia sobre lo no inscrito, y el principio de fe pública registral para la protección del tráfico patrimonial.

Tal es la importancia de la seguridad jurídica que otorga el Registro, que es el propio Tribunal Constitucional el que reconoce a la inscripción registral un rol sumamente importante en el desarrollo de una economía social de mercado:

*Para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantías que permitan institucionalizar el derecho. Es la inscripción del derecho de propiedad en un registro público el medio a través del cual el derecho trasciende su condición de tal y se convierte en una garantía institucional para la creación de riqueza y, por ende, para el desarrollo económico de las sociedades, tanto a nivel individual como a nivel colectivo<sup>47</sup>.*

La seguridad jurídica no necesita estar regulada de manera expresa en el texto constitucional para ser reconocida, por cuanto la realidad social, la doctrina y la jurisprudencia, como se ha visto, reconocen su suma importancia en tanto es finalidad de todo sistema jurídico.

<sup>47</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2002

Expediente N° 0016-2002-AI/TC, fundamento 5°.

## 1.2 Predictibilidad.

Podría definirse en esencia como la “proscripción de la arbitrariedad”. Este concepto se encuentra impregnado en toda aquella labor realizada por cualquier instancia jurisdiccional, orientada a sistematizar, codificar o de alguna manera organizar sus propios fallos a fin que los usuarios de la administración de justicia, de la administración pública, y ciudadanos en general, obtengan un cabal conocimiento de cuál será el sentido de un eventual pronunciamiento de las instancias resolutorias frente a un caso determinado que involucre sus propios intereses.

Siendo la seguridad jurídica un principio que contiene un valor reconocido por la propia Constitución Política, y que como tal, transita todo el ordenamiento jurídico; este principio logra manifestarse de diversas formas, siendo una de ellas la predictibilidad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido:

*El principio de seguridad jurídica, que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional como un principio implícito y esencial del Estado Constitucional: El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad<sup>48</sup>.*

---

<sup>48</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2008 *Expediente N° 3173-2008-PHC/TC (Voto singular de los magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz, fundamento 15).*

En el ámbito registral, propiamente a nivel del Tribunal Registral, se han realizado notables esfuerzos por desarrollar la predictibilidad de las decisiones de esta segunda instancia administrativa. Sobre la relevancia que adquiere la predictibilidad en la construcción de un sistema registral que ofrezca seguridad jurídica, Tarazona Alvarado señala:

*Debe tenerse en cuenta que uno de los problemas de los que adolece la calificación registral es la diversidad de criterios que pueda existir para resolver un mismo caso, o uno similar, ya que al gozar los Registradores de autonomía e independencia al momento de calificar un título, resulta frecuente que un mismo caso, o uno similar, sea resuelto de manera distinta, perjudicando dicha situación, la predictibilidad que debe existir en la función registral, y con ello, la seguridad jurídica<sup>49</sup>.*

En este orden, se identifican diversas acciones de predictibilidad, que son aplicables tanto a los casos de calificación por parte de los Registradores Públicos, como a los casos de apelaciones ante la segunda instancia, toda vez que los deberes y observancias que implica la función calificadora son idénticos para uno y otro, y son los contenidos en el artículo 32 del Reglamento General de los Registros Públicos. Así, una primera forma de salvaguardar la predictibilidad es la *Obligatoriedad de calificación integral y simultánea del título*, es decir, que el Registrador Público o la Sala del Tribunal Registral competente para el caso, están en la obligación de formular todas las observaciones que sea posible advertir en el título, de manera simultánea, y no de manera sucesiva generando una observación después de otra y en momentos distintos, de manera que el usuario tenga una incertidumbre perpetua sobre la legalidad de su título y su validez suficiente.

---

<sup>49</sup> TARAZONA ALVARADO, Fernando.

2012 “El Rol del Registro Público en la Protección del Derecho de Propiedad: Efectos, Principios que lo rigen y Predictibilidad de la Función Registral”. *Ponencia presentada al III Foro Internacional de Derecho Registral, a desarrollarse en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, el 19 y 20 de Abril de 2012.* Pag. 13. Consulta: 18 de Junio de 2015.

<<[http://www.universidadnotarial.edu.ar/derechoregistral2012/documentos/TARAZONA\\_ALVARADO.pdf](http://www.universidadnotarial.edu.ar/derechoregistral2012/documentos/TARAZONA_ALVARADO.pdf)>>



Una segunda forma de predictibilidad, es a través de la *Limitación a la Calificación*. Se trata de un conjunto de normas y directrices de actuación, recogidas en el artículo 33 del Reglamento mencionado, de estricto cumplimiento tanto por los Registradores, como por la segunda instancia, que tienen por finalidad evitar que en un mismo caso, o en casos muy similares, existan criterios o pronunciamientos distintos.

La tercera forma de predictibilidad se logra a través de la elaboración de precedentes de observancia obligatoria a cargo del Tribunal Registral, en el marco del desarrollo de las funciones contempladas para este colegiado, en el Reglamento del Tribunal Registral (artículo 18, numeral 1) concordado con el artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

## 2. Inaplicación de norma reglamentaria por contravención a la Constitución Política.

En el ámbito registral encontramos una debida y correcta correlación entre la postura institucional y las decisiones que, sobre el tema del control difuso en sede administrativa, venían siendo adoptadas por el supremo intérprete de la Constitución.

Por citar un ejemplo, en el año 2003 la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante SUNARP) a través de la Directiva N° 009-2003-SUNARP/SN, establecía: “Los Registradores no pueden observar y/o tachar, invocando el control difuso administrativo, los títulos que contienen las solicitudes de inscripción de las Resoluciones que emita la SBN en aplicación

de los dispuesto por la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 27333<sup>50</sup>. Esta posición de la SUNARP se encuentra plenamente justificada si se tiene en cuenta que es recién en el año 2005 que el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia del caso Salazar Yarlenque, admite la posibilidad del control difuso por parte de los Tribunales Administrativos. Si bien es cierto, que mediante la Directiva SUNARP citada, solamente se hace referencia a un determinado grupo de títulos –que son los que contienen Resoluciones expedidas por la entonces Superintendencia de Bienes Nacionales, ordenando la inscripción de la reversión de terrenos eriazos a favor del Estado y cancelando asientos registrales referidos a titularidades dominiales de terceros– no es menos cierto que de esta manera la SUNARP ya sentaba una posición restringida sobre la posibilidad de que los Registradores ejerzan control difuso.

Posteriormente, estas posiciones fueron ratificadas por el propio Tribunal Registral a través de diversas resoluciones, pudiendo citarse entre ellas las Resoluciones N° 557-2004-SUNARP-TR-L, N° 269-2005-SUNARP-TR-L y N° 318-2005-SUNARP-TR-L, todas bajo el siguiente razonamiento común: “La denegatoria de inscripción no debe sustentarse en el control difuso de las normas ya que el Registrador Público no es competente para efectuar tal análisis, en tanto dicha facultad se encuentra reservada para los jueces, conforme lo establece el art. 138 de la Constitución Política del Perú”.

---

<sup>50</sup> Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 27333: “Los terrenos eriazos de la República que conforme a las Leyes Especiales Núms. 11061, 14197, 17716, 18460, 19462, 19955, 19959 y demás disposiciones conexas y complementarias revirtieron al dominio del Estado, serán inscritos a nombre de éste en el Registro de la Propiedad Inmueble o, en su caso, en el Registro Predial Urbano, por el sólo mérito de lo dispuesto en esta disposición complementaria. Para esto último, se autoriza expresamente a la Superintendencia de Bienes Nacionales a expedir una resolución indicando los inmuebles revertidos. Igualmente, por el sólo mérito de dicha resolución y sin necesidad de una declaración específica, **se procederá a cancelar los asientos, si los hubiera, extendidos a nombre de terceros**, salvo en los casos en que ya exista resolución suprema declarando la reversión, en cuyo caso el dominio del Estado se inscribirá a mérito de esta última.”

Sin embargo, paralelamente a las nuevas luces que ofrecía el novísimo precedente vinculante del caso Salazar Yarlenque, el Tribunal Registral se adecuaría a la nueva postura de “apertura” en el tema del control difuso en sede administrativa. Lo haría a través de los Acuerdos adoptados en el Pleno XXII llevado a cabo los días 18 al 20 de Diciembre del 2006. Estos acuerdos comprendían las decisiones siguientes:

- Aplicación inmediata de la atribución conferida por el Tribunal Constitucional, sin esperar respuesta del Ministerio de Justicia o lineamientos del Consejo de Ministros. Sería el propio Tribunal Registral el que diseñe sus reglas de aplicación.
- Para inaplicación de normas, tanto Leyes como normas con rango inferior a la Ley, se requiere la aprobación del Pleno del Tribunal Registral.

2.1. Inaplicación del inciso “d” del artículo 2 del Reglamento General de los Registros Públicos por presunta infracción al principio de doble instancia.

