

Alcances del control difuso de constitucionalidad en el ámbito registral peruano (A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional)

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA (*)
GILBERTO MENDOZA DEL MAESTRO (**)

«Why does a judge swear to discharge his duties agreeably to the constitution of the United States, if that constitution forms no rule for his government? if it is closed upon him, and cannot be inspected by him?»

(Extracto de la sentencia del Juez John Marshall
en el caso Marbury vs. Madison)

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN.

1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.
2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: ENTRE LA JERARQUÍA NORMATIVA Y LA LEGALIDAD:

(*) Presidente del Tribunal Registral de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Empresarial. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Mercantil.

(**) Adjunto de docencia de los cursos de Acto Jurídico y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado.

- 2.1. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA.
- 2.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.
3. CONTROL NORMATIVO: EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO.
4. CONTROL DIFUSO APLICADO POR LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
 - 4.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL DIFUSO.
 - 4.2. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:
 - 4.2.1. *Sentencia que establece como precedente que los Tribunales Administrativos están obligados a aplicar el control difuso y su aclaratoria.*
5. ASPECTOS REGISTRALES:
 - 5.1. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.
 - 5.2. APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO POR EL TRIBUNAL REGISTRAL.

INTRODUCCIÓN

Imaginemos que se publica en el diario o gaceta oficial la «Ley de Garantías Inmobiliarias» en virtud de la cual se deroga la «hipoteca legal» —regulada en el art. 1.118 del Código Civil (1)—, con carácter retroactivo, pese al mandato expreso del artículo 103 de nuestra Carta Magna (2).

¿Cómo debería procederse en sede registral si, a pesar del nuevo dispositivo legal, un usuario solicitara se inscriba la hipoteca legal derivada de su contrato de compraventa de inmueble con saldo de precio celebrado con anterioridad a la dación de la ley?

(1) Artículo 1.118. Hipotecas legales:

«Además de las hipotecas legales establecidas en otras leyes, se reconocen las siguientes:

1. La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero.

2. La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle.

3. La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios».

(2) Artículo 103. Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho:

«Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

La Constitución no ampara el abuso del derecho».

Si nos guiáramos por el principio de legalidad, debería denegarse tal solicitud, dado que la fuerza que tiene la ley en sede administrativa es vinculante, por lo que el usuario sólo tendría la vía jurisdiccional para hacer valer su derecho. Entonces, ¿una norma que es, a todas luces, inconstitucional será aplicada por los entes administrativos basado en el principio de legalidad?

Cuando en el año 1803 el Juez John Marshall emitió el fallo del caso *Marbury contra Madison*, estableció (entre otras cosas) el principio de revisión judicial y el poder del Tribunal de resolver sobre la constitucionalidad de las medidas legislativas y ejecutivas (3).

La supremacía constitucional sobre cualquier otra norma fue uno de los argumentos que se sustentó en dicho fallo: «*If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply*» (4), el cual ha llegado hasta nosotros como una garantía de control normativo de las leyes.

La inaplicación de una norma realizada por los tribunales frente a la vulneración de la constitución ha llegado a nosotros con el nombre de control difuso, el cual tiene su sustento en la supremacía que tiene dicho texto constitucional sobre cualquier norma.

A raíz de la sentencia dictada del Tribunal Constitucional peruano publicada el 12-6-2005 (5) y la del 24 de octubre del presente año (6) —aclarada mediante Resolución del 13-10-2006—, se habilitó a los órganos administrativos (para ser más precisos a los Tribunales y órganos colegiados que imparten justicia administrativa a nivel nacional) la aplicación del control difuso.

(3) Para una mayor referencia recomendamos la lectura de LANDA ARROYO, César, *El Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Palestra, 2.ª ed., págs. 48-56.

(4) «Si los Tribunales deben tomar en consideración la Constitución, y la Constitución es superior a toda ley ordinaria del Legislativo, entonces la Constitución y no tal ley ordinaria tiene que regir en aquellos casos en que ambas serían aplicables» (traducción libre).

(5) Sentencia que declaró infundadas demandas de inconstitucionalidad contra la Ley número 28389 y fundada en parte demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28449, que modificaron régimen pensionario regulado por el D.L. número 20530.

(6) Sentencia que declara FUNDADA la demanda de amparo, por lo cual se ordena a la Municipalidad Distrital de Surquillo admita a trámite el medio de impugnación interpuesto por el recurrente contra el acto administrativo que determinó una sanción de multa, sin exigirle previamente el pago de una tasa por concepto de impugnación. EXP. N.º 3741-2004-AA/TC.

1. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

De la revisión de los artículos 3 (7) y 43 (8) de nuestra Constitución Política se desprende que nuestro país es un Estado Social y Democrático de Derecho, dejando de lado aquella concepción de un Estado Liberal de Derecho. El tránsito de uno a otro modelo —tal como lo señala el Tribunal Constitucional—, no es sólo una cuestión terminológica, sino que comporta el redimensionamiento de la función del propio Estado.

Y antes de dicho redimensionamiento, hubo un cambio fundamental que dio origen al Estado Liberal, el cual mediante dos revoluciones: la francesa y norteamericana, cambiaron la concepción de la época, haciendo el reconocimiento de la libertad de las personas en contraposición a lo sucedido durante el régimen absolutista-monárquico.

