



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 014-2003-AI/TC
LIMA
ALBERTO BOREA ODRÍA Y MAS DE 5,000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de diciembre de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Rey Terry, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Aguirre Roca

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos contra el denominado “documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993” (sic).

ANTECEDENTES

Los demandantes sostienen que, estando vigente la Constitución de 1979, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetraron un golpe de estado e instauraron una dictadura corrupta, la cual, para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido, y revestirse de legalidad, convocó a un Congreso Constituyente Democrático para que dicte el documento denominado “Constitución Política del Perú de 1993”.

Alegan que dicho documento, además de adolecer de legitimidad de origen, no llegó a regir efectivamente, pues fue reiteradamente violado por sus propios autores; ello, junto a su evidente falta de vocación de Constitución, hacen que dicho documento no alcance la categoría de tal, dado que, por su propia naturaleza, una Constitución debe ser el resultado de la genuina expresión libre y soberana del pueblo, que contenga la limitación y control del poder, además de ser garantía para la plena vigencia de los derechos fundamentales. Agregan que una vez restaurado el régimen democrático, y en aplicación del artículo 307.º de la Constitución Política de 1979, que establecía que ella no perdía vigencia ni dejaba de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone, corresponde que el Tribunal Constitucional declare su inconstitucionalidad y, consecuentemente, su nulidad, debiendo restablecerse la vigencia de la Constitución de 1979 con las normas transitorias que definirá el propio Tribunal Constitucional o el Congreso de la República.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Admitida la demanda, y efectuado el traslado de ley, ésta no fue contestada, por lo que después de realizada la audiencia pública, los autos quedaron para sentenciar.

FUNDAMENTOS

§1. Petitorio

1. Los accionantes sustentan su demanda de inconstitucionalidad de la Constitución Política del Perú de 1993, que ellos denominan “documento de 1993”, en los siguientes argumentos:
 - a) Que la Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen, pues fue elaborada por el denominado Congreso Constituyente Democrático, elegido en un proceso sin transparencia, y manipulado por el gobierno de facto, con el objeto de lograr la legitimación del golpe de Estado del 5 de abril de 1992 y revestirse de legalidad; y, además, porque fue ratificado en un referéndum de dudoso resultado.
 - b) Que la Constitución de 1993, además de carecer de legitimidad de origen, no fue legitimada en su ejercicio, ya que no tuvo vigencia real, ni tenía voluntad de Constitución (sic), ni sirvió para distribuir el poder o limitar su ejercicio, y tampoco garantizó el goce y ejercicio de los derechos fundamentales.
 - c) Que la Constitución de 1993, al ser obra de un gobierno de facto, no es democrática, por lo que no puede regir ni tomarse como pauta de un Estado de Derecho que tiene fundamentos muy distintos a los de la dictadura.
 - d) Que, en aplicación del artículo 307.º de la Constitución de 1979, el Tribunal Constitucional tiene el deber de declarar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993 y, consecuentemente, su nulidad.

§2. Naturaleza de la Constitución y los alcances de la impugnación

2. La Constitución es una norma jurídico-política *sui generis*. El origen de dicha peculiaridad, desde luego, no sólo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir.

Es común señalar que una de las formas cómo se expresa esa singularidad tiene que ver con la doble naturaleza. Así, por un lado, en la medida que crea al Estado, organiza a los poderes públicos, les atribuye sus competencias y permite la afirmación de un proyecto sociopolítico, que es encarnación de los valores comunitarios, la Constitución es, *prima facie*, una norma *política*. Ella, en efecto, es



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

la expresión de todo lo que la nación peruana fue, es y aspira a alcanzar como grupo colectivo.

Pero, de otro lado, también la Constitución es una norma *jurídica*. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el *status* de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.

La Constitución, así, termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto.

3. Por cierto, teniendo en cuenta esta doble naturaleza de la Constitución, cabe absolver las impugnaciones que pesan sobre la Constitución de 1993: la carencia de legitimidad encierra un cuestionamiento que atañe a la naturaleza política de la Ley Suprema; en tanto que los cuestionamientos a su validez y vigencia comportan una impugnación a su condición de norma jurídica.