En estricto, el único caso de control difuso realizado por el Tribunal Registral, el cual ya se encontraba habilitado para ello en virtud del precedente vinculante del caso Salazar Yarlenque y del Acuerdo del XXII Pleno del Tribunal Registral mencionado en párrafos anteriores. Ha merecido comentarios de todo tipo, incluso los que señalan que no es en estricto un control difuso tradicional –como el tan mencionado *Marbury vs. Madison*- toda vez que no busca la inaplicación de una Ley por preferirse a la Constitución, sino que se trata de la inaplicación de una norma infralegal. Advertida la presunta inconstitucionalidad de una norma reglamentaria, el Tribunal Registral procedió a analizar el texto del inciso “d” del artículo 2 del Reglamento General de los Registros Públicos, introducido mediante Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN.

*Antecedentes.-* Mediante Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN, publicada el 1 de Junio de 2011, se incorporó una causal adicional de conclusión del procedimiento registral, al establecerse que dicho procedimiento concluye también, a través de la llamada “tacha especial”, la cual se produce cuando, en los procedimientos referidos a las independizaciones reguladas en los artículos 43, 44 y 46 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, no se cumple con la presentación de planos visados (por funcionario competente) de independización y de localización.

*Análisis de la norma cuestionada.-* Mediante la Resolución modificatoria mencionada, el nuevo texto del artículo 2 del Reglamento General de los Registros Públicos, lucía de la siguiente manera:

*Artículo 2.- El procedimiento registral termina con:*

- a) *La inscripción.*
- b) *La tacha por caducidad del plazo de vigencia del asiento de presentación.*
- c) *La aceptación por desistimiento total de la rogatoria.*
- d) ***La tacha especial en el supuesto regulado en el artículo 43-A de este Reglamento.***

Esta remisión nos obliga a revisar la modificación que simultáneamente se realizó al texto del artículo 43-A del Reglamento General de los Registros Públicos. El texto de dicho nuevo artículo se apreciaba de esta manera:

*Artículo 43-A.- Tacha especial de títulos de independización por no contener planos.*

*En los casos a que se refieren los artículos 43, 44 y 46 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, cuando al presentar el título sobre independización por el Diario, no se hubiera cumplido con presentar los planos de independización y localización (ubicación) del área que se desmembra visados por el*

*funcionario competente, o de ser el caso, firmado por verificador inscrito en el Índice de verificadores del Registro de Predios; el Registrador procederá a tachar el título, luego de verificar que éste no contiene dichos planos.*

***Esta tacha será irrecorrible y determina la finalización del procedimiento en sede registral; por lo cual, el Registrador no efectuará la calificación integral del título.***

En los considerandos de la Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN se hace referencia a una problemática relacionada a la falta de presentación de la documentación gráfica necesaria para una calificación integral de los títulos de independizaciones en el Registro de Predios, hecho que ocasiona la observación de los mismos, y eventualmente, la suspensión de los títulos posteriormente ingresados al Registro, que se encuentren vinculados a la misma partida matriz<sup>51</sup>.

En esta etapa del análisis, no se puede negar que efectivamente existía un problema cuyo manejo había quedado fuera de control. La presentación sucesiva de títulos vinculados a partidas matrices y referidos a independizaciones de lotes o porciones de terrenos, sin la debida observancia de los requisitos mínimos requeridos para su calificación, como es el caso de los planos visados, generaba un entrampamiento amparado en el principio registral de Prioridad Preferente. Sin la presentación de planos, las solicitudes de independización no podían ser atendidas. Y en forma escalonada, los títulos presentados posteriormente, debían aguardar lo que se resuelva en el título que le antecedió (suspensión por título pendiente) generando una larga cola de títulos suspendidos sin posibilidad de ser atendidos debidamente. Y no debe descartarse que en algunos casos, este entrampamiento haya encubierto una

<sup>51</sup> Cuarto considerando de la Resolución N° 141-2011-SUNARP/SN: “(..) Que, en el ámbito de supervisión y control de la prestación de los servicios registrales, se ha verificado la existencias de una problemática en el caso de las independizaciones en el Registro de Predios, debido a que los usuarios no adjuntan la documentación gráfica necesaria para una adecuada y oportuna calificación, generando la observación del título cuya inscripción se pretende así como la suspensión de los títulos posteriormente ingresados al registro que están vinculados a la misma partida registral matriz”.

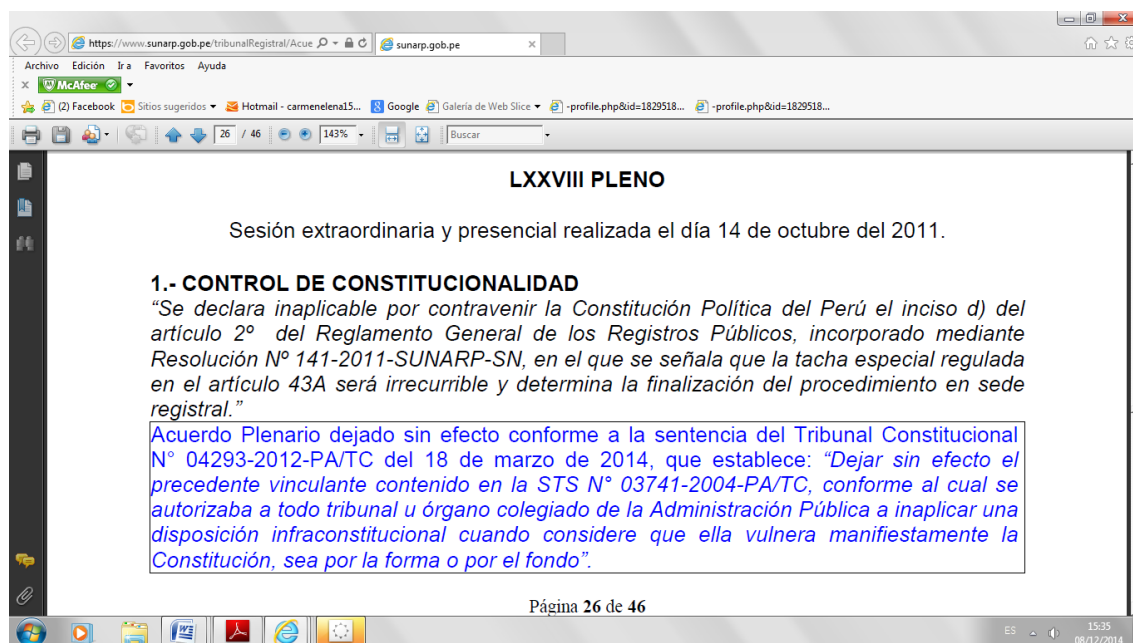
intencionalidad, configurándose un abuso de derecho por parte de personas interesadas en no permitir la inscripción de los títulos presentados posteriormente. En este orden de ideas, la solución debía de venir por algún lado. Y era propiamente la SUNARP la entidad llamada a establecer las directrices para encontrar alguna solución y por ello esta iniciativa no puede ser del todo censurable. Sin embargo, existieron cuestiones de fondo, que deben ser mencionadas a fin de entender el por qué esta Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN en algunos de sus extremos, adolecía de inconstitucionalidad.

Conforme al resaltado en el texto de los artículos 2 y 43-A incorporados por la referida norma modificatoria, la falta de presentación de planos en títulos referidos a independizaciones, acarreaban como sanción la tacha del mismo, sin posibilidad de recurrir a la segunda instancia, con la consecuente finalización del procedimiento registral. Era evidente entonces que la discusión y controversia iba a recaer en la elasticidad del concepto de pluralidad de instancias, es decir, en determinar hasta qué punto puede inclusive suprimirse la doble instancia sin que con ello se afecte el contenido esencial del debido procedimiento.

Antes de pasar a analizar el Acuerdo adoptado en el LXXVIII Pleno Registral, queremos sentar dos observaciones:

Primero, la norma a inaplicarse por inconstitucional, tal como se verá más adelante, es el segundo párrafo del artículo 43-A incorporado, en el extremo que indica: “...***Esta tacha será irrecurrible y determina la finalización del procedimiento en sede registral***”. Independientemente de las razones y argumentos, a favor o en contra, que se puedan analizar sobre la afectación real al debido procedimiento, creemos que es muy importante identificar correctamente la norma supuestamente violatoria de la Constitución. Y esta precisión resulta oportuna toda vez que a la fecha, a través de la página web

institucional de la SUNARP, se publicita la siguiente información, que consideramos equívoca:



Tal como veremos a continuación, con ocasión de analizar el Acuerdo Plenario, la nueva característica de “decisión irrecurrible” yace en el segundo párrafo del artículo 43-A , y no en el inciso “d” del artículo 2 (modificado) del Reglamento General de los Registros Públicos; sin embargo, conforme a la imagen reproducida de la página web, se da a entender que se inaplica el inciso “d” del artículo 2, por contravenir a la Constitución.