Dicho Estado Liberal de Derecho, si bien fue reconocido en sus inicios por la carga ideológica que tenía, luego de algún tiempo fue cuestionado por las exigencias de un panorama más complejo en las relaciones intersubjetivas, producto de la industrialización. Dicho tipo de estado no satisfacía plenamente la exigencia de la sociedad, toda vez que sólo aseguraba una mera igualdad formal que no trascendía al nivel social.

Por esto, en busca de la igualdad en sentido «material» en la sociedad junto con los mecanismos que coadyuven a ésta, se propone otro tipo de Estado. En ese sentido, se señala que si bien los valores básicos del Estado liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación, en todo ámbito, de los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, también lo es que «(...) *el Estado social democrático y libre no sólo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material y partiendo del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca de tal modo que no puede realizarse el uno sin el otro*» (9).

(7) Artículo 3. Derechos Constitucionales. *Númerus Apertus*:

«La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

(8) Artículo 43. Estado democrático de derecho. Forma de Gobierno:

«La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

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

(9) Fundamento § 1 de la sentencia del expediente 0048-2004-PI/TC del Tribunal Constitucional.

En ese sentido el Tribunal Constitucional (10) señaló que el Estado Social y Democrático de Derecho es una construcción complementaria del Estado Liberal de Derecho, dado que: *«la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social (...)»*.

Por lo que, si juntamos la supremacía de un texto constitucional, el control y la limitación del poder (11), y el respeto y tutela de los derechos fundamentales (12), estamos frente al denominado Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, HÄBERLE señala que: *«El Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológica-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizar elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta»* (13).

(10) STC 0008-2003-AI, Fundamento núm. 12.

(11) Una forma de limitación es la ya clásica división de poderes, la cual según LOEWENSTEIN: «Lo que en realidad significa la así llamada “separación de poderes”, no es, ni más ni menos, que el reconocimiento de que por una parte el Estado tiene que cumplir determinadas funciones —el problema técnico de la división del trabajo— y que, por otra, los destinatarios del poder salen beneficiados si estas funciones son realizadas por diferentes órganos: la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes. La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado. El concepto de “poderes”, pese a lo profundamente enraizado que está, debe ser entendido en este contexto de una manera meramente figurativa». LOEWENSTEIN, Karl, «Una antigua teoría: la separación de poderes», en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; LANDA ARROYO, César, y RUBIO CORREA, Marcial, *Derecho Constitucional General*. Selección de Lecturas de Derecho Constitucional. Tomo II. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1995, pág. 18.

(12) Adoptamos dicha denominación, toda vez que nos parece más amplia y más flexible que utilizar la expresión derechos humanos, derechos naturales o derechos morales. Ver: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y el Boletín Oficial del Estado, 1999, págs. 36-38. Asimismo, para un mejor acercamiento al tema en sede nacional, sugerimos la lectura de BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*, Lima, Ara Editores, 2001, pág. 73.

(13) HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, México, UNAM, 2001, pág. 3.

Tal como lo señalamos, este modelo de Estado tiene como característica la supremacía constitucional, dado que todas las normas no pueden estar al mismo nivel, son parte de una norma fundamental que da validez a las demás y que prevalece sobre las otras, esta norma es la constitucional.

Asimismo, la característica del control y la limitación del poder se refiere al respeto que impone la Ley, entendida como norma que acoge la voluntad general y no los requerimientos individuales. Esto conlleva al sometimiento del ejercicio del poder a reglas preestablecidas para la actuación estatal, lo cual quiere decir que toda conducta del Estado debe ampararse en la ley, lo que se ha denominado, principio de legalidad.

Es importante enfatizar que este tipo de estado busca garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales (14), consagrándolos en una norma jurídica, previniendo su perturbación o privación, y creando mecanismos de tutela que protejan los mismos.

En conclusión, si bien por siglos se padeció la impronta de un legalismo formal, hace ya varios años ha salido a la luz un nuevo modelo, que no es producto de cambio meramente nominal, sino que adoptando el precedente lo humaniza, llenándolo de valores y principios de los cuales cualquier interprete debe partir.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: ENTRE LA JERARQUÍA NORMATIVA Y LA LEGALIDAD

2.1. PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA

Cuando se habla de jerarquía, se refiere a que existen niveles en el ordenamiento jurídico, por el cual van a ver normas que prevalezcan sobre otras en caso de conflictos.

Esto ha sido recogido en nuestra Carta Magna en su artículo 138, al señalarse que: *«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»*.

La discusión si la Constitución contiene normas jurídicas en sentido estricto de alguna manera ha sido superada por la doctrina comparada en función del tipo de Estado en el que nos encontramos, por el cual se afirma que *«la constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior»* (15).

(14) Artículo 1. Defensa de la persona humana:

«La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

(15) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 3.ª ed., 1988, pág. 50. En ese sentido también se manifiesta

Al ser ley superior, la cual está positivizada, la Constitución gobierna las fuentes formales del derecho, así como hace depender el sistema entero como una norma fundacional, así como las funciones establecidas en un ordenamiento no positivizado tenía el Derecho Natural (16).

Por eso, se ha señalado que existen conceptos que por lo menos a nivel de discurso ya son consensualmente aceptados por todos en el Perú, siendo uno de ellos el de que ninguna normativa o quehacer estatal, e incluso privada entre particulares, puede ser contraria a lo constitucionalmente dispuesto, en línea de lo que actualmente se denomina «constitucionalización» del Derecho (17).

Siendo todo esto así podemos llegar a la conclusión que el principio de jerarquía normativa es uno de los sustentos para el equilibrio del modelo de Estado Constitucional adoptado, toda vez que al prevalecer el texto constitucional —con la valoración que contiene—, frente a cualquier norma de rango inferior, se protege la integridad del ordenamiento en su conjunto de manera inmediata y los derechos fundamentales del hombre de manera mediata.