§3. Legitimidad y legitimación de la Constitución

4. Las palabras “legitimidad” y “legitimación” son conceptos que tienen significados diferentes según los contextos y el uso que de ellas se realicen en el ámbito de la Ciencia Política o en el plano de la Teoría Política; sin desconocer, desde luego, los usos de otras ciencias –en las que acaso también quepa incluir al Derecho-. [Así, por ejemplo, el significado que se atribuye a la voz “legitimación” en el derecho procesal; o, incluso, en el derecho constitucional de ciertos ordenamientos, como el italiano, donde el concepto “legitimidad constitucional” es equivalente al de “validez constitucional”].

De ahí la necesidad de recurrir a una definición estipulativa sobre el tema, es decir, se hace necesario explicitar, para lo sucesivo, el contenido y el significado que les hemos de asignar. Y las vamos a entender no en el sentido clásico, empleado por Max Weber [*Economía y Sociedad*, FCE, México 1992, pág. 172 y sgtes.], quien en



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

contraposición a la legitimidad tradicional y carismática, como se sabe, oponía la racional, “que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad”. Y ello porque, como más adelante se especificará, sobre la ordenación estatuida denominada “Constitución” no puede realizarse un juicio de “legalidad”/“ilegalidad”, “validez/invalidéz”, dado que el Poder Constituyente, como se rescató en la STC N.º 0014-2002-AI/TC, por principio no está sujeto a límites jurídicos.

5. El sentido o contenido del concepto de legitimidad que aquí se ha de emplear, y que en cierta forma subyace al planteado por los recurrentes, tiene que ver con la noción que formula Karl Deutsch [*Política y Gobierno*, FCE, México 1998, pág. 26 y sgtes.], según la cual dicho concepto implica la promesa de que la búsqueda de nuestro valor resultará compatible con la búsqueda o el disfrute de otros valores. “Decimos que la búsqueda de un valor es legítima si, [...] tenemos razones para esperar que no infligirá intolerables daños a ningún otro valor que también sea vitalmente importante para nosotros (...) la legitimidad es un concepto relativo, antes que absoluto. Es la promesa que se hace a todo actor político de una configuración viable (es decir, un conjunto organizado) de sus propios valores. Es una relación entre valores dentro de una situación a la que los vuelve compatibles o los hace entrar en conflicto. Cuando la situación cambia, la legitimidad puede cambiar también. Dado que la legitimidad puede variar con el tiempo y con el lugar, puede variar entre los grupos, y diferentes concepciones de la legitimidad pueden conducir a un conflicto entre grupos o intensificar los conflictos existentes”.
6. Uno de los criterios para medir el grado de legitimidad de una institución, tiene que ver con lo que el mismo Karl Deutsch denomina “legitimidad por procedimiento”. Mediante éste, por ejemplo, se analiza la forma cómo alguien llega al poder, se hace del poder [o, agregamos nosotros], se crea una institución. Este usufructo del poder [o el proceso de creación de una institución] “se dice a menudo legítima, cuando se llega al mismo mediante un procedimiento ‘legítimo’, es decir, un procedimiento que los gobernados consideran compatible con la configuración de sus propios valores. Según este punto de vista, su posesión del cargo [o la creación de una institución] es legítima por la forma en que la obtuvo [o se crea], no en virtud de lo que [se] haga en el mismo” [Ob. Cit., pág. 28].

En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional comparte el alegato de los recurrentes según el cual, quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento. Como se ha sostenido en la demanda, el 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993.

Dicho acto, conforme a lo que establecía el artículo 81° de la Constitución de 1979, concordante con lo previsto en el artículo 346° del Código Penal vigente, constituyó un ilícito contra los poderes del Estado y el orden constitucional, puesto que hubo un alzamiento en armas para variar la forma de gobierno y modificar el régimen constitucional.

7. Ahora bien, el problema de la legitimidad del procedimiento también tiene relación con la información que se tiene acerca del procedimiento de la aprobación de la Constitución de 1993 mediante un referéndum.

En la STC N.° 0014-2002-AI/TC [Fund. Jur. N.° 53], este Tribunal sostuvo que “(...) La Constitución de 1993 fue, como se ha dicho, consecuencia del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, además de la corrupción generada por el uso arbitrario, hegemónico y pernicioso del poder, y se constituyó en un agravio al sistema democrático, pues se aprobó deformándose la voluntad de los ciudadanos”.

