

*El control difuso  
y la Jurisprudencia  
del Tribunal Constitucional*

Mario Chávez Rabanal

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestría con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la misma casa de estudios.

*Lex*



*Los cánticos. Técnica mixta, 1975 (75 cm. x 106 cm.)*

# SUMARIO

I. El control difuso en el ordenamiento jurídico peruano. I. Aplicación del control difuso en el ordenamiento jurídico peruano. III. Límites del control difuso. Reflexiones a partir de la jurisprudencia del tribunal constitucional. IV. Control difuso y administración: 1. La posición del Tribunal Constitucional. 2. La posición de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. 3. Nuestra posición. V. Conclusiones.

## I. EL CONTROL DIFUSO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El antecedente del reconcomiendo legal del control difuso lo encontramos en el año 1936, cuando es retomado y promulgado el Código Civil, y en él se recoge el artículo XII de su Título Preliminar que a la letra dice:

Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera.

Este artículo recogía a decir de José Pareja Paz-Soldán<sup>1</sup> “El principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales constituye un complemento indispensable del Poder Judicial... Representa un avance en la vida institucional de la República, uno de los fenómenos de la tendencia a la racionalización del Poder y una oportuna defensa de los principios y normas constitucionales”.

Décadas después, una Comisión nombrada por el Gobierno preparó un Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, que curiosamente fue sancionado por un gobierno de facto que duró un año (1962-1963), pero fue un trabajo preparado por gente de muy alto nivel. Dicha Ley Orgánica, que tiene el número 14506, incorporó el siguiente articulado:

<sup>1</sup> Cfr. *Comentarios a la Constitución Nacional*, Lima, 1939, p. 134.

**Artículo 8.-** Cuando los jueces y tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentran que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera.

a) “Si no fueran apeladas las sentencias de primera instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema”.

b) “Las sentencias de segunda instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, sino se interpusiera recurso de nulidad”.

Así fue que se incorporó, de manera clarísima, el principio del control de constitucionalidad de las leyes en 1963, en forma por demás pormenorizada, y que tuvo aplicación durante el periodo 1963-1968. Por otro lado, lo importante de la Constitución de 1979, es que por vez primera formaliza un sistema de jurisdicción constitucional al más alto nivel, aprovechando en parte la experiencia peruana que venía desde atrás, pero al mismo tiempo, introduciendo algunos aspectos del constitucionalismo europeo contemporáneo<sup>2</sup>.

Así, reservó al Poder Judicial (art. 234) la facultad de inaplicar las leyes inconstitucionales, en toda clase de procesos, formalizando al más alto nivel normativo el control difuso que incorporado en 1936, había funcionado con altibajos. Y por otro, creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, como órgano de control concentrado, independiente y separado del Poder Judicial, y que tenía pocas competencias. Lo curioso es que se hizo coexistir dentro del propio ordenamiento jurídico peruano a los dos sistemas, sin mezclarse, por lo que calificarlo de mixto, como se ha hecho, no hace justicia a lo existente. Más bien, se refleja como un sistema dual o paralelo, connotación que tiene más fuerza explicativa que la anterior<sup>3</sup>.

En último término la Constitución de 1993, en el Capítulo VIII, del Poder Judicial, en el artículo 138 señala:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

<sup>2</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo “Nota sobre el Control de Constitucionalidad en el Perú: Antecedentes y Desarrollo (1823 - 1979)”, en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, N° 4, Junio 2003, párr. 88.

<sup>3</sup> *Ibidem*, parr. 94-96.

## II. APLICACIÓN DEL CONTROL DIFUSO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El Tribunal Constitucional, antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, en el caso telefónica, seguida en la causa N° 1124-2001-AA/TC, publicada el 11 de septiembre del 2002, estableció los requisitos indispensables para aplicar el control difuso; así, en esta sentencia el Tribunal señaló que para aplicar el control difuso el juez debe advertir la concurrencia de los siguientes presupuestos<sup>4</sup>:

a) Que en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3° de la Ley N. ° 23506).

b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.

c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Posteriormente, ya vigente el Código Procesal Constitucional, El Tribunal Constitucional, en el caso Ramón Hernando Salazar (control difuso administrativo), Exp. N° 3741-2004-AA/TC, publicado el 11 de octubre de 2006, señaló que para aplicar el control difuso es indispensable que concurren los siguientes requisitos:

a) que el examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo;

b) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

De este modo, el Tribunal en su jurisprudencia no ha hecho nada más que ceñirse a lo que el Código Procesal Constitucional exige para aplicar el control difuso, así el Código Procesal Constitucional en su artículo VI del Título Preliminar señala que:

<sup>4</sup> STC 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico N° 13.