2.2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Por todos es conocida la importancia que tiene la Administración pública en nuestros tiempos, siendo que al estar siempre dependiente del «Estado», va de la mano con su evolución. Asimismo, su estructura por lo demás compleja, con diversas funciones y con reglas especiales, hacen que su estudio requiera cada vez más de mayor profundidad.

En ese sentido, históricamente se señala que el Derecho Administrativo surgió como manifestación de las concepciones jurídicas de la Revolución Francesa y como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo. Éste partía de un principio básico: la fuente de todo Derecho es la persona subjetiva del Rey en su condición de representante de Dios en la comunidad, lo que implica que pudiese actuar tanto por normas

MONROY CABRA al señalar que: «La constitución es una norma suprema; los poderes públicos están sometidos a ella y la infracción es antijurídica y es declarada inconstitucional por los tribunales constitucionales. La norma constitucional tiene superioridad sobre la legislación, es fuente de toda creación normativa y de todos los actos de su aplicación» «La constitución es la norma jurídica fundamental y fundamento de todo el ordenamiento jurídico». MONROY CABRA, Marco Gerardo, «Concepto de constitución», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2005, Tomo I, Montevideo, Honrad-Adenauer-Stiftung, pág. 40.

(16) DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, 2.^a ed., 7.^a reimp., 1999, pág. 22.

(17) ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy, «El control difuso: su ámbito de acción en el Derecho Comparado y sus alcances en el Perú», en *Revista Jurídica del Perú*, año LV, núm. 62, mayo-junio de 2005, pág. 32.

legales generales como por actos singulares o por sentencias contrarias a aquéllas (18).

Por ello el Derecho no era visto en el Antiguo Régimen como legalidad, sino como un conjunto de derechos subjetivos («cosmos de privilegios»: Max Weber) (19). El Derecho Público se articulaba sobre la clave de bóveda de la posición subjetiva del monarca, pero, dada la posición trascendental de éste, ni él ni sus agentes (en cuanto puros mandatarios suyos), tanto los administrativos como los judiciales estaban sometidos a las leyes generales (*legibus solutus*) (20).

Todo esto cambia, tal como lo señalamos antes, con la nueva concepción de Estado, la cual debe ir de la mano con una nueva concepción de la Administración pública.

En el Derecho Privado se establece el principio *permissum videtur in omne quod not prohibitum*, es decir, toda vez que se rige por el principio de la libertad, se entiende permitido todo lo que no esté prohibido. Esto ha sido recogido en nuestra Carta Magna en el literal a) del numeral 24 del artículo 2 como derecho fundamental, toda vez que se señala que «Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

En cambio, cuando nos referimos a la Administración pública, tenemos que referirnos a otro principio que señala que *quae non sunt permissae prohibita intelliguntur*, lo que no está permitido hay que entenderse que está prohibido (21).

Siendo este el principio que rige para la Administración pública, sólo una norma que habilite la actuación de ésta permite que despliegue todas sus facultades, evitando así posibles actos de arbitrariedad.

La Ley número 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, tomando en consideración lo antes mencionado, ha recogido el denominado «principio de legalidad», el cual señala que, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

(18) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I. Madrid, Civitas, 19.^a ed., pág. 440.

(19) Esto se entiende con la concepción de constitución que se tenía, la cual no era tomada como un cuerpo sistemático con valores preeminentes. Ver: ZAGREBELSKI, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bologna: Il Mulino, 1977 págs. 14-15.

(20) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pág. 442.

(21) «Este principio, cuyos orígenes se remontan a la doctrina de la división de poderes, tal como se entendió en la Revolución francesa, no se aplica, obviamente, a la actividad de los particulares, para los que rige el principio opuesto de vinculación negativa, ya formulado por el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “todo lo que no está prohibido por la ley está permitido”». PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, I. Parte General, Barcelona, Marcial Pons, 15.^a ed., 2004, pág. 373.

Este principio tiene vinculación con la situación jurídica denominada potestad, la cual se entiende como aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existentes (22). Y dado esto, por su origen legal, éstas son inalienables, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

En el ámbito administrativo se señala que estas potestades no se resuelven en ninguna pretensión concreta, sino en la simple posibilidad de producir efectos jurídicos: dictar Reglamentos, con el carácter vinculante de las normas jurídicas, entre otros (23).

Es decir, frente a ésta no existe un deber jurídico, sino una abstracta sujeción que vincula a soportar los efectos jurídicos que dimanen del ejercicio de las potestades y su eventual incidencia sobre la propia esfera jurídica. Para ser más precisos, GARCÍA DE ENTERRÍA señala que «*sometidos o vinculados a esa sujeción no están personas determinadas, sino el conjunto de los ciudadanos (y aun de los extranjeros residentes sobre el territorio): todos tendrán que admitir que un Reglamento les afecte, o que una expropiación recaiga eventualmente sobre sus bienes, o que los mandatos y acuerdos de la policía del orden hagan de ellos sus destinatarios; pero a la vez esa incidencia podrá ser desventajosa, si de la misma resultan cargas o gravámenes para alguno de los sujetos sometidos a tales potestades, pero también ventajosa, puesto que el Reglamento puede ampliar o mejorar su esfera de derechos, o cabe que sea declarado “beneficiario de una expropiación” (...)» (24).*

Se señala que las potestades administrativas pertenecen en su inmensa mayoría a la especie llamada potestad-función, esto es, aquellas potestades que deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular. Explica GARCÍA DE ENTERRÍA que «*concretamente, las potestades administrativas deben ejercitarse en función del interés público, que no es el interés propio del aparato administrativo, sino el interés de la comunidad, a la cual, como precisa el artículo 103.1 de la Constitución, “la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales...”*. Lo cual comporta dos consecuencias que vienen a subrayar un nuevo apartamiento de la figura técnica de la potestad respecto del derecho subjetivo; negativamente, las potestades administrativas no pueden ejercitarse sino en servicio de ese in-

(22) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo General*, I, Madrid, Iustel, 2004, pág. 423.