Segundo. Como se recordará, en la resolución del Tribunal Constitucional publicada el 06 de Noviembre del 2006, aclaratoria de la STC N° 3741-2004-AA/TC (caso Salazar Yarlenque), se establecieron presupuestos para la aplicación del control difuso en sede administrativa, uno de los cuales, consideramos que no se configuró en este caso analizado. Nos referimos al requisito que establece que el ejercicio del control difuso se realiza a pedido de parte y -se entiende- al interior de un caso concreto, es decir, dentro de un

procedimiento administrativo específico. Es más, en dicha resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional establece que, ante la solicitud de control difuso, planteada a solicitud de parte, el Tribunal Administrativo u órgano colegiado deberá analizar la procedencia del requerimiento, y deberá considerar que su actuación en ese sentido, será determinante para resolver la controversia y al mismo tiempo, reforzar la protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados.

## 2.2 Acuerdo Plenario número 1 del LXXVIII Pleno del Tribunal Registral.

En sesión del 14 de Octubre del 2011, se reunieron dieciséis vocales de las distintas Salas que componen el Tribunal Registral, a fin de discutir la inaplicación de la Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN que modifica el artículo 2 del Reglamento General de los Registros Públicos e incorpora el artículo 43-A al mismo cuerpo legal. El Vocal Ponente designado fue el Dr. Fernando Tarazona Alvarado. Su ponencia titulada: *Procedencia de Apelación contra la Tacha Especial de Títulos*, resaltó, citando la Resolución del Tribunal Constitucional en el expediente N° 3088-2003-AA/TC, que:

*[...] el derecho a la pluralidad de instancias no es parte del contenido esencial del derecho al debido procedimiento administrativo –pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede-, pero sí lo es del debido proceso judicial, pues la garantía que ofrece el Estado Constitucional de Derecho es que las reclamaciones de los particulares contra los actos de los órganos públicos sean resueltas por un juez independiente, imparcial y competente, sede ésta en la que, además se debe posibilitar que lo resuelto en un primer momento pueda ser ulteriormente revisado, cuando menos, por un órgano judicial superior<sup>52</sup>.*

*3. En efecto, lo que se debe analizar en la garantía del debido proceso es que ella contenga elementos que sean razonablemente imprescindibles para que un proceso o procedimiento pueda ser*

<sup>52</sup> Segundo párrafo del fundamento segundo de la STC en el expediente N° 3088-2003-AA/TC de fecha 12 de Julio del 2004.



*considerado justo; en ese orden de ideas, es posible crear procedimientos con instancia única (en sede administrativa), siempre y cuando tal limitación o restricción resulte razonable y no esencial para que el debido proceso pueda cumplir sus funciones y considerarse justo.*

En ese examen, el Vocal Ponente concluye que, con las modificaciones planteadas al Reglamento General de los Registros Públicos se establece una limitación esencial y no razonable, que afecta por consiguiente el derecho del usuario al debido procedimiento, principalmente por los siguientes motivos:

- El procedimiento registral es especial. Tiene un plazo de caducidad. La tacha especial, al ser irrecurrible y determinar la conclusión del procedimiento registral, se genera un perjuicio al usuario porque pierde la prioridad ganada con el asiento de presentación, prioridad que no recobrará con la interposición de la demanda en lo contencioso-administrativo.
- El procedimiento registral contempla la doble instancia como una posibilidad de impugnar la decisión del Registrador. Sin embargo, mediante las modificaciones reglamentarias propuestas, se introduce un tratamiento diferenciado respecto de los títulos que contienen solicitudes de independización y que termina perjudicando a los usuarios que presentan estas solicitudes.

Luego de las deliberaciones y recibidos los aportes y opiniones, se procedió a la votación acordando, por unanimidad, inaplicar por inconstitucionalidad, la norma contenida en el segundo párrafo del artículo 43-A, primera parte (***..Esta tacha será irrecurrible y determina la finalización del procedimiento en sede registral..***), por lesionar el derecho al debido procedimiento y también por vulneración del artículo 5 de la Ley N° 26366. Pero además fue agregado otro punto, consideramos, de manera accesoria. Se trata de la inaplicación por inconstitucionalidad, del inciso “d” del artículo 2 del Reglamento General de los Registros Públicos, en el que se señala que el

procedimiento registral termina con la tachadura especial en el supuesto regulado en el artículo 43-A de dicho Reglamento. Tal como hemos mencionado anteriormente, la inconstitucionalidad del inciso “d” del artículo 2 admite por lo menos, un cuestionamiento, aunque su inaplicación, por accesoria, resulta más convincente.

De este Pleno, deriva un acuerdo adicional, que reviste cierta relevancia. Se propone: “Oficiar a la Alta Dirección de la SUNARP, para que disponga la modificación de la Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN, en lo referente al contenido de los artículos segundo y tercero, en los términos del Acuerdo.

*Consecuencias.*- En efecto, se cumplió con poner en conocimiento del ente rector de los Registros Públicos, las conclusiones abordadas en el Pleno del Tribunal Registral, y esta vez, sí fueron acogidas las mismas y tomadas en cuenta para lo que sería una restauración de la constitucionalidad, con relación a los artículos que fueron modificados por la Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN. Así, con fecha 16 de Marzo del 2012 se expide la Resolución N° 047-2012-SUNARP/SN suscrita por el entonces Superintendente Nacional de los Registros Públicos, Dr. Juan Espinoza Espinoza, en cuya parte resolutive se expresa la decisión de derogar el inciso “d” del artículo 2, así como derogar el artículo 43-A, a fin de preservar la posibilidad de recurrir a la segunda instancia, no obstante, se mantenga la facultad de practicar la tachadura por falta de presentación de planos, por parte de los Registradores Públicos.

A modo de corolario, apreciamos que, a pesar de no reunir las características propias de un control difuso administrativo, toda vez que se desarrolló de oficio y no a pedido de parte, y tampoco al interior de algún procedimiento registral derivado de la presentación de un título, sino a iniciativa del Tribunal Registral y plasmada en un Acuerdo Plenario; este sistema de control de constitucionalidad en sede administrativa permitió expulsar del

ordenamiento jurídico una norma infralegal que revestía algunas posibles colisiones con el derecho al debido procedimiento, y aunque a la fecha, el Tribunal Registral nuevamente ha tenido a bien, alinearse a la nueva posición del Tribunal Constitucional, de restricción al control difuso en sede administrativa (STC 4293-2012-AA/TC, Consorcio Requena) y en consecuencia – de modo controversial, como analizaremos más adelante- dejó sin efecto el Acuerdo Plenario que analizamos en este parte del trabajo de investigación, insistimos en que su aporte en el debate y la alta especialización de los profesionales que componen el Tribunal Registral, resultaron gravitantes a efectos de identificar situaciones de inconstitucionalidad.

### 3. Inaplicación de norma reglamentaria por contravención a la ley.

Las modificaciones normativas analizadas en el punto anterior no solamente fueron objeto de análisis de posibles colisiones con preceptos constitucionales, lo fueron también por la aparente transgresión al Principio de Legalidad, recogido en el artículo 2011 del Código Civil, el cual debe entenderse como la obligación y deber del Registrador Público, de realizar una calificación integral del título que se le presenta para su inscripción, a fin de verificar que el mismo cumpla con las disposiciones y requisitos que exige la Ley. A continuación analizaremos nuevamente el Acuerdo adoptado en el LXXVIII Pleno del Tribunal Registral, en lo concerniente al control de legalidad de la norma reglamentaria y posteriormente un segundo caso de control de legalidad referido al tema del “poder irrevocable” en el cual, a través de otra Resolución de la SUNARP se desnaturaliza esta figura jurídica regulada por el Código Civil.

#### 3.1 Caso: tacha especial del títulos por falta de presentación de planos.

A efectos de desarrollar este punto, retomaremos nuevamente el análisis de las modificaciones introducidas por la Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN y que –además de lo analizado anteriormente- establecieron, respecto del artículo 43-A introducido, una suerte de liberación para el Registrador Público, quien en estos casos, no estaba ya obligado a realizar calificación alguna del título de independización que se le presentaba, y por el contrario, se encontraba facultado ahora, a tachar de plano los títulos que no contenían planos que sustenten la independización rogada. Así, el nuevo artículo 43-A, como recordamos, mostraba el siguiente texto:

*Artículo 43-A.- Tacha especial de títulos de independización por no contener planos.*

*En los casos a que se refieren los artículos 43, 44 y 46 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, [...]*

*Esta tacha será irrecurrible y determina la finalización del procedimiento en sede registral; **por lo cual, el Registrador no efectuará la calificación integral del título.***

Este aspecto, fue también tomado en cuenta con ocasión de las deliberaciones al interior del LXXVIII Pleno y quienes defendieron la modificación introducida, nuevamente apelaban a que se trataba de una solución que en cierta forma descomprimía la acumulación de títulos sobre una misma partida. Sin embargo, el voto mayoritario de los vocales que estaban a favor de la inaplicación del artículo 43-A, en el extremo referente a “prescindir de una calificación integral”, terminó por determinar que se declare la inaplicación de dicha parte de la norma por contravenir lo dispuesto en el artículo 2011 del Código Civil.