**Artículo VI.- 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.*

De este modo, para aplicar el control difuso se requiere de conformidad al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional:

- a) relevancia para resolver la controversia, y
- b) imposibilidad de obtener una interpretación conforme a la Constitución.

**III. LÍMITES DEL CONTROL DIFUSO. REFLEXIONES A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

El Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia vinculante, precedentes constitucionales, ha señalado en relación al control difuso, que esta potestad del juez constitucional está limitada no sólo por la Constitución, sino también por las sentencias del Tribunal Constitucional y por los criterios interpretativos que éste ha hecho de la Constitución y de las leyes orgánicas que ha dado en la resolución de las controversias constitucionales.

De tal manera, los jueces están obligados a resolver conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional cuando este así lo ha dispuesto en sus sentencias constituidas como precedentes vinculantes. Además, a esto se suma, la obligatoriedad de los jueces a aplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional<sup>5</sup>.

De esta forma, la potestad del control difuso de las normas aplicado por los jueces ya no sólo se encuentra limitada por la Constitución, sino, además, esta potestad para el Tribunal, creada en su jurisprudencia, se encuentra también limitada por las sentencias del Tribunal Constitucional, en particular, por los precedentes constitucionales y por las interpretaciones que éste ha hecho de la Constitución<sup>6</sup>.

Un ejemplo de lo que estamos hablando lo tenemos en la STC 4227-2005-AA/TC, publicada el 10 de febrero de 2006. En esta sentencia el Tribunal señala claramente que todo juez debe aplicar la norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada, sin que sea posible para los jueces aplicar el control difuso. Véase el siguiente cuadro:

<sup>5</sup> Artículo VI, segundo y tercer párrafo del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<b>Sentencia</b>	N.º 4227-2005-AA/TC
<b>Caso</b>	Royal Gaming S.A.C.
<b>Contenido normativo</b>	Impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas
<b>Fecha de publicación</b>	10/02/2006
<b>Sumilla</b>	Se indica que al haberse confirmado la constitucionalidad del artículo 17º, y la Tercera y Décima Disposiciones Transitorias de la Ley N.º 27796; de la Tercera Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo N.º 009-2002/MINCETUR; de la Primera, Segunda y Tercera Disposiciones Finales de la Resolución de Superintendencia N.º 014-2003/SUNAT; y, de la Resolución de Superintendencia N.º 052-2003/SUNAT; dichos preceptos resultan de plena aplicación en todo tipo de procesos, quedando proscrita su inaplicación por parte de los jueces en el ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las normas.

En esta misma dirección, los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional con mayor fuerza son aplicados en la STC 006-2006-PC/TC de fecha 12 de febrero de 2007<sup>7</sup>, donde el Tribunal declara nulas las sentencias del Poder Judicial sobre juegos de casinos y tragamonedas, deja sin efectos el control difuso aplicado por los jueces y ordena que los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial resuelvan nuevamente y emitan sentencia de conformidad a lo resuelto por el Tribunal Constitucional en las causas recaídas en los expedientes N.º 009-2001-AI/TC y en el precedente vinculante sentado a través de la causa N.º 4227-2005-AA/TC; por considerar que las resoluciones judiciales dictadas por los órganos del Poder Judicial se emitieron contraviniendo la interpretación jurídica de este Colegiado y de los efectos normativos de la sentencias antes indicadas.

#### IV. CONTROL DIFUSO Y ADMINISTRACIÓN

##### 1. La posición del Tribunal Constitucional

A partir de lo sostenido por un sector de la doctrina nacional y básicamente por la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, en los últimos años se ha venido sosteniendo o defendiendo la tesis de que la Administración Pública tiene la potestad de ejercer el control difuso, siendo de tal forma que la competencia de inaplicar una norma legal en un caso concreto

<sup>7</sup> Para un análisis más riguroso y sobre los puntos encontrados que ha generado esta sentencia confróntese “¿Guerra de la Cortes? A propósito del Proceso Competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial”, Domingo García Belaunde (Coordinador), Palestra del Tribunal Constitucional, N.º 4, Lima, 2008.

por advertir su incompatibilidad con la Constitución no sólo es potestativa de los jueces, sino que ahora esta competencia también le corresponde a los funcionarios o, según veremos más adelante, a los órganos colegiados de la Administración Pública.