(23) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pág. 450.

(24) *Ibid.*, pág. 451. Asimismo, SANTI ROMANO señala que nos encontramos frente a una especie de poder. SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè editore, 1983, pág. 194.

terés comunitario, que es ajeno, y absolutamente superior, al interés propio de la Administración como organización; positivamente, la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias» (25).

Es importante indicar que, desde un punto de vista formal, esas potestades administrativas, donde se expresa una inequívoca supremacía política, no son diferentes técnicamente de las potestades que el ordenamiento atribuye a los particulares, aunque, naturalmente, varíen en su contenido material concreto. Así la potestad paterno-filial, o la potestad de ocupar *res nullius*, o la potestad de acción, o de poner en marcha los Tribunales o la potestad de autonomía privada, etc. (26).

Explicado todo lo anterior, se entiende mejor el principio de legalidad y su relación con todos los administrados. La administración, al gozar de dicha posición de ventaja, puede realizar ciertos actos dentro de los límites que le han sido otorgados por ley.

Pero, ¿qué debemos entender por Ley? ¿Ley en sentido material o formal? ¿Sólo la Ley de segundo rango? ¿Y la constitución?

Entender sólo la Ley de segundo rango sería dejar de lado aquella norma que le da validez: la Constitución. Esto podría entenderse en un estado de derecho en el cual la constitución no sea considerada norma jurídica (27); sin embargo, en un Estado Social de Derecho esto no puede concebirse de esta manera. Así lo señala COMADIRA cuando dice que por este principio debe entenderse que las entidades están sujetas «(...) a todo el sistema normativo, desde los principios generales del Derecho y la Constitución nacional hasta a los simples precedentes normativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por la ley formal, los actos administrativos de alcance general y, eventualmente, ciertos contratos administrativos» (28), lo cual es también acogido por el artículo IV.I del Título Preliminar de la Ley 27444 antes mencionada.

(25) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pág. 453.

(26) *Ibid.*, pág. 452.

(27) En ese sentido el Tribunal Constitucional ha señalado: «El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto» (Exp. 4854-2005-AA/TC, fj. 3).

(28) COMADIRA, Julio, «Derecho Administrativo», citado por MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Lima, Gaceta Jurídica, 4.^a ed., 2005, pág. 64.

Siendo la Constitución como norma suprema (29), la cual protege los derechos fundamentales, debe protegerse su integridad, por lo que las normas inferiores deben estar conforme a aquélla (30).

Es importante, para efectos del presente trabajo, destacar lo señalado por GARCÍA PELAYO cuando se refiere a la evolución del constitucionalismo en el Perú y su incidencia en el denominado principio de legalidad: *«Pero, cabe advertir que no es un simple cambio de la tradicional prevalencia, en la práctica, de la ley sobre la Constitución. Más bien se trata de una profunda transformación del principio de legalidad que incluso afecta a la propia noción de derecho y de política»* (31).

3. CONTROL NORMATIVO: EL CONTROL DIFUSO Y EL CONTROL CONCENTRADO

Cuando se menciona el control normativo de las normas, a fin de garantizar la supremacía constitucional, entre las soluciones propuestas en el Derecho Comparado encontramos generalmente tres:

La primera, de origen norteamericano, que se denomina el control difuso, la cual consiste —en términos latos—, en la revisión por parte de los jueces ordinarios, bajo el control último del Tribunal Supremo, de la constitucionalidad de las leyes a efectos de su aplicación en casos concretos.

La segunda, de origen austriaco, denominada control concentrado, consiste en otorgar a una entidad específica «Tribunal Constitucional» la facultad de revisar la constitucionalidad de las leyes. A diferencia de la primera, se caracteriza por otorgar a un organismo jurisdiccional especializado, llámese Tribunal Constitucional, el monopolio de las competencias para conocer de la constitucionalidad de las leyes.

(29) Esto no siempre fue así. GARCÍA DE ENTERRÍA señala con sorpresa que para la tradición constitucionalista de su país durante mucho tiempo «La Constitución no era una norma jurídica invocable ante los Tribunales. (...) La Constitución, simplemente, se repitió por todas las Salas del Tribunal Supremo, no era una norma jurídica que vinculase directamente ni a los sujetos públicos ni a los privados y que, por lo tanto, los Tribunales no debían siquiera consultarla para dictar sus sentencias». GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, pág. 101.

(30) «El ordenamiento jurídico es una unidad y opera como tal, como ya hemos intentado precisar; sin perjuicio de que su constitución interna obedezca a un cuidadoso sistema de relaciones y de límites entre las diversas fuentes que lo nutren», *ibid.*, pág. 443.

(31) GARCÍA PELAYO, Manuel, «Estado legal y Estado Constitucional de derecho», citado por LANDA ARROYO, César, *El Tribunal Constitucional y Estado Democrático*, Lima, Palestra, 2.^a ed., pág. 91.