En efecto, este artículo del Código sustantivo establece lo siguiente: “Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que

resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos. (...)”. Asimismo, una disposición legal con las mismas características puede encontrarse en el artículo V del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, así como en los artículos 31 y 32 del mismo Reglamento. Una vez más, resultaba evidente que el artículo 43-A introducía un tratamiento diferenciado, irrazonable y perjudicial para el usuario rogante de actos de independización. Se trataba de una aparente solución a una problemática identificada, pero que también acarrearba la vulneración del principio de legalidad mencionado.

Tal como se analizará posteriormente, en esta oportunidad el Tribunal ejerció el control de legalidad de la norma modificatoria contenida en la Resolución N° 141-2011-SUNARP-SN, por advertir una colisión con el Principio de Legalidad registral acogido en el Código Civil. Y aunque, aparentemente, estaría fuera de todo debate, la facultad de inaplicar normas, no por inconstitucionalidad sino por ilegalidad, por parte de los Tribunales Administrativos, lo cierto es que el propio Tribunal Registral ha considerado que los efectos restrictivos de la STC en el expediente N° 4293-2012-AA/TC (Consortio Requena) de alguna forma deben entenderse también aplicables en cuanto a las potestades de control de legalidad, criterio con el cual discrepamos totalmente.

### 3.2 Caso: Poder Irrevocable.

Se trata de la interpretación que realiza el ente rector de los registros públicos, de las normas contenidas en el Código Civil relacionadas con la institución jurídica del poder irrevocable –ante la existencia de discrepancias entre los propios Registradores sobre la caducidad automática del poder irrevocable al término de un año- y que se plasma en la Resolución N° 463-2002-SUNARP/SN de fecha 14 de Octubre del 2002 en la que el Directorio de

la SUNARP resuelve aprobar los lineamientos contenidos en la Directiva N° 012-2002-SUNARP/SN, que forma parte integrante de dicha resolución. En este documento se plasman los siguientes criterios:

*Antecedentes..*

*[...]Al respecto, cabe señalar que si bien el ejercicio de los derechos privados como es el otorgamiento de poder, se originan en la autonomía de la voluntad de las partes, dicha autonomía debe ejercerse dentro de los límites establecidos por el ordenamiento vigente. En este sentido, precisamente la autonomía de la voluntad del otorgante de un poder irrevocable, se va ver (sic) limitada por la norma imperativa contenida en el último párrafo del artículo 153 del Código Civil que establece que el plazo del poder irrevocable no puede ser mayor a un año, por lo que no puede afirmarse que sólo la voluntad del otorgante puede dejar sin efecto el poder irrevocable cuando ha transcurrido el plazo antes señalado.*

*[...] 5. Contenido:*

*5.1 Plazo de caducidad del poder irrevocable.*

*Salvo disposición en contrario, en los casos en los que se haya otorgado poder irrevocable sin fijar plazo para el ejercicio del poder o cuando se haya fijado un plazo mayor al previsto en el artículo 153 del Código Civil, dicho poder caduca transcurrido un año desde la fecha de su otorgamiento o desde la fecha de inicio del cómputo del plazo establecido en el acto de su otorgamiento, según sea el caso. La caducidad del poder extingue de pleno derecho el asiento de inscripción respectivo. Operada la caducidad, no se otorgarán certificados de vigencia referidos a dichos poderes.*

Este criterio fue establecido con carácter de aplicación obligatoria para los Registradores Públicos y su incumplimiento conllevaba responsabilidad funcional. En consecuencia, fue de aplicación a diversos procedimientos registrales en primera instancia, mas no así en segunda instancia (v.g. Resolución del Tribunal Registral N° 210-A-2007-SUNARP-TR-L del 13.04.2007 y Resolución N° 510-2008-SUNARP-TR-L de fecha 09.05.2008).

Como se aprecia, esta interpretación tuvo una fuerte resistencia por parte de los profesionales del Derecho Registral que sostenían que la manifestación de la voluntad era el único límite para la vigencia del poder

independientemente de su irrevocabilidad que está legalmente reducida al plazo anual. Esta fue la posición asumida incluso por el propio Tribunal Registral, con ocasión del XXV Pleno Registral celebrado el 12 y 13 de Abril del 2007. El Acuerdo Tercero de dicho Pleno, establecía lo siguiente:

*3. PODER IRREVOCABLE.- La interpretación de las normas del Código Civil sobre el plazo del poder irrevocable efectuada por la directiva N° 012-2002-SUNARP-SN contraviene las disposiciones del Código Civil por lo que la citada directiva resulta inaplicable<sup>53</sup>.*

Finalmente, esta sería discrepancia entre las posiciones de la segunda instancia registral, y del ente rector (SUNARP), decantaría en privilegiar la primera y finalmente producir la derogación de la mencionada Directiva N° 012-2002-SUNARP/SN aprobada por Resolución N° 463-2002-SUNARP/SN. La derogación se hace efectiva a través de la Resolución N° 123-2008-SUNARP/SN publicada el 25 de Abril del 2008 en el Diario Oficial El Peruano. En los considerandos de dicha resolución derogatoria se alude a una persistencia en el criterio de la irrevocabilidad como modalidad accesorio, por parte de los operadores del derecho registral y empodera al Tribunal Registral para que sea éste quien fije los criterios interpretativos de la norma contenida en el artículo 153 del Código Civil.

Finalizamos esta parte del trabajo de investigación concluyendo que se ha corroborado una activa participación por parte del Tribunal Registral en cuanto a labor interpretativa de las normas especialmente relativas al Derecho Civil. Y en tanto que, en el desempeño de dicha labor, no se desnaturalice la esfera de protección constitucional de los derechos fundamentales, sino que por el contrario, incluya criterios ya debatidos y posiciones asumidas por el Tribunal Constitucional en calidad de supremo intérprete de la Constitución, para la construcción de precedentes

<sup>53</sup> SUNARP Acuerdos Plenarios. Lima, p. 11. Consulta: 11 de Diciembre de 2014.  
<< <https://www.sunarp.gob.pe/tribunalRegistral/AcuerdosactualizadosalCXXI.pdf>>>

vinculantes, verificamos que se favorece la predictibilidad y por ende la seguridad jurídica, ofreciendo una garantía de acceso inmediato al Derecho en pro del ciudadano.





## SECCION III

## BALANCE SOBRE LA EFICACIA DEL CONTROL DIFUSO EJERCIDO POR EL TRIBUNAL REGISTRAL

En esta última sección nos aproximamos al balance en general de los argumentos en contra y a favor de la potestad del control difuso en sede administrativa, en principio, para finalmente determinar las razones por las que se debe contar con un Tribunal Registral con tales prerrogativas. Sin duda, lo aportado por la experiencia del Tribunal Registral, analizado en los casos vistos en la sección anterior, nos brinda un panorama real de cuál fue la dimensión que implicó ejercer tales potestades y creemos que, al margen de correcciones que precisan realizarse, la posición restringida, actualmente asumida por el Tribunal Constitucional, merece aún más análisis. A continuación, revisaremos algunas de las posiciones doctrinarias, que se han manifestado con posterioridad a la revocatoria del precedente vinculante del caso Salazar Yarlenque, y también resultará un gran aporte revisar la opinión de los juristas

a propósito de la misma sentencia, es decir, antes de ser dejada sin efecto. Lo que se podrá observar, con cierta lógica, es que las posiciones de apertura vienen del lado de los operadores del derecho administrativo, mientras que las posiciones restrictivas, que limitan el control difuso a los órganos del poder judicial, se ubican precisamente de los juristas que desempeñan o han desempeñado labores de judicatura, o en su defecto, defienden un constitucionalismo clásico.

1 Breve reseña: El debate actual sobre la posibilidad del Control Difuso ejercido por órganos administrativos.

Como se ha expresado, prácticamente no hay un antes y un después en este debate. La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso del Consorcio Requena representa solamente un estadio –muy importante por cierto- en la línea continua de esta controversia. Los argumentos a favor del control difuso en sede administrativa son los mismos que ahora critican la nueva posición del Tribunal máximo y los que rechazan esta apertura, por su parte, vienen siendo consecuentes tanto entonces, como ahora. En resumen, a nuestro entender, la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Consorcio Requena no constituye en sí una labor interpretativa del Tribunal, pues ese análisis ya había sido realizado con ocasión de la STC 3741-2004-PATC (Salazar Yarlénque) y creemos que se hizo correctamente, respetando desde luego los votos discordantes en aquella sentencia. Lo que se observa, en desmedro de una interpretación que sirva de guía para la doctrina nacional, es posiblemente una apuesta por una opción de política judicialista, es decir, un reforzamiento del poder judicial como encausador de todos aquellos pleitos en los que el administrado cuestione la constitucionalidad de alguna norma que regule algún determinado procedimiento administrativo.

## 1.1 Argumentos a favor.

- a) *El control difuso como facultad de la Administración para revisar sus propios actos.*

Para el doctor Martin Tirado:

*[...] los recursos administrativos están íntimamente relacionados con el control difuso administrativo, pues al efectuar el control de sus propios actos, la Administración (tribunales administrativos u órganos colegiados de competencia nacional) debe verificar la constitucionalidad del acto impugnado por el administrado en primer lugar y luego evaluar su legalidad<sup>54</sup>. (p. 231)*

Esta posición se adscribe a las teorías del Derecho Administrativo que consideran la doble instancia administrativa como una carga para el administrado, cuando esta instancia es de tránsito obligatorio para acceder a la justicia ordinaria. Y por el contrario, consideran la misma, como un privilegio de la Administración de poder efectuar una revisión de lo resuelto. En ese sentido y para complementar lo afirmado por Martin Tirado, sostenemos que en ese re-examen que realiza la segunda instancia, es correcto que se privilegie una evaluación constitucional por sobre una de legalidad.