En efecto, “(...) cuando se produjo la elección del Congreso Constituyente Democrático (CCD), se encontraban inscritos en el Registro Electoral del Perú 11'245,463 ciudadanos, de los cuales concurren a votar, el 18 de noviembre de 1992, 8'191,846 ciudadanos, a pesar de que en el Perú existe el sufragio obligatorio. El Jurado Nacional de Elecciones declaró válidos sólo 6'237,682 votos y estableció 1'620,887 votos nulos y 333,277 votos en blanco. Por la agrupación oficial Cambio 90-Nueva Mayoría votaron únicamente 3'075,422, lo que representó el 36.56 % de los votantes y el 27.34 % del universo electoral. Con esa votación, obtenida con coacción y con visos de fraude, la agrupación referida consiguió la aprobación del Proyecto de Constitución de 1993.

Sometida a referéndum el 31 de octubre de 1993, los ciudadanos inscritos en el Registro Electoral del Perú alcanzaron a 11'518,669 y el número de votantes fue de 8'178,742. Los ciudadanos que supuestamente votaron por el SÍ (o sea aprobando la Constitución) fueron 3' 895,763. Y los que votaron por el NO (o sea desaprobando la Constitución) fueron 3'548,334. Los votos nulos llegaron a 518,557 y los votos blancos a 216,088. (Fuente: Jurado Nacional de Elecciones).

En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudoso el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8. Este Colegiado ratifica la convicción manifestada en la sentencia precitada. En efecto, el proceso para elegir a los miembros del denominado Congreso Constituyente Democrático, los debates en su seno y hasta el propio referéndum, carecieron de las libertades y garantías mínimas necesarias para dotar de legitimidad de origen a la Constitución de 1993.

En coherencia con dicha convicción, por lo demás, compartida por la ciudadanía en su conjunto, este Tribunal estima que correspondía y aún corresponde al Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, promover la denuncia penal contra todos los sujetos que por acción u omisión hubieran contribuido dolosamente con la comisión de la pluralidad de ilícitos previstos como Delitos contra la Voluntad Popular (Título XVII, arts. 344 –360 del Código Penal).

9. Sin embargo, la ausencia de legitimidad de origen de una Constitución no determina, por ese solo hecho, su falta de vigencia o, en caso extremo, su nulidad. Algunos pasajes de la historia político-constitucional de nuestro país, sin perjuicio de lo que más adelante se diga, son prueba de ello.

Un dato común en nuestra historia republicana es el de que el fenómeno constituyente siempre ha aparecido como acto posterior a los golpes de estado [vid. Sentencia N.º 014-200-AI/TC, fundamento 41 y ss.]. En efecto:

- a) En la mayoría de los casos, la convocatoria a congresos, convenciones o asambleas constituyentes, así como las constituciones sancionadas por éstas, han tenido por objeto dotar de legitimidad a gobiernos de facto y sus respectivos proyectos políticos. Así, por ejemplo, Bolívar con la Carta de 1826, Gamarra con la Constitución de 1839, Castilla con la Constitución de 1856 y Leguía con la Constitución de 1920.
- b) De las 12 constituciones que ha tenido el Perú, 9 han sido promulgadas por militares: la Constitución de 1823, promulgada por el General José Bernardo de Torre Tagle; la de 1826, por el General Andrés de Santa Cruz; la de 1828, por el General José de la Mar; la de 1834, por el Mariscal Luis José de Orbegoso; la de 1839, por el General Agustín Gamarra; las de 1856 y 1860, por el Mariscal Ramón Castilla; la de 1867, por el General Mariano Ignacio Prado, y la de 1933, por el General Luis M. Sánchez Cerro. En los otros casos, Augusto B. Leguía y Alberto Fujimori Fujimori, promulgaron respectivamente las Constituciones de 1920 y 1993.

Finalmente, sólo la Constitución de 1979 fue promulgada ese mismo año por la propia Asamblea Constituyente, que la sancionó, y posteriormente el entonces



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Presidente Constitucional de la República, don Fernando Belaunde Terry, ordenó su cumplimiento, el 28 de julio de 1980.

c) Sin contar la Constitución de 1979, cuya legitimidad no se cuestiona, todas las demás han tenido, en variable grado, un déficit de legitimidad de origen; sin embargo, algunas de ellas tuvieron varios lustros de vigencia, sobreviviendo incluso a sus autores y a sus respectivos proyectos políticos. Así, la Constitución de 1839, sancionada por un Congreso convocado por el Mariscal Gamarra, luego de instaurar su gobierno de facto, estuvo vigente hasta 1856; la Carta de 1860, sancionada por un Congreso ordinario que se irrogó facultades constituyentes, estuvo vigente hasta 1920; y la Constitución de 1933, sancionada por un Congreso Constituyente disminuido, al haber sido detenidos o deportados varios de sus miembros, estuvo vigente hasta 1980.