CALAMANDREI sistematizó con nitidez las diferencias entre estos dos modelos, señalando que el difuso era incidental, especial y declarativo; en cambio el concentrado era principal, general y constitutivo (32).

Finalmente, tal como señala PARADA la denominada francesa o de control previo, mediante sometimiento de la norma antes de su publicación y vigencia a un análisis sobre su constitucionalidad por un Consejo Constitucional. Este sistema, según opinión del autor, *«ofrece indudables ventajas para la seguridad jurídica, pues los operadores jurídicos no se ven en el trance de dudar de la validez de las normas que han sido objeto de publicación oficial»* (33).

Nuestra Constitución ha recogido los dos primeros modelos, toda vez que en el artículo 201 se establece al Tribunal Constitucional como órgano encargado del control de la Constitución (control concentrado); y en el artículo 138 se faculta a los jueces a inaplicar una ley cuando va en contra de la Constitución (control difuso). Para el presente trabajo sólo nos enfocaremos en el primer modelo, toda vez que a partir de éste se analiza la posibilidad que puedan inaplicarse normas en casos concretos con el fin de proteger lo dispuesto por el texto constitucional.

4. CONTROL DIFUSO APLICADO POR LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS: SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CONTROL DIFUSO

El primer punto de partida al analizar este tema es saber si toda la Administración pública está facultada para realizar el control difuso, o si sólo alguno de sus órganos o funcionarios lo están. Esto se puede ver, según lo señala TARAZONA ALVARADO: *«en el caso del poder ejecutivo, donde al lado del típico funcionario y servidor público, desde el Ministro hasta el empleado que atiende en ventanilla de mesa de partes, que ejercen su función en base a normas previamente establecidas (leyes, reglamentos, directivas), y por tanto rigen su actuación de acuerdo al principio de legalidad, han ido apareciendo órganos que ejercen su función de manera independiente, es decir, sin estar sujetos a mandato imperativo, encargados de resolver determinadas materias sometidas a su consideración aplicando el Derecho. Ejemplo de estos órganos tenemos al Tribunal Fiscal, al Tribunal Administrativo*

(32) CALAMADREI, Piero, «La illegittimità costituzionale delle leggi nel proceso civile», en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: Crónica de un fracaso anunciado», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, edición 1999, Honrad-Adenauer-Stiftun: Montevideo, 1999, pág. 378.

(33) PARADA, Ramón, *op. cit.*, pág. 42.

del Indecopi, a los tribunales administrativos de los organismos reguladores, entre otros» (34).

No cabe duda que entre estos distintos tipos de funcionarios hay diferencias en el tipo de funciones, lo que queda por determinar —que se realizará más adelante—, es si estos últimos —en especial el Tribunal Registral—, están facultados a realizar el control difuso.

Tal como lo plantea BULLARD: «*Si bien no se trata de poner a Kelsen de cabeza* (35), *tampoco se trata de poner a la organización del Estado y el esquema de separación de poderes de cabeza* (36). *Se trata de entender cómo lograr un equilibrio que permita un mejor funcionamiento del sistema legal y sobre todo una mejor tutela de los derechos de los ciudadanos*» (37).

4.2. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Haciendo un pequeño recorrido histórico por lo dispuesto por nuestro Tribunal Constitucional (38) debe señalarse que antes de la Resolución, materia de análisis y su aclaratoria, salvo la Resolución del 12-6-2005 (39), este colegiado había resuelto en forma contraria a otorgar la facultad a la Administración pública de realizar el control difuso (40).

Sin embargo, en la Resolución del 12-6-2005 en el considerando § 156 se dispuso que: «156. La Constitución como norma vinculante para la Administración pública. (...) *En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expeditas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar*

(34) TARAZONA ALVARADO, Fernando, «La calificación registral y el control difuso», en *Actualidad Jurídica*, núm. 155, Lima, Gaceta Jurídica, pág. 61.

(35) En clara alusión a que no se puede invertir la jerarquía normativa haciendo prevalecer una norma legal sobre una constitucional.

(36) Se refiere a los peligros que pueden existir por una utilización no racional de este mecanismo.

(37) BULLARD GONZALES, Alfredo, «Kelsen de Cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas», en *Themis*, diciembre de 2005, pág. 84.

(38) Debemos tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, tal como lo señala el artículo 1.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - Ley núm. 28301. Esta norma dispone, en su Primera Disposición Final, que los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos bajo responsabilidad.

(39) Sentencia que declaró infundadas demandas de inconstitucionalidad contra la Ley núm. 28389 y fundada en parte demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28449, que modificaron régimen pensionario regulado por el DL núm. 20530.

(40) Así se estableció en las sentencias de 9-3-2003 y 16-10-2002, por ejemplo.

su constitucionalidad. El artículo 38.º de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos tienen el deber de respetarla y defenderla.

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución».

De dicho párrafo, aunque con cargo a un mayor desarrollo, el Tribunal Constitucional habilitó a las entidades de la Administración pública a realizar el denominado control difuso (41).

No obstante lo antes mencionado, surgía el problema de uno de los requisitos, para evitar la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, que no se determinó en qué casos estamos frente a una «manifiesta inconstitucionalidad» (42).

A partir de dicha Resolución, diversas críticas, como la manifestada por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, para la cual resulta evidente que el ejercicio del control difuso por parte de la Administración pública podría afectar la seguridad jurídica, afectar el principio de legalidad administrativa, generar caos y afectar al Estado de Derecho (43).