- b) *La protección de la constitucionalidad como deber y no potestad.*

Esta posición se adscribe a las teorías finalistas sobre el Derecho Administrativo e implica una visión ontológica sobre el tema. Huamán Ordoñez y Jurado Arenas sostienen lo siguiente:

---

<sup>54</sup> MARTIN TIRADO, Richard  
2010 “Los Recursos Administrativos y el Control Difuso en la Administración Pública”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2010. Año 5, N° 9 Diciembre, p. 230.

[...]Con la asignación del control difuso en sede administrativa, que no es una potestad ni competencia administrativas (fundamento central de quienes niegan el control difuso administrativo) sino claramente un deber constitucional, se refuerza la línea del control del poder. Todavía más, atendiendo a que la administración debe proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, la revisión administrativa de la ley permite enfatizar dicho trabajo, atendiendo a que el interés público es la búsqueda y concretización del bienestar del entramado social.

[...]La Administración se debe a la legislación para acometer los fines de servicio al ciudadano, atendiendo a su condición de poder vicarial, no en vano, la regulación jurídica en materia del procedimiento administrativo general se enfoca a tomar como fuente de la actuación administrativa a la Constitución, de esto se concluye que resultaría ilógico sostener que la Administración se encamine a aplicar una norma vulneratoria de la Constitución y que no pueda realizar nada al respecto cuando, pese a tal precisión, proceda de manera contraria, por el deleznable argumento de que no hay disposición jurídica que la habilite a realizar un control de constitucionalidad. Sin embargo, es de indicarse que dicha técnica de control constitucional de las leyes, no es del todo perfecta, como es la denuncia del propio Tribunal contenida en la STC Exp. N° 04293-2012-PA/TC del 18 de Marzo del 2014, que ha preferido actuar al extremo al descartar dicha técnica bajo el aludido argumento de afectación a la democracia, argumento que tendría sentido en el constitucionalismo clásico, mas no en el actual: el del Estado Constitucional<sup>55</sup>.

Complementamos lo expresado por ambos juristas, con la siguiente reflexión. El principio de legalidad, tal como se ha analizado en las secciones anteriores, supone la actuación de las autoridades administrativas “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”. Esta es la definición recogida por la propia Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444)<sup>56</sup> en el numeral 1.1 del artículo IV de su Título Preliminar y de ella se desprende, a nuestro entender, que los límites están fijados por el Principio de Legalidad (facultades que le han sido conferidas),

<sup>55</sup> HUAMAN ORDOÑEZ, Luis Alberto y Oscar JURADO ARENAS. 2014 “Valoración de las razones justificativas para el control difuso administrativo”. En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 246. Mayo, pp. 74-75.

<sup>56</sup> CONGRESO DE LA REPUBLICA 2001 *Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General*, publicado el 11 de Abril del 2001.

pero el contenido de los actos administrativos debe ser armonizado con los “fines” para los que le fueron otorgados y los fines no pueden ser otros que el goce de los derechos fundamentales que protege la Constitución, al menos en un Estado Social de Democrático de Derecho, que justamente privilegia estos fines. De manera que, en este razonamiento, se encuentra justificado que la primera remisión del precepto legal citado, sea a la propia Constitución, porque nuestro modelo jurídico privilegia a ésta y le reconoce toda la fuerza normativa en la que se basa el reconocimiento de los derechos. En nuestra opinión, el Principio de Legalidad no puede ser asumido como un fin, sino como un medio. Ninguna actuación de la Administración puede validarse sólo por el mérito de encontrarse arreglada a las funciones y facultades conferidas, sino que es en el marco de dichas facultades que la Administración debe resolver conforme a la Constitución, porque se presume que el marco legal administrativo que contempla los requisitos y procedimientos ha sido diseñado para lograr el fin del reconocimiento y goce de un determinado derecho. Pero si por el contrario, la norma legal o reglamentaria, constituye un obstáculo para lograr ese fin, consideramos que la Administración, en estricta aplicación del Principio de Legalidad que textualmente privilegia a la Constitución, debe inaplicar la norma violatoria. Pareciera ello un contrasentido, pero no lo es, si se considera que la inaplicación de normas infralegales, deber ser considerada también como una prerrogativa de los Tribunales Administrativos. Entonces desaparecería toda percepción de extralegalidad. Lo que sostenemos no es otra cosa que reconocer lo ya venía ejecutándose a nivel de algunos Tribunales Administrativos, como el caso del Tribunal Registral que analizamos anteriormente, pues justamente a través de los recursos administrativos de apelación, ejercía el control de la legalidad de los actos administrativos de la primera instancia, pero ello no implicaba únicamente un examen de facultades y habilitaciones, sino que incluía un examen de constitucionalidad, lo que derivó en sendas inaplicaciones de directivas violatorias de la normatividad. Ahora, con estos argumentos, ya resulta claro que, correspondía al Tribunal Constitucional dar contenido a aquellas prerrogativas de control difuso para la Administración, en vista del vacío legal que al respecto ofrecía el texto del

artículo 138 de la Constitución Política, es decir que, en nuestra opinión, era el Tribunal Constitucional que de alguna manera, iba a cerrar el círculo de Legalidad, que faltaba, para consolidar la fuerza normativa de la Constitución a todo nivel.

c) *Límites al Principio de Legalidad que favorecen el control difuso en sede administrativa.*

Probablemente uno de los análisis más contundentes y que apela a los bienes jurídicos mejor protegidos por el ordenamiento jurídico: los derechos fundamentales como límites a la aplicación del Principio de Legalidad. La teoría corresponde a los juristas nacionales Bullard y Higa, quienes sostienen lo siguiente:

*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.*

*[...]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.*

*Los elementos son:*

*a. El carácter autárquico del órgano o Tribunal administrativo. Cuanto más independiente y autónomo sea, y cuanto más este 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 la constitucionalidad serán menores<sup>57</sup>.*

<sup>57</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo y César HIGA SILVA.

2007 “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. En:

En este notable y extenso artículo, los mencionados juristas buscan identificar las circunstancias que justifican una prevalencia del principio de jerarquía por sobre el de legalidad y que constituyan el soporte de una actuación de control constitucional por parte de tribunales administrativos, independientes y autárquicos. Apelando a precisos datos históricos, concluyen por ejemplo, que el concepto de *judicial review* debe redimensionarse y no resulta exclusivo de los órganos judiciales:

*La lógica de la institución de la judicial review se encuentra en evaluar, dentro de un proceso, que los actos del Poder no vulneren los derechos fundamentales de las personas. Por ello, quizás una traducción más adecuada de judicial review sería la de revisión judicial de los actos del Poder. El sentido del control difuso fue justamente preservar los derechos fundamentales de los excesos del principio democrático, más allá de a quién se le encargaba esa labor. El que haya sido realizado originalmente por el Poder Judicial es, antes que una razón de lógica, un dato histórico, pertinente para una circunstancia dada y para un tipo de Estado muy simple<sup>58</sup>.*

Complementando la idea central, que tiene a los derechos fundamentales, como límites naturales al Principio de Legalidad, podemos citar también lo afirmado por Ku Yanasupo:

*Otro argumento fuerte se encuentra en el carácter vinculante de la Constitución en su calidad de norma jurídica suprema, esto ha significado el replanteamiento del antiguo principio de legalidad en la Administración Pública, en el sentido que la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales ya no se realizan únicamente en el ámbito de la ley, sino que la legitimidad de las leyes debe evaluarse a la luz de la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Esto convierte en arbitrario e irrazonable toda actuación de la Administración Pública en la que, alegando el cumplimiento del principio de legalidad, se apliquen normas manifiestamente inconstitucionales, pues ello significaría vaciar de contenido los principios de supremacía constitucional y de fuerza normativa, así como trastocar los propios fundamentos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.*

---

CARPIO MARCOS, Edgar y Pedro GRANDEZ CASTRO (editores). *Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*. N° 1. Lima, Palestra, p. 46.