10. El recuento precedente de ninguna manera pretende justificar ni validar la falta de legitimidad de origen de la Constitución de 1993. Estos hechos forman parte de nuestro pasado, cuyo recuerdo adquiere ahora singular importancia, en un momento en el que nuestro país se encuentra en un proceso de reinstitucionalización democrática, y donde la propia historia debe ser “el punto de partida para aplicar el sentido común y para buscar una fórmula de consenso social” [Pedro Planas, *Democracia y tradición constitucional en el Perú*, Editorial San Marcos, Lima 1998, pág. 41].

Pero una cosa es que la Constitución de 1993 tenga una dudosa legitimidad de origen y otra, muy distinta, es que por ello devenga en inválida. Cabe, en consecuencia, interrogarse: ¿puede efectuarse un control de validez sobre una Constitución?

§4. Sobre la validez de la Constitución

11. A fin de absolver tal interrogante, conviene precisar que ello dependerá del concepto de validez que se utilice. Y es que, al no existir un único concepto de validez, sino una diversidad de formas de comprenderlo, que varían según la teoría o escuela que lo formule, la respuesta que aquí se efectúe, obviamente deberá reparar en la distinta conceptualización que se le brinde [Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona 1997, pág. 87 y sgtes.].
12. En primer lugar, para algunos, una norma es válida cuando esta en “vigor”. Esto es, que pueda ser observada y usada por sus destinatarios y por los órganos encargados de su aplicación. Así empleado este concepto, el juicio de validez que de él se deriva se traduce en plantear proposiciones como ¿se aplica una norma?, ¿fue cumplida por sus destinatarios?, entre otras.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los recurrentes, en afirmación que este Tribunal comparte, han precisado que el denominado “documento de 1993”, además de adolecer de legitimidad de origen, en sus primeros años no llegó a regir plenamente, pues fue reiteradamente violado por sus propios autores. No garantizó la separación o distribución de poderes, y tampoco el control del poder público; los derechos y libertades fueron apabullados, y la democracia, como medio para alcanzar el bien común, fue burlada. En una palabra, como se ha subrayado a lo largo de todo el proceso, se trató de una Constitución que no tuvo vocación de regir plenamente.

13. Pero si lo anterior sucedió entre 1993 y noviembre de 2000, también es verdad que tras la destitución del Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori como Presidente de la República dicho texto empezó a regir plenamente, tanto en el ámbito del respeto de los derechos y libertades fundamentales, como en las relaciones entre los órganos de gobierno.

Así, desde la instauración del gobierno transitorio a cargo de don Valentín Paniagua Corazao, el 21 de noviembre de 2000, hasta la fecha, la independencia y separación de poderes se encuentra plenamente garantizada; y los derechos y libertades ciudadanas están plenamente reconocidos y protegidos.

Es un dato objetivo de la realidad política que hoy, las autoridades gubernamentales sujetan su comportamiento funcional a la normatividad de la materia, y los gobernados realizan sus actividades cotidianas conforme al principio de dignidad previsto en el artículo 1° de la Carta de 1993.

En suma, si durante el interregno de la dictadura, la validez del texto aprobado en 1993 podría ser puesta en cuestionamiento, es indudable que a la fecha de presentación de la demanda de inconstitucionalidad rigen plenamente los principios, valores y normas en él establecidos. Ello, desde luego, con prescindencia de la calidad del contenido allí expuesto.

14. En segundo lugar, para otros, el concepto de validez se debe entender en relación con el vínculo de la obligatoriedad que una norma pueda tener. Así, una norma es válida si ésta –ley o Constitución– tiene fuerza vinculante y, por ello, será una a la que se debe obediencia.

Para quienes sostienen este concepto, la obligatoriedad de una norma depende de su existencia, es decir, de su pertenencia al ordenamiento jurídico. Y una norma “existe” por el hecho de que haya sido promulgada por una autoridad normativa o, sencillamente, porque se encuentre en vigor.

De este modo, el tema de la validez termina resolviéndose en un problema de valoración. Una Constitución es válida si es que ésta es obligatoria. Y esto último se



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

produce por el sólo hecho de que se encuentre en vigor y/o haya sido promulgada por una autoridad normativa.