Por ello, el control difuso que el Tribunal Constitucional ha planteado debe realizarse sólo cuando la inconstitucionalidad sea manifiesta. Nosotros, en inicio, nos aventuramos a señalar que alguno de los supuestos en los cuales estamos frente a una norma manifiestamente inconstitucional se puede dar cuando se vulnera el núcleo duro de los derechos fundamentales. Por ejemplo, cuando se habla de derecho a la pensión se señala que el núcleo duro de este derecho fundamental se configura por: derecho de acceso a una pensión, derecho a no ser privado arbitrariamente de ella y derecho a una pensión mínima (44). Por lo que habrá que revisar lo desarrollado respecto a los contenidos

(41) Es importante tomar en cuenta que la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone lo siguiente: SEGUNDA.—Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional. En ese sentido Marcial RUBIO CORREA señala que para la aplicación del control difuso debe tenerse en cuenta que incompatibilidad no es lo mismo que diversidad, pues siempre la regla inferior será diferente a la superior. En la diversidad se colocan matices o precisiones. En la incompatibilidad la norma de un rango y la del otro son excluyentes entre sí. Sólo en la incompatibilidad puede funcionar el control difuso. RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo 5, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1999, pág. 26.

(42) Es necesario señalar que la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone lo siguiente: SEGUNDA.—Los Jueces y Tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional.

(43) <http://www.derechoadministrativoperu.com> visitada el 10-12-2006.

(44) Párrafo 107 de la sentencia publicada el 12-6-2005.

esenciales de los derechos fundamentales desarrollados por el Tribunal Constitucional a fin de tener una primera idea en lo concerniente a lo que puede ser manifiestamente inconstitucional.

4.2.1. *Sentencia que establece como precedente que los Tribunales Administrativos están obligados a aplicar el control difuso y su aclaratoria*

Según la sentencia del 24 de octubre del presente año, se establece como precedente que los Tribunales Administrativos (45) deben aplicar el control difuso, lo cual ha sido ratificado y precisado por la Resolución del 13-10-2006, por lo que a partir de lo desarrollado, es importante analizar lo considerado en dichas Resoluciones.

Si bien la materia sobre la cual versa la Resolución principal se trata de un amparo contra la Municipalidad de Surquillo, solicitando que se ordene a la emplazada admitir a trámite sus medios impugnatorios sin la exigencia previa de pago de la tasa que por tal concepto tiene establecido en su respectivo Texto Único de Procedimientos Administrativos, el Tribunal Constitucional desarrolló en los considerandos algunos temas puntuales.

En primer lugar, se señala que no sólo es una facultad de los órganos colegiados el aplicar control difuso, sino que es un *deber* (46), toda vez que a partir del principio de jerarquía normativa y en referencia al artículo 138 los jueces, y *no sólo ellos*, deben inaplicar normas cuando contravengan la Constitución.

Pero dicha sentencia va más allá, toda vez que señala: *«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*

(45) Debemos tomar en cuenta que los funcionarios que resuelven estas materias se les dota de garantías similares a las que gozan los jueces, tales como la independencia en el ejercicio de su función, la estabilidad en el cargo, y asimismo lo resuelto por dichos órganos no va a poder ser declarado nulo de oficio por la Administración; pudiendo ser cuestionado sólo en sede judicial, si se agotó la instancia administrativa mediante el ejercicio de la acción contencioso-administrativa, según se señala en el artículo 202.5 de la Ley núm. 27444.

(46) «(...) De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la Administración Pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución —dada su fuerza normativa—, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)».

los tribunales administrativos —dimensión subjetiva—», lo cual es relevante toda vez que su inobservancia estaría violando el derecho al debido proceso (procedimiento).

Dicho esto, vemos que el Tribunal ha extendido la interpretación del artículo 138 de la Constitución, dado que es claro el deber de los jueces para realizar dicho control normativo, sin embargo, no así para los Tribunales Administrativos. El Tribunal ha interpretado dicha norma facultando a los Tribunales Administrativos, según la concepción actual de Estado, el poder gozar de dichas facultades y tener el deber de aplicarla.

De otro lado, la sentencia también aborda el redimensionamiento del principio de legalidad a partir del tipo de estado en el que nos encontramos, toda vez que señala: *«En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa, simple y llanamente, la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales»* y asimismo señala: *«De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la Administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38, 51 y 201 de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático»*.

Siendo esto así, redimensionado el principio de legalidad y habiéndose interpretado el artículo 138 de la Constitución a favor que los Tribunales Administrativos y Órganos Colegiados apliquen el control difuso, añadimos que dicha interpretación debería entenderse para el control de legalidad sobre normas de rango inferior al constitucional, dado que dicho artículo señala: *«Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior»*, es decir, tanto los jueces como los órganos colegiados y los tribunales administrativos.

En el precedente se señalan dos presupuestos para la aplicación del control difuso: 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.

5. ASPECTOS REGISTRALES DEL CONTROL DIFUSO

5.1. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

La palabra calificación proviene de las palabras latinas *qualis* y *facere* (47), la cual en el sistema registral puede definirse como el enjuiciamiento que el registrador realiza sobre la legalidad de los documentos y sobre la validez y la eficacia de los negocios jurídicos contenidos en ellos (48).