<sup>58</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo y HIGA SILVA, Cesar. Op. cit., p. 29.

d) *La necesaria superación de un viejo paradigma*

Con ocasión del nuevo rumbo que ha asumido el Tribunal máximo a propósito del caso Consorcio Requena, han salido a la luz opiniones muy interesantes en diversas revistas jurídicas, aportando argumentos en pro de una interpretación extensiva. Sobre la insuficiencia del Principio de Legalidad para resolver un problema tan complejo y la necesidad de romper con paradigma clásico del monopolio de la jurisdicción, el jurista Cortez Tataje sostiene:

*Contrario a ello, somos testigos de que en muchos países se vienen implementando tribunales administrativos independientes de la estructura judicial, así como se ha extendido el reconocimiento del arbitraje, el fuero militar y otros. En el caso peruano, la Constitución Política en el artículo 138 le otorga carácter jurisdiccional al arbitraje lo cual implica una ruptura de los paradigmas tradicionales al otorgar reconocimiento constitucional a un régimen de solución de controversias de carácter privado, en el que la intervención del Estado es casi nula.*

*[...]En este contexto, podemos afirmar que dependiendo del paradigma y cultura jurídica que defendamos, será posible encontrar razones para justificar la aplicación del control difuso en sede administrativa. De este modo, bajo el paradigma constitucional del deber estatal que exige a la Administración Pública velar que sus competencias y actuaciones sean constitucionales, se pueden encontrar sólidos argumentos para afirmar que el control difuso administrativo es posible en razón de que la observancia del principio de legalidad no resulta suficiente o puede ser sobrepasado cuando el legislador apruebe normas que resulten contrarios a los principios y derechos reconocidos en la Constitución<sup>59</sup>.*

e) *El control difuso como potestad implícita de las nuevas funciones jurisdiccionales de la Administración Pública.*

Esta teoría considera aspectos formales y de fondo en cuanto a la potestad heterocompositiva de algunos tribunales administrativos. El

<sup>59</sup> CORTEZ TATAJE, Juan Carlos

2014 “¿Es posible aplicar el control difuso en sede administrativa?”. En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 246. Mayo, pp. 49-50.



razonamiento lógico jurídico corresponde al jurista Bustamante Alarcón, quien sostiene lo siguiente:

*En tanto el ordenamiento jurídico le ha otorgado a la Administración una función cuasi jurisdiccional, implícitamente ese ordenamiento, o más precisamente la propia Constitución le ha otorgado también los poderes y los deberes necesarios para que el ejercicio de esa función sea válida. Esto significa que, si en el marco de un procedimiento administrativo se presenta un conflicto entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, entonces la Administración debe aplicar el artículo 51 de la Constitución y preferir la norma constitucional por encima de la legal, al momento de tomar su decisión o de emitir la respectiva resolución<sup>60</sup>.*

La totalidad de los argumentos analizados resultan de aplicación al Tribunal Registral, en tanto órgano colegiado de la Administración Pública que decide en última instancia en el procedimiento registral. Y pese a que algunos autores sostienen que la potestad del control difuso, a lo mucho podría extenderse a determinados tribunales que gocen de autarquía e independencia y no a los tribunales que defienden sus propios intereses institucionales (tribunales bilaterales que ejercen autocorrección de sus propios actos), lo que sostenemos es que, desde la verificación de que la jurisprudencia de emiten, en muchos casos, son medios de protección y goce de derechos fundamentales, como el derecho de propiedad, a la libertad de empresa, etc. debe por lo menos, analizarse la posibilidad de concedérseles la facultad del control de las normas.

## 1.2 Argumentos en contra.

---

<sup>60</sup> BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo:

2002 “Control Difuso y Administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?” En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LII, N° 41, Diciembre de 2002, p. 55.

Muy aparte de los argumentos, que el propio Tribunal Constitucional ha plasmado en la reciente STC Exp. N° 4293-2012-PA/TC (Consortio Requena), en contra de reconocer facultades de control difuso a los tribunales administrativos, queremos reseñar de manera breve, los argumentos de algún sector de la doctrina nacional, que encuentran conformidad en lo resuelto por el Tribunal máximo.

- a) Las competencias constitucionales no pueden aplicarse extensivamente ni por analogía, pues deben ser taxativas y excepcionales.
- b) Según el jurista Quiroga León, las facultades constitucionales al ser de orden público, se dan sobre vasos comunicantes, de manera que se le atribuye a un órgano, no puede ser ejercido por otro<sup>61</sup>.
- c) El Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 138 de la Constitución de manera extensiva a los tribunales administrativos, altera el texto expreso de la misma, otorgándole un sentido opuesto a su literalidad. Así el Tribunal se presenta como un poder “constituyente” excediendo sus propios límites de poder “constituido”. En consecuencia, el Tribunal Constitucional tiene por límite el texto expreso y literal de la Constitución.
- d) Según Quiroga León, en la historia constitucional el control difuso, desde su nacimiento en el Perú, siempre ha tenido como ámbito de aplicación al Poder Judicial<sup>62</sup>.
- e) Se carece de un mecanismo de control de la actividad de los jueces cuando apliquen el control difuso, lo cual no ocurría con los Tribunales Administrativos, mientras estuvo vigente el precedente vinculante del caso Salazar Yarlénque, y como consecuencia de ello, frente a una decisión de inaplicación de normas por parte de la Administración y que además no sea impugnada en lo contencioso-administrativo, se configuraría una situación de cosa decidida.

---

<sup>61</sup> QUIROGA LEON, Aníbal.

2010 “¿El control difuso administrativo?. En: HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio y Laura OSPINA MEJA (editores). *Elementos de Juicio. Temas Constitucionales*. Año V, Tomo 14. Lima: 2010, p. 93.

<sup>62</sup> *Ibíd*em, p. 92.

- f) Finalmente, resulta oportuno citar el siguiente criterio, sostenido por Cortéz Tataje, sobre la falta de un mecanismo procesal para la implementación del control difuso para la Administración :

*(...) En razón de lo expuesto, somos de la opinión que la estructura normativa de nuestro sistema legal, limita la aplicación del control difuso a los jueces; por ende, el control difuso no podría ser aplicable por los tribunales administrativos en razón de que el sistema jurídico peruano estructuralmente no se encuentra preparado o construido para ello, lo cual no significa afirmar que no existan razones teóricas y técnicas que justifiquen su aplicación. En todo caso, para facultar su utilización o aplicación en sede administrativa será necesario adecuar el marco normativo a tal propósito<sup>63</sup>.*

## 2. Necesidad de un Tribunal Registral con facultades de Control Difuso.

Hasta aquí, se han analizado las diversas posiciones asumidas en torno a este debate, que a pesar de contar hoy en día con una posición oficial y de observancia obligatoria, establecido por el intérprete constitucional, no conoce por ahora término en el tiempo.

Sin embargo, en el ámbito registral, a la fecha ya se han tomado algunas medidas orientadas a la difusión del nuevo precedente vinculante y es precisamente el propio Tribunal Registral que, a través de su página web publica los acuerdos arribados en el CXXI Pleno Registral en el mes de Junio del año 2014, uno de tales, tiene que ver directamente con el tema que nos convoca. Previo a la versión final del acuerdo, se establecen determinados lineamientos estableciendo el campo de actuación que tendrá en adelante el Tribunal Registral, a la luz de la nueva posición de restricción que ha asumido el Tribunal Constitucional. En virtud de tales lineamientos, le corresponde al

<sup>63</sup> CORTEZ TATAJE, Juan Carlos. Op. cit... p. 50

Tribunal: a) no actuar teniendo como único parámetro a la ley, y b) En la tramitación de los procedimientos administrativos, el Tribunal Registral debe respetar la Constitución, los principios constitucionales, y en particular, “los derechos fundamentales, las garantías procesales correspondientes (derecho al debido proceso, derecho de defensa, etc.) así como los principios constitucionales que lo conforman (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.)”.<sup>64</sup>

Con estos parámetros, la versión final del acuerdo concluye no contiene en sí un precepto jurídico, como ocurre con cualquier otro acuerdo plenario. Se trata más bien, de una decisión de actuación. De esta manera el pleno adopta la decisión de “publicitar que los acuerdos indicados en la ponencia han quedado sin efecto en virtud de la sustentación referida”.

El análisis de las implicancias de esta decisión y las propuestas para su mejoramiento, los abordaremos en el siguiente punto. Lo que pretendíamos con esta reseña es graficar el estado de las cosas en la actualidad, lo cual es sinónimo de asumir que estamos ante un Tribunal –como los demás del ámbito administrativo- despojado de las facultades del control de la constitucionalidad, lo cual nos preocupa pues, independientemente de las buenas intenciones de observancia perpetua de los preceptos constitucionales, con la inhibición (entendible por cierto, desde que se acata una decisión del máximo Tribunal) materializada en este acuerdo plenario, se consuma una tendencia hacia la reducción de los espacios de control de constitucionalidad, lo que en buena cuenta no es otra cosa que, un retroceso en la labor de reforzar los mecanismos de detección de posibles vulneraciones a derechos fundamentales.

---

<sup>64</sup> Tribunal Registral:

2014 CXXI Pleno Registral. Sesión Ordinaria de Debates Previos. Modalidad Presencial. Tema 8. (Material No publicado). SUNARP.

En el caso particular del Tribunal Registral, consideramos que resulta desde todo punto de vista, una desprotección muy seria, teniendo en cuenta el alto grado de proximidad entre la institución y el ciudadano común. Desarrollando esta idea, identificamos que son pocas las instituciones públicas que ejercen un nivel tan alto de trato directo con el ciudadano en pro del ejercicio efectivo e inmediato de sus derechos civiles y patrimoniales, al nivel que lo realiza la SUNARP a través de sus diversas oficinas registrales. Por ello, consideramos analizar cuáles son los elementos que hacen necesario contar con una segunda instancia registral, vigilante de la supremacía de los preceptos constitucionales.