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3741-2004-AA/TC, publicada el 10 de febrero de 2006, sostiene que la Administración está facultada para ejercer el control difuso<sup>8</sup>, estableciendo en la Aclaración del Exp. N° 3741-2004-AA/TC, de fecha 13 de octubre de 2006, los criterios para ejercer el control difuso, en esta resolución el Tribunal establece los presupuestos que deben concurrir para que la Administración aplique el control difuso<sup>9</sup>:

a) Sean 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.

b) Se realiza a pedido de parte<sup>10</sup>. 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, o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional.

c) Los órganos colegiados no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad ha sido confirmada en los 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.

A partir de lo establecido por el Tribunal Constitucional, se ha sostenido que en nuestro ordenamiento jurídico la Administración, en particular sus órganos colegiados, tienen la competencia de ejercer el control difuso, inaplicando normas con rango de ley y reglamentarias que sean contrarias a la Constitución.

Por otro lado, siguiendo la línea de lo desarrollado hasta ahora, algunos han encontrado en la Ley N° 28996 un fundamento más para señalar que en nuestro ordenamiento jurídico se reconoce la competencia de la Administración para ejercer el control difuso.

<sup>8</sup> STC 3741-2004-AA/TC, fundamento jurídico N° 7 y 50, numeral A.

<sup>9</sup> STC 4227-2005-AA/TC, acl., fundamentos jurídicos N° 4, 7 y 8.

<sup>10</sup> 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.



La Ley N° 28996, publicada el 4 de abril del presente año, autoriza a un órgano colegiado de la Administración (Comisión de Acceso al Mercado) a inaplicar una norma que se convierta en una barrera burocrática (decreto supremo, una resolución ministerial o una norma municipal o regional de carácter general) para la realización de actividades económicas (artículo 2 y 3). Muchos autores han visto en esta norma *la fuente legal*<sup>11</sup> de la potestad de la Administración para ejercer el control difuso.

## 2. La posición de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo

Los argumentos vertidos en contra de la potestad de la Administración para ejercer el control difuso, los encontramos básicamente en el pronunciamiento de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. La Asociación ha negado categóricamente la figura de que la Administración pueda ejercer el control difuso, así en el pronunciamiento la Asociación señala<sup>12</sup>:

*a)* La Administración Pública, al estar sometida a los alcances del principio de legalidad, no puede ni derogar singularmente ni declarar inconstitucional una ley, porque está obligada a ejecutarla y cumplirla.

*b)* Sin perjuicio del cumplimiento de lo establecido en las normas legales puede apreciar la validez de la norma legal aplicada, y en caso considere que la misma vulnera la Constitución, y proponer su derogatoria o su declaración de inconstitucionalidad ante los órganos competentes.

*c)* El control difuso se ejerce en el marco de un proceso jurisdiccional, el mismo que no discurre en sede administrativa, sino exclusivamente en sede judicial.

*d)* Una interpretación coherente del marco constitucional, permite afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico el control difuso se encuentra reservado para las instancias jurisdiccionales correspondientes, que son las únicas que se encuentran habilitadas constitucionalmente para ejercer la defensa de la Constitución.

*e)* Propiciar una interpretación por la cual se habilite a todo funcionario u órgano (sea unipersonal o colegiado) de la Administración pública para que pueda efectuar un control difuso de constitucionalidad de normas legales o de legalidad de normas reglamentarias, es una posición que genera una afectación contra el respeto al principio de legalidad administrativa, a la seguridad jurídica y al respeto al Estado de Derecho en nuestro país.

<sup>11</sup> La negrita y el subrayado es nuestro.