En doctrina se señala que, «*calificar es decidir si el hecho, del cual se solicita el asiento, llega al Registro con los requisitos exigidos para que sea registrable; es decir, es determinar si, conforme a ley, procede o no practicar el asiento solicitado*» (49). GARCÍA GARCÍA señala que «*la calificación consiste en el juicio de valor que hace el Registrador respecto a los documentos presentados como órgano imparcial y distinto del autor de los documentos, para determinar si se adaptan o no a la legalidad del ordenamiento jurídico, y a los efectos de extender la inscripción o de suspender o denegar, en su caso, la práctica de la misma*» (50).

En sede nacional, DELGADO SCHEELJE ha definido a la calificación como «*el control que realiza el Registrador a efectos de determinar si el título presentado al Registro es inscribible sobre la base de los diversos principios que, como requisitos y presupuestos técnicos para la inscripción, cada sistema contempla*» (51).

Resulta interesante esta definición dado que se suele limitar a la calificación registral al trámite de inscripción de una lectura restrictiva del artícu-

(47) DE MENA Y SAN MILLÁN, José María, *Calificación registral de los documentos judiciales*, Barcelona, Bosch, 1985, pág. 7.

(48) Díez PICAZO, Luis, *Sistemas de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, Vol. III, 1997, pág. 312. Asimismo, se indica que la calificación del Registrador «(...) ha de referirse al contenido del acto o negocio jurídico objeto de la correspondiente escritura pública presentada a inscripción. (...) El Registrador ha de comprobar si el acto jurídico en sí, o sea, el contenido de la escritura pública, es válido o nulo, tanto como tal como en sus condiciones. También ha de calificar la trascendencia real del contenido de este título». ROCA SASTRE, Ramón M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Bosch Casa Editorial, Barcelona, pág. 30.

(49) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 2.^a ed., Madrid, Sección de Publicaciones de la Universidad de Madrid, 1986, pág. 543.

(50) GARCÍA GARCÍA, José Manuel, «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los autos del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», en *Ponencias y Comunicaciones presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo I, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, J. San José, S. A., 1993, pág. 264.

(51) DELGADO SCHEELJE, Álvaro, «Aplicación de los principios registrales en la calificación registral», en *Ius et Veritas*, núm. 18, junio de 1999, pág. 254.

lo 2.011 (52) del Código Civil. Sin embargo, el Registrador al calificar el título, además del principio de legalidad, califica los principios de tracto sucesivo, de relevancia, de prioridad excluyente, entre otros. Es decir, en el momento de la calificación se hará examen de todos los requisitos registrales exigibles (53) de una manera rigurosa.

En este sentido el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos define a la calificación como la evaluación integral de los títulos presentados, por lo que debe ser completa, no permitiéndose las observaciones sucesivas.

Por integral se refiere a que la evaluación no debe ser por partes sino completa, es decir, que el Registrador, al momento de la evaluación del título, deberá revisar todos los documentos pertinentes que se adjuntan a la solicitud de inscripción, para inscribir el (los) acto(s) que se solicita(n).

Además, dicha norma se refiere al tipo de actuación que deben tener los Registradores: actuar con independencia, de forma personal e indelegable. Lo primero se refiere al hecho que tiene libertad de criterio, por lo que no debe ser influenciado por factor alguno extraño a la actividad (54). Con personal e indelegable se refiere al hecho que es personalísimo, por ley le es atribuida la competencia, por lo que no puede desprenderse de ella por su sola voluntad. Así como tiene las facultades de calificación, el Registrador también es responsable personal por los errores que pueda cometer, esta responsabilidad puede ser penal, civil o administrativa.

5.2. APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO POR EL TRIBUNAL REGISTRAL

Tomando en consideración lo anteriormente desarrollado y a partir del caso hipotético planteado en la introducción, si existe una norma que plantea efectos retroactivos, pasándolo por el tamiz de los presupuestos señalados en la Resolución del Tribunal Constitucional, podemos decir:

(52) Artículo 2011. 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.

(53) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Calificación registral de documentos que tienen origen en decisiones judiciales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España - Centro de Estudios Registrales, 1996, pág. 36.

(54) En ese sentido, DÍEZ-PICAZO señala que: «El Registrador es un funcionario independiente, sólo subordinado a otros órganos o autoridades en la vía administrativa o jurisdiccional y por el cauce de los oportunos recursos. Su actividad es pues, libre, sin tener que seguir directrices ni obedecer indicaciones de ningún tipo». DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo III, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pág. 384.

Toda vez que el control difuso, en términos de CALAMANDREI, tiene naturaleza incidental, es decir, sólo importa para el caso en concreto, y el primer presupuesto para la aplicación del control difuso señala que el examen de constitucionalidad debe ser relevante para la resolución del caso en concreto; en el caso antes reseñado, la inaplicación de la norma, antes mencionada, es importante para la emisión de la Resolución administrativa, por lo que sería procedente la inaplicación. Asimismo, esto se confirma, dado que no existe interpretación que sea conforme a la Constitución (55).

De otro lado, el Tribunal Registral aún no ha realizado el control difuso, sin embargo ya hay atisbos de la conciencia que ha tomado dicho órgano colegiado sobre el tema.

Recientemente la Cuarta Sala del Tribunal Registral expidió la Resolución número 064-2006-SUNARP-TR-T del 28-4-2006, mediante la cual inaplicó el artículo 13 (56) del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos número 540-2003-SUNARP-SN, por juzgar que infringe lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 311 (57) del Código Civil, al introducir un requisito —intervención del cónyuge ausente— que, a su criterio, desnaturaliza dicha disposición legal, ya que conforme a esta norma basta la presentación de la partida de matrimonio para acreditar la calidad de social de un bien, y por consiguiente proceder a la rectificación.