Y si de lo que se trata es de explicar por qué la Constitución es obligatoria, es decir, válida, la respuesta no debe encontrarse en el ordenamiento, sino en un supuesto lógico. Para Hans Kelsen, en efecto, la respuesta a tal interrogante no se encuentra en el sistema normativo, sino en lo que él denominaba “Norma hipotética fundamental”, es decir, no en una “norma puesta”, sino en una “norma presupuesta”.

Desde ese punto de vista, la búsqueda de un fundamento para el carácter obligatorio de la Constitución se traduce, pues, en el intento de encontrar una respuesta al por qué existe una obligación política. Como expresa María José Fariñas Dulce [*El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid 1991, pág. 84], “si partimos, como hace Kelsen, de una noción normativa del concepto de validez, de tal forma que validez sea sinónimo de obligatoriedad, entonces preguntarnos por el fundamento de dicha validez equivale a preguntar por el fundamento de la obligatoriedad del Derecho, esto: ¿por qué el Derecho debe obedecerse? Indudablemente, esta cuestión no hace ya referencia a un problema de legalidad, sino a la cuestión de la ‘legitimidad’”.

Parece evidente que esta construcción sobre la validez de la Constitución, ha desembocado, pese a que el mismo Kelsen lo evitó durante toda su existencia, en un tema ajeno a la ciencia del derecho. Como expone Guastini, dado que no se trata de un problema que atañe a la legalidad, sino a la legitimidad, “semejante problema pertenece al horizonte ideológico del positivismo jurídico”, puesto que detrás de la afirmación de que “la Constitución debe ser observada porque es efectiva...”, se esconde una “argumentación falaz...: no se puede fundar lógicamente una obligación sobre la constatación de un hecho” [Ricardo Guastini, “Sulla validità della Costituzione dal punto di vista del positivismo giuridico”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, N.º 3, 1989, págs. 435-436].

15. En tercer lugar, otros postulan que el concepto de validez alude a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al *iter* procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material).

Desde esta perspectiva, la validez de una norma jurídica puede ser formal y material. Es válida formalmente cuando el proceso de su producción se ajusta al Derecho vigente que determina el *iter* de formación de esa norma jurídica, esto es, que haya sido emitida por el órgano competente y a través del procedimiento



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

establecido. En tanto que es válida materialmente cuando su contenido es compatible y coherente con otras normas de rango superior dentro del ordenamiento jurídico.

Sin embargo la validez de una norma no debe confundirse con la cuestión relativa a su “pertenencia” al sistema normativo. Esta última incluye a las normas válidas e, incluso, a las inválidas, pues, tratándose de estas últimas, existe una presunción de validez que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que la declare como inválida. Y es que si bien, por definición, toda norma válida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma válida.

Para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso [formal y material] de su producción jurídica [STC N.º 0010-2002-AI/TC].

Por ello es que la pertenencia de una norma al sistema jurídico atañe, incluso, a las normas derogadas, siempre que éstas tengan una vocación de aplicación ultraactiva. De modo que, pese a no estar vigentes, puede confirmarse que pertenecen al ordenamiento jurídico.

16. Sin embargo, este criterio de validez, formulado básicamente para explicar el caso de las normas infraconstitucionales, no puede ser trasladado acríticamente al caso de la Constitución, dado que ésta es la norma suprema del ordenamiento jurídico. Esa posición jerárquica no es el único elemento que la diferencia del resto de las normas jurídicas. También lo son las formas y procedimientos para su elaboración, que, como se sabe, implican un proceso constituyente democrático, sujeto a reglas extrañas al orden normativo preexistente.
17. La Constitución no está sujeta a una evaluación de validez formal, dado que no existe un precepto [superior] que haga las veces de una norma sobre su producción jurídica, en virtud de ser ella misma el fundamento y cúspide de todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Y es que la Constitución “define el sistema de fuentes formales del derecho... es la primera de las normas de producción, la *norma normarum*, la fuente de las fuentes... es la expresión de una intención funcional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa...” (Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ra. Edición, Civitas, Madrid 1985, pág. 50). De manera que no adquiere esa validez a partir de que haya sido emitida por un órgano investido con dicha potestad y de acuerdo a un procedimiento previsto por el Derecho vigente, pues es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, cuyo titular es el Pueblo. En efecto, al Poder Constituyente no



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

se le pueden imponer límites formales, pues se encuentra más allá del Derecho positivo; y, siendo un poder *extra ordinem*, se fundamenta en sí mismo y en las valoraciones sociales dominantes.