<sup>12</sup> Comunicado de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. La posición de la Administración Pública frente al control de constitucionalidad de leyes y normas reglamentarias (agosto de 2005)

f) En un escenario en el cual existen miles de órganos que ejercen la función administrativa en nuestro país (entiéndase los diversos órganos administrativos existentes en instituciones públicas tales como ministerios, organismos constitucionalmente autónomos, organismos públicos descentralizados, municipalidades provinciales, distritales, entre otros), así como estando en marcha un proceso de descentralización que no termina de ser correctamente entendido en sus alcances como en su progresividad, no es factible ni viable constitucional y legalmente, otorgar validez a las interpretaciones que posibilitan un control difuso de constitucionalidad a los órganos de la Administración Pública.

g) Los procedimientos, actos y decisiones de los órganos de la Administración Pública, son de naturaleza administrativa (de modo formal y material), y no tienen naturaleza jurisdiccional, en vista que los órganos administrativos emisores de los mismos no gozan de los atributos, poderes y garantías de los que se encuentran investidos los órganos jurisdiccionales. No es conveniente que los órganos de la Administración Pública asuman facultades propias de los jueces y órganos judiciales, como la de pretender efectuar un control indirecto de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos.

### 3. Nuestra posición

En tal sentido, vemos que en nuestro ordenamiento jurídico sobre el control difuso, en primer lugar, se ha presentado un primer cuestionamiento referido al tema de la aplicación del control difuso en sede judicial, sobre ello se presentaron grandes dudas y cuestionamientos en la medida que, esta institución, no fue, y aún no lo es, muy utilizada por los jueces del Poder Judicial. El control difuso no ha sido utilizado para defender la supremacía de la Constitución, para salvaguardar los derechos fundamentales y el Estado de Derecho y para ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes.

En segundo lugar, se evidencia en la actualidad posturas encontradas sobre el control difuso, en tanto unos se han pronunciado a favor, otros en contra, de reconocer a la Administración Pública la potestad de ejercer el control difuso.

En tal sentido, sobre el particular se parte señalando que la solución más apropiada a este problema debe de llevarnos a optar por aquella alternativa que respete las instituciones tal y como nacieron, se desarrollaron y fueron concebidas dentro del sistema constitucional en el que se consolidaron. Así como, se debe adoptar aquella postura que nos permita garantizar el principio de supremacía constitucional y los derechos fundamentales recogidos en la Constitu-

ción<sup>13</sup>, además nos permita respetar el carácter democrático de la ley y el principio de legalidad de la actuación de la Administración. Todo ello con el fin de evitar el uso indiscriminado del control difuso, creado con un fin específico, y evitar la desnaturalización de esta noble institución y su tergiversación otorgándole esta competencia a órganos que son completamente ajenos al control constitucional, de tal manera se debe de buscar o sostener aquella postura permita garantizar la supremacía normativa de la Constitución y el respeto de las competencias otorgadas directamente por la Constitución y no por una norma inferior a ella.

En tal sentido, es de nuestro parecer que en el caso de facultar a la Administración la competencia de ejercer el control difuso vía jurisprudencial se está socavando el orden constitucional en tanto una competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales estaría siendo atribuida a un ente estatal de una forma que no está prevista en la Constitución, si tenemos en cuenta que toda competencia que no ha sido otorgada de forma expresa por la Constitución, por el poder constituyente, no puede ser delegada por los otros entes estatales, por los poderes constituidos, así toda competencia que no ha sido otorgada expresamente por la Constitución, en modo alguna significa que ésta, la Constitución, la haya otorgado omisivamente.

Además, es de tener en cuenta que la posibilidad de facultar a la Administración Pública ejercer el control difuso socava el principio de formación democrática de la ley, de representación y manifestación de la voluntad general expresada en la ley, en tanto, la ley como expresión de la voluntad ciudadana para ser cuestionada, declarada inconstitucional o inaplicada requiere o exige que lo haga un poder o una institución que en la misma medida goce y tenga una legitimidad democrática.

Estas exigencias se cumplen por ejemplo con el Tribunal Constitucional que tiene una conformación democrática, en tanto es el Parlamento, por una mayoría calificada, quien elige a los magistrados del Tribunal Constitucional; y segundo se cumple con el Poder Judicial quien por mandato expreso de la Constitución ejerce la función jurisdiccional por voluntad popular, y que en modo alguno la Administración tiene o goza de esta legitimidad democrática, en tanto como Administración está vinculada y supeditada al Ejecutivo y tiene como marco de actuación básicamente a ley, al principio de legalidad<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> La principal función constitucional, es la de ordenar el sistema jurídico basandose en reglas de Derecho. Para tal fin, solo se considerara como constitucional la ordenación fundamental del Estado que posea dos condiciones: 1. La garantía de los derechos individuales y 2. La división de poderes que sirve para dotar de efectividad a dichos derechos García Pelayo, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*; Madrid: Editorial Alianza; 2000, p. 39.