*a) Por la naturaleza de los actos inscribibles.-*

Si existe un rasgo característico en todos aquellos aspectos que merecen publicidad registral, sin importar si se trata de un Registro u otro, es que resulta un punto común, que los mismos adquieren un valor comercial redimensionado una vez que son publicitados registralmente. El acceso a la publicidad con efectos jurídicos -trátase de derechos de propiedad, libertad de empresa, denuncios mineros, derechos sucesorios- abre la posibilidad de un tráfico jurídico que ofrece garantías mínimas de seguridad. Es solo a través de los efectos excluyentes que ofrece la publicidad registral, que la información relevante, adquiere dimensiones de bien jurídico. En tal escenario, creemos que son dos tipos de factores que, en relación con el derecho inscribible, pueden presentar contradicciones con la constitucionalidad. Se trata en primer lugar de factores exógenos que es una categoría que califica al grupo de disposiciones legales, reglamentarias, directivas o lineamientos que son ajenos al derecho inscribible, pero que, en tanto regulan de alguna manera, los requisitos de su acceso a la publicidad registral, pueden desbordar lo constitucionalmente permitido. En segundo lugar, un grupo de factores

endógenos, está conformado igualmente por aquellas disposiciones legales, reglamentarias, directivas o lineamientos que tienen relación con el despliegue de efectos jurídicos que genera la inscripción de determinado derecho, pero que, eventualmente, al limitar o extender indebidamente sus efectos, desnaturaliza la propia figura jurídica, generando eventos de ilegalidad o inconstitucionalidad.

*b) Por el crecimiento económico y social.*

Esto que parece un tema ajeno al jurídico, es por el contrario, un asunto medular del mismo. Para ello debe entenderse como presupuesto que, donde hay riqueza, en la misma medida habrá tráfico jurídico de bienes y servicios y que la relación entre los negocios comerciales y la formalidad legal y dinamismo contractual, es una relación de retroalimentación. Y en este mercado legal y formal de bienes y servicios, el Registro resulta de una importancia sideral. Y también debe entenderse que el desacelerador natural de una economía galopante es sin duda la inseguridad jurídica. Esta se puede traducir en diversas manifestaciones, como por ejemplo, el irrespeto a la intangibilidad de las partidas, la falta de predictibilidad de las decisiones de la primera y segunda instancia registral. Pero particularmente, un Tribunal Registral que se muestra impasible ante situaciones inconstitucionales o ilegales producidos por la desnaturalización de procedimiento o del derecho inscribible, lanza una señal a la sociedad de falta de preparación jurídica, falta de autoridad y peor aún, de ser solamente una burocracia obediente, muy alejada de lo que se espera de la Administración Pública moderna, en los Estados sociales y democráticos de Derecho.

3. Propuestas técnicas y legislativas.

a) Propuestas legislativas.- Probablemente no se encuentre a nuestro alcance, tentar una modificatoria del texto constitucional que permita

expandir la potestad de control difuso hacia el terreno de los tribunales administrativos. De hecho, la mayoría de las legislaciones comparadas no contemplan un texto constitucional en tales términos. Nosotros, persistimos en la idea que era al Tribunal Constitucional a quien le correspondía ejercer la labor interpretativa del artículo 138, como en efecto lo hizo con ocasión del caso Salazar Yarlenque, pero al parecer el reciente overruling ha transformado radicalmente el panorama.

Probablemente, más próxima es la posibilidad de una norma que de alguna manera desarrolle la figura del incidente de constitucionalidad, por el cual, sea el Tribunal Administrativo el que, advertido de una posible inconstitucionalidad y a solicitud de parte, traslade los actuados al juez competente para una rápida resolución sobre la materia. De esta manera no se transgrede lo dispuesto por el Tribunal máximo, en tanto, se aguarde un nuevo re-examen del precedente, por el propio Tribunal. Los argumentos para ello, ya han sido explicados en las secciones anteriores y debe tenerse en cuenta que, aunque pueda verse afectada en cierta forma la predictibilidad con eventual nuevo giro, se trata únicamente de acuerdos que vinculan a los propios magistrados y no es una revisión de algún caso en concreto, que fuera a cambiar el sentido de alguna sentencia ya expedida.

b) Propuestas técnicas.- En cuanto al estado de las cosas, preocupa en sobremanera que el nuevo precedente resuelto en caso Consorcio Requena, haya motivado una escalada de “inhibición administrativa”, sin haberse analizado apropiadamente los alcances de dicha resolución.

Así por ejemplo, el Tribunal Registral publica en la actualidad, en su página web, que se deja sin efecto los Acuerdos Plenarios mediante los cuales se sancionó –e inaplicó- las normas que violentaban el principio de doble instancia (nivel constitucional) y el principio de legalidad de la calificación (nivel

legal). Se entiende perfectamente que, respecto de la inaplicación de normas por inconstitucionalidad, el Tribunal Registral reconozca su inhabilitación actual para ejercer tal control, según lo ordenado por el Tribunal Constitucional; pero respecto al control de Legalidad, creemos firmemente que se comete un error al interpretar lo que el Tribunal máximo nunca expresó.

En efecto, tal como se desprende de la STC Exp. N° 4293-2012-PA/TC, fuera del argumento sobre el supuesto incumplimiento de preceptos en la técnica procesal de elaboración de precedentes vinculantes, del contenido de la mencionada resolución se desprenden argumentos de fondo que postulan que con el control difuso en sede administrativa se afecta el principio de separación de poderes, el sistema dual de control constitucional y se le conceden al poder Ejecutivo facultades de control que son disímiles su función natural de reglamentación. Como se puede ver, en ningún caso se discutió si la Administración (Tribunales Administrativos) tampoco podía ejercer el control de la legalidad de las normas de rango inferior a la Ley<sup>65</sup>. Sin embargo, el Acuerdo Plenario por el cual se inaplicó una Directiva (caso del poder irrevocable) por contravención con el artículo 2011 del Código Civil (Ley), en un acto de arrastre, también ha sido dejado sin efecto, argumentando que el Tribunal Constitucional ha retirado las facultades de ejercer (cualquier tipo de) control, sobre las normas, ya sea por inconstitucionalidad como por ilegalidad. En ese contexto, creemos que se trata de un error de técnica interpretativa que debe ser corregido por el propio Tribunal Registral.

Sostenemos que, no debería ser la acción de “inaplicar” la que despierte reacciones adversas en los judicialistas, pese a que la arraigada tradición jurídica ibérica les proporciona un halo de desconfianza, cuando se trata de

---

<sup>65</sup> En efecto, en el cuarto párrafo del punto séptimo de lo que constituye el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, en la STC 3741-2004-PA/TC (caso Salazar Yarlénque), el jurista ya dejaba en claro que, pese a que la inexistencia de un mecanismo de consulta determinaba en su opinión que no era propicio aceptar el control de constitucionalidad en sede administrativa, “*podría realizarse contra disposiciones infralegales y no legales*”, en clara alusión a un permitido control de legalidad en sede administrativa.



contemplar extendidas las prerrogativas que antaño eran de exclusividad de los magistrados. Es decir, que a muchos no les resulta fácil ver a un funcionario público, vocal de alguna Sala de determinado tribunal administrativo, inaplicando normas y dejándolas sin efecto en su aplicación a un caso concreto, trátase del rango que estas sean. Para muchos, basta la acción de inaplicación, para identificar una extralimitación de facultades, sin darse cuenta quizás, que al menos en lo que respecta a normas infralegales, existe el deber del funcionario público, de velar por la supremacía de la Ley emanada del poder legislativo, sin menoscabo de todo lo anteriormente mencionado sobre la incomprensible fuerza normativa de la Constitución.

Dejar de lado la Ley, aún cuando sea para preferir la Constitución, es una conducta que puede despertar diversas críticas. Alguna doctrina puede ver en ello, la vulneración flagrante al Principio de Legalidad. Pero, aún en una interpretación reducida, de este principio, no encontramos justificación para oponerse a la inaplicación de reglamentos y directivas por preferencia de la Ley. En ese sentido es que proponemos una inmediata reevaluación del acuerdo plenario por parte del Tribunal Registral.