Dicha Sala, tal como lo indicamos, no ha efectuado propiamente control difuso, sino un control de legalidad, al advertir que el sentido de dicha disposición reglamentaria es contraria al sentido de normas de mayor jerarquía como los artículos 269 y 311.1 del Código Civil.

Reiteramos que para realizar dicho control en sede administrativa, en especial en el ámbito registral, deben establecerse ciertos parámetros, toda

(55) Es importante indicar que la interpretación conforme a la Constitución en el Derecho americano se denomina «in harmony with the Constitution» y en alemania «Verfassungskonforme Auslegung der Gesetze».

En este sentido sugerimos la lectura de DA SILVA, Virgilio Alfonso, «La interpretación conforme a la constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial», en *Cuestiones Judiciales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, enero-junio de 2005.

(56) Artículo 13.º Rectificación de la calidad del bien:

«Cuando uno de los cónyuges, manifestando un estado civil distinto al que le corresponde, hubiere inscrito a su favor un inmueble al que la Ley le atribuye la calidad de bien social, procede la rectificación del asiento donde consta la adquisición, en mérito a la presentación de título otorgado por el cónyuge que no intervino, insertando o adjuntando la copia certificada de la respectiva partida de matrimonio expedida con posterioridad al documento de fecha cierta en el que consta la adquisición».

(57) Artículo 311. *Reglas para calificación de los bienes:*

«Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes:

1. Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario (...).

vez que una aplicación inadecuada de dicho control puede hacer, por ejemplo, que un título se inscriba perjudicando el derecho de un tercero.

En ese sentido, en el punto tercero de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal Constitucional *submateria* se dispuso remitir copia de la misma a la Presidencia del Consejo de Ministros: «a efectos de que se adopten las medidas necesarias para su fiel cumplimiento en el ámbito de toda la administración del Estado (...)», lo cual resulta importante, pues a través de las normas correspondientes se reglamentará esta potestad reconocida a los tribunales administrativos u órganos colegiados administrativos que imparten justicia administrativa con carácter nacional, unificando así los criterios y procedimientos aplicables en ese ámbito.

RESUMEN

CALIFICACIÓN. CONSTITUCIONALIDAD

El Tribunal Constitucional del Perú (TC) mediante Resolución del 12-6-2005 —lo cual fue desarrollado luego por la Resolución del 24-10-2006 y precisada por la Resolución del 13-10-2006— abrió la posibilidad que los Tribunales Administrativos puedan realizar el Control Difuso.

Si bien en un inicio el TC señaló que era facultativo la aplicación de dicho control normativo, luego lo señaló como deber: «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—» lo cual es relevante, toda vez que su inobservancia estaría violando el derecho al debido proceso (procedimiento).

Dicho esto, el Tribunal extendió lo señalado por el artículo 138 de la Constitución peruana (lo cual es de por sí cuestionable), el cual sólo facultaba a

ABSTRACT

SCRUTINY. CONSTITUTIONALITY

The Constitutional Tribunal (CT) of Peru, by means of its Ruling of 12/06/05 (which was developed later by the Ruling of 24/10/06 and further focused by the Ruling of 13/10/06), opened the possibility of administrative courts' performing diffuse control.

Although at first the CT indicated that the application of said control over legislation was optional, later it indicated that diffuse control was a duty: «The right and the duty of administrative courts and judicial panels to prefer the Constitution over the law, i.e., to perform diffuse control (objective dimension), forms part of the protected constitutional content of the citizen's fundamental right to due process and procedural protection in administrative courts (subjective dimension)». This is significant, whereas non-observance would violate the right to due process (procedure).

Having said this, the Court extended the terms of article 138 of the Peruvian Constitution (a course that is in itself questionable), which empowered judges only. This has the natural consequence of adjusting the dimension of the principle of legality to suit the type of state we

los jueces. Esto tiene como consecuencia natural el redimensionamiento del principio de legalidad a partir del tipo de estado que hemos adoptado: «En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa, simple y llanamente, la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales» y asimismo señala: «De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la Administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38, 51 y 201 de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático».

A partir de dichas Resoluciones se han generado diversas críticas en el ambiente jurídico peruano, las cuales señalan, entre otras cosas, que el ejercicio del control difuso por parte de la Administración pública podría afectar la seguridad jurídica, afectar el principio de legalidad administrativa, generar caos y afectar al Estado de Derecho.

El presente texto describe el estado de cuestión de estas resoluciones y su implicancia en el ámbito registral.

have adopted: «In this sense, the principle of legality in the constitutional State does not merely mean enforcement of and compliance with what a law establishes, but also, principally, the law's compatibility with the objective order of constitutional principles and values», and the Court moreover indicated, «Otherwise, the application of an unconstitutional law by the public administration implies a denial of the principle of the supremacy of the Constitution, and that of its legislative force, because we would be giving priority to the principle of legality, to the detriment of the juridical supremacy of the Constitution established in articles 38, 51 and 201 of the Constitution; which subverts the very fundamentals of the constitutional and democratic State».

These rulings have aroused a variety of critiques in the Peruvian legal sphere, arguing, amongst other things, that the exercise of diffuse control by the public administration may affect legal certainty, affect the principle of administrative legality, generate chaos and affect the rule of law.

This text describes the state of the question of these rulings and their involvement in the registration sphere.

(Trabajo recibido el 23-05-07 y aceptado para su publicación el 19-10-07)