<sup>14</sup> El principio de legalidad es la columna vertebral de la actuación administrativa y por ello puede concebirse como externo al procedimiento, constituyendo simultáneamente la condición esencial para su existencia. Se determina jurídicamente por la concurrencia de cuatro condiciones que forman su contex-

De este modo, la potestad de la Administración Pública, en todo caso los órganos colegiados de ésta con alcance nacional, de ejercer el control difuso dista mucho de ser una competencia atribuida directamente por la Constitución, en tanto, a nuestro parecer, se ha mezclado las categorías del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional en la medida que al creer que todo ciudadano, así como todo funcionario está obligado a respetar y obedecer la Constitución por el principio de supremacía de la Constitución, no por ello tiene la competencia de ejercer el control difuso. Una cosa es el principio de supremacía de la Constitución y otra es el control constitucional, el primero es vinculante y corresponde a todos, defender y obedecer la Constitución, en cambio, el control constitucional solo se ha reconocido al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional a nadie más.

De tal manera, la competencia de salvaguardar la jerarquía normativa de la Constitución y la defensa de los derechos fundamentales es propia y exclusiva a nivel constitucional del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, por ser ellos depositarios del control concentrado y difuso de la constitucionalidad de las leyes, respectivamente. La Constitución no ha reservado a otro órgano constitucional o entidad de relevancia constitucional o entidad legal la facultad de ejercer el control constitucional, es una competencia exclusiva del Tribunal y del Poder Judicial, lo contrario significa atribuir competencias a órganos carentes de las mismas, por un procedimiento distinto a una reforma constitucional y por un Poder Constituido, sobreponiendo a éste por sobre el Poder Constituyente y la Constitución.

## V. CONCLUSIONES

El control del poder y el límite al actuar de los gobernantes ha sido y es una de las principales preocupaciones de la vida en comunidad del ser humano. En tal sentido, son diversas las formas como los ciudadanos establecen e imponen límites a los gobernantes, siendo una de ellas y la que mayor repercusión tiene los límites jurídicos o garantías jurisdiccionales.

El control jurisdiccional se ejerce por los órganos jurisdiccionales del Estado sobre las actuaciones o actos del soberano o de los particulares. El control jurisdiccional tiene dentro de sus características el reconocimiento a los órganos jurisdiccionales la función de resolver los conflictos sociales y de administrar justicia. En tal sentido, ha sido una práctica ganada con el

to: 1) delimitación de su aplicación (reserva legal); 2) ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley; 3) determinación de selección de normas aplicables al caso concreto y 4) precisión de los poderes que la norma confiere a la Administración. El procedimiento tiende no solo a la protección subjetiva del recurrente, sino también a la defensa de la norma jurídica objetiva, con el fin de mantener el imperio de la legalidad y la justicia en el funcionamiento administrativo. Como consecuencia de este principio el procedimiento se caracteriza por ser instructorio, de impulsión de oficio y con objetivos de verdad material. Dromi, Roberto; *Derecho Administrativo*, Tomo II; Lima: Editorial Gaceta Jurídica; Lima, 2005, p. 458.

transcurso de los años, y por el genio de algunos seres humanos, que se han creado los medios adecuados para defender y proteger la Constitución.

El control constitucional remotamente tiene su origen el *common law*, perfeccionándose en el sistema norteamericano por obra del *chief* de justicia J. Marshall, de tal manera el control constitucional en el sistema norteamericano adquiere la peculiaridad de ser una función o competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial y ejercida únicamente por los jueces de este órgano del Estado, tiene un nacimiento jurisdiccional.

Con la evolución de las sociedades y el transcurso de las décadas en el siglo XX se crea el otro modelo de control de la constitucionalidad de las leyes por obra de Hans Kelsen. Este modelo tiene la peculiaridad de ser un órgano diferente al Poder Judicial y que es elegido por el Parlamento, se le reconoce principalmente la función de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y derogar las mismas.

Los modelos de control de la constitucionalidad han tenido una legitimidad democrática en su actuar, el Tribunal Constitucional mediante la elección de sus miembros por una mayoría calificada del Congreso y el Poder Judicial al recibir directamente del pueblo la potestad de administrar justicia.

Son el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial los únicos que pueden ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, otorgarle a otro órgano o institución esta función es desnaturalizar la función del control constitucional y afecta la separación de poderes, la naturaleza democrática de la ley, el principio de legalidad y el principios de supremacía constitucional, entre otros.