## CONCLUSIONES.

1. La historia nos demuestra que el constitucionalismo tiene sus orígenes en Norteamérica y luego se afianza en Europa continental, dotando a la carta magna de una naciente fuerza legal que la sitúa en la cumbre de la escala jerárquica de normas. Sus enunciados formulados en principios universales de libertades, coexisten con aquellas declaraciones sobre división política territorial, forma de gobierno, política económica, entre otros. Pero se resalta la tendencia mundial, desde principios de siglo, a lograr niveles óptimos de goce pleno de derechos. En ello, juega un papel importante, contar con aparatos estatales con amplio conocimiento del derecho constitucional.
2. Es muy importante identificar los alcances del nuevo rol del Estado social, ante una sociedad que requiere cada vez más, la desconcentración de las facultades jurisdiccionales, en tanto que se pueda garantizar que este proceso pueda replicar las garantías que ofrece el poder judicial, en términos de debido proceso e imparcialidad, por ejemplo.
3. En los años posteriores y hasta la fecha, la segunda instancia administrativa, bajo cualquier denominación que le sea atribuida, ha logrado un notable desarrollo técnico-jurídico, y son cada vez más los escenarios administrativos en los que se verifica su funcionamiento. Mención aparte merecen todas aquellas situaciones en las que la función jurisdiccional se evidencia, y es

ejercida por Tribunales de h etero-composición de controversias, como por ejemplo las jurisdicciones arbitrales voluntarias, cuyos laudos s  gozan del carácter de cosa juzgada, y que en algunos casos son organizadas al interior de entidades públicas.

4. La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso del Consorcio Requena, en la que se descarta la opción del control difuso por parte de tribunales administrativos, representa solamente un estadio en la línea continua de la controversia sobre su constitucionalidad. Estamos convencidos que nuevos escenarios de actuación de dichos tribunales y la eventual conformación de los mismos, para atender requerimientos de justicia por parte de los ciudadanos que utilizan los servicios públicos regulados, impulsarán una reevaluación de esta decisión adoptada por el supremo intérprete constitucional. La implementación de grandes reformas estructurales, como por ejemplo la ejecución del régimen de servicio civil en el campo laboral de la administración pública., o viendo a futuro, la implementación de una hipotética Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, más especializada y dinámica en beneficio de los pensionistas y aportantes, va a requerir soluciones y respuestas en periodos de atención cada vez más reducidos. Ello, sumado a la gran difusión por utilización de redes sociales, sobre el actuar bueno o malo de alguna autoridad administrativa, termina por exponer las virtudes y deficiencias de los cuadros profesionales que desempeñan funciones administrativas, y sería muy positivo que la tendencia muestre que en estos profesionales hay un conocimiento profundo y práctico de los derechos consagrados constitucionalmente. Ello generaría expectativas de justicia al nivel más próximo al ciudadano, disminuyendo consecuentemente, la percepción de que la burocracia utiliza la formulación legal (principio de legalidad rígido) como excusa de algunas ineficiencias.
5. Dando respuesta a la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación, queda demostrado que la revocación de la facultad del control difuso por parte de los tribunales administrativos, no se condice con la

evolución jurídica que muestran estos tribunales y la trascendencia de los mismos en la sociedad, a raíz de su proximidad al ciudadano que hace uso de su derecho a la doble instancia administrativa. Ello se puede deducir, tomando como ejemplo el rol del Tribunal Registral, en tanto constituye la última instancia administrativa en materia de publicidad registral, que es un concepto sumamente relevante en la construcción de un sistema de seguridad jurídica. Por lo tanto, resulta un deber implícito de este Tribunal, el resolver las apelaciones que se le presentan, teniendo en cuenta que es la norma constitucional, aquella que no debe perderse de vista al momento de las ponderaciones de los derechos que surgen del tráfico jurídico de bienes y servicios. En consecuencia, la existencia de mecanismos eficientes de publicidad de titularidades, trátase de publicidad registral estática o dinámica, requiere de una respuesta oportuna por parte de la administración, cuyo pronunciamiento sea construido sobre la garantía de una evaluación jurídica y constitucional, ejercido por un Tribunal con habilitaciones suficientes para evaluar constitucionalmente cada aspecto sometido a su jurisdicción.

6. La relación entre los negocios comerciales y la formalidad legal y dinamismo contractual, es una relación de retroalimentación. Y en este mercado legal y formal de bienes y servicios, el Registro resulta de una importancia sideral. Y también debe entenderse que el desacelerador natural de una economía galopante es sin duda la inseguridad jurídica. Esta se puede traducir en diversas manifestaciones, como por ejemplo, el irrespeto a la intangibilidad de las partidas, la falta de predictibilidad de las decisiones de la primera y segunda instancia registral.
7. Un Tribunal Registral que se muestra maniatado ante situaciones inconstitucionales o ilegales producidos por la desnaturalización de procedimiento o del derecho inscribible, lanza una señal a la sociedad de falta de preparación jurídica, falta de autoridad y peor aún, de ser solamente una burocracia anacrónica, muy alejada de lo que se espera de la Administración Pública moderna, en los Estados sociales y democráticos de Derecho.

8. En el presente trabajo se ha practicado un análisis de situaciones específicas en las que el procedimiento registral ha generado colisiones con determinados derechos constitucionales, generalmente en temas relacionados a la propiedad y a los requisitos y procedimientos conducentes al perfeccionamiento de la misma, a través de la oponibilidad por publicidad registral. Fueron situaciones muy poco frecuentes y de poca incidencia, pero que obtuvieron un pronunciamiento del Tribunal, saludable en todo sentido, pues se desactivaron barreras burocráticas y se ratificó la confiabilidad en el respeto a la Constitución por encima de normas reglamentarias. Este es el significado de la potestad auto reguladora de la Administración, a nuestro entender. Que en el caso del Tribunal Registral equivale a decir que existió una vocación de preservar y vigilar la constitucionalidad al interior del procedimiento registral, lo que consideramos determinante para el dinamismo de la economía, principalmente en lo que respecta a la inversión privada.
9. La decisión actual del Tribunal Registral, de renuncia a ejercer el control de Legalidad de las normas de rango menor a la Ley, debe ser inmediatamente reevaluada, pues dicha decisión, no encuentra sustento alguno en la aplicación de la sentencia del caso Consorcio Requena, como se sostiene en el Acuerdo Plenario adoptado en el CXXI Pleno Registral, al no haber sido cuestionadas por el Tribunal Constitucional, las potestades de los Tribunales Administrativos para inaplicar normas infra legales, por Control de Legalidad.

## BIBLIOGRAFIA

1. BERNALES BALLESTEROS, Enrique.  
1999 “La Constitución de 1993. Análisis Comparado”. Editora Rao. Lima, 1999
2. BIDART CAMPOS, Germán J.  
1992 “El Sistema Constitucional Argentino”. En: *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Editorial Dykinson. Madrid, 1992
3. BULLARD GONZALEZ, Alfredo y César HIGA SILVA.  
2007 “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. En: CARPIO MARCOS, Edgar y Pedro GRANDEZ CASTRO (editores). *Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional*. Nº 1. Lima, Palestra
4. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo:  
2002 “Control Difuso y Administración. ¿Es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?” En: *Revista Jurídica del Perú*. Año LII, Nº 41, Diciembre de 2002
5. CORTEZ TATAJE, Juan Carlos  
2014 “¿Es posible aplicar el control difuso en sede administrativa?”. En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 246. Mayo.
6. ESTEVE PARDO, José.  
2011 *Lecciones de Derecho Administrativo*. Edit. Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: 2011
7. FERNANDEZ SEGADO, Francisco.  
1997 “Evolución histórica y Modelos de Control de Constitucionalidad”. En: Dykinson y otros (editores). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid

8. FERNANDEZ SEGADO, Francisco.  
1992 “El Sistema Constitucional Español”. En: *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Editorial Dykinson. Madrid: 1992
9. GARCIA BELAUNDE, Domingo.  
1992 “El Sistema Constitucional Peruano”. En: *Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*. Editorial Dykinson. Madrid, 1992
10. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.  
s/a “La Administración Pública y la Ley” En: *Thémis. Revista de Derecho*. N.º 40,
11. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.  
1996 “*Democracia, Jueces y Control de la Administración*”. Segunda edición, Editorial Civitas
12. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNANDEZ,.  
2000 *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Décima Edición. Editorial Civitas. Madrid: 2000.
13. GUZMAN NAPURI, Christian.  
2011 *Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo*. Ediciones Caballero Bustamante. Lima: 2011
14. HUAMAN ORDOÑEZ, Luis Alberto y Oscar JURADO ARENAS.  
2014 “Valoración de las razones justificativas para el control difuso administrativo”. En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. Tomo 246
15. MARQUEZ VASQUEZ, Daniel.  
2006 “Algunas Reflexiones sobre la Administración Pública y la Justicia Administrativa. La Tutela Judicial Efectiva” En: LOPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coordinador). *Estudios en homenaje a Don Alfonso Nava Negrete en sus 45 años de docencia*. México D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consulta: 13 de octubre de 2014.  
<<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2301/14.pdf>>>
16. MARTIN TIRADO, Richard  
2010 “Los Recursos Administrativos y el Control Difuso en la Administración Pública”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2010. Año 5, N° 9 Diciembre
17. QUIROGA LEON, Aníbal.

2010 “¿El control difuso administrativo?. En: HERNANDEZ GALINDO, José Gregorio y Laura OSPINA MEJA (editores). *Elementos de Juicio. Temas Constitucionales*. Año V, Tomo 14. Lima: 2010.

18. SUNARP Acuerdos Plenarios. Lima, p. 11. Consulta: 11 de Diciembre de 2014.  
<<<https://www.sunarp.gob.pe/tribunalRegistral/AcuerdosactualizadosalCXXI.pdf>>>