Por las mismas razones, tampoco puede ser objeto de una evaluación de validez material, pues no existe una norma superior sobre ella, que determine sus contenidos mínimos. Lo anterior, desde luego, no significa que cualquier documento pueda ser considerado como una Constitución. Ésta debe ser obra del Poder Constituyente y, en su texto, como expresa el artículo 16° de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, debe mínimamente reconocerse y garantizarse los derechos esenciales del hombre, así como la separación de poderes, que son los valores primarios del Estado Constitucional.

18. Los recurrentes han dejado entrever que el “documento del 93” se introdujo en el ordenamiento jurídico nacional vulnerando las metanormas que regulan su proceso de producción. A su juicio, esas normas serían las disposiciones de la Constitución de 1979, como este Tribunal ya lo habría advertido, por ejemplo, en las sentencias recaídas en los Exp. N.ºs 0010-2002-AI/TC y 0014-2002-AI/TC.

Antes de analizar ello, es menester recordar que en la STC N.º 0010-2002-AI/TC [Fund. Jur. N.º 3, así como en la STC N.º 0015-2002-AI/TC] este Tribunal precisó que “(...) No es parte de esta demanda de inconstitucionalidad, ni sería atribución del Tribunal Constitucional, la aplicación del artículo 307° de la Constitución Política del Perú de 1979, para sancionar a quienes participaron o se beneficiaron con el golpe de Estado del 5 de abril de 1992. La referida Carta estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1993, fecha en que fue sustituida por la actual Constitución, conforme a su Decimosexta Disposición Final y Transitoria. Sin embargo, ello no es óbice para que los agentes de los actos de fuerza y los principales funcionarios del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional no sean pasibles de ser juzgados por los ilícitos penales que hayan perpetrado, sin mengua de que el Congreso de la República pueda decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todos o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se le hayan causado”.

Evidentemente, del fundamento precitado no se desprende que este Tribunal se encuentre autorizado para declarar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993. Asimismo, tampoco puede afirmarse que cuando se expidió aquella sentencia, se encontraba vigente la Constitución de 1979.

Mediante tal fundamento simplemente se quería enfatizar que hasta el 31 de diciembre de 1993 se encontraba vigente la Constitución de 1979, de manera que todos los que habían actuado con violación de ella –empezando, desde luego, con



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

los golpistas del 5 de abril de 1992- eran y son pasibles de ser juzgados conforme a lo que disponía su artículo 307°, por encontrarse en ese entonces vigente. Se trata de un típico caso de aplicación ultraactiva de una norma constitucional, es decir, de la capacidad para regular hechos y conductas realizadas durante el tiempo en que ella estuvo en vigencia.

19. De modo que, no pudiéndose confundir la aplicación ultraactiva de una determinada disposición constitucional, que es una cuestión que tiene que ver con su aplicabilidad, con el reconocimiento de la vigencia de la Constitución de 1979, cabe precisar que tampoco procede una declaración de invalidez, dado que su análisis implicaría determinar si la Constitución de 1993 fue incorporada al ordenamiento estadual de conformidad con ciertas pautas sobre su producción jurídica (competenciales, formales y materiales).

Dichas pautas jurídicas, por cierto, tendrían que tener una jerarquía superior a la norma o normas objeto de examen, en este caso, la Constitución de 1993, lo que es un absurdo, debido a que:

- a) La elaboración de la Constitución no se encuentra sujeta a normas que disciplinen su proceso de creación (pues es algo que se autoimpone el Poder Constituyente; no es más que mero voluntarismo de autorrestricción sin consecuencias jurídicas).
- b) Por encima de la Constitución no existen, ni pueden existir, normas que tengan un rango formalmente superior, dado que, por definición, ella es la Ley Suprema del Estado.

§5. Las paradojas de la impugnación de inconstitucionalidad del “documento denominado Constitución Política de 1993”

20. No obstante, cabe plantear el mismo tema desde una perspectiva procesal. Es decir, considerar que la pretensión de los recurrentes está destinada a obtener de este Tribunal un pronunciamiento jurisdiccional que declare la inconstitucionalidad de lo que denominan “documento de 1993”. Por consiguiente, las cuestiones por indagar son las siguientes: ¿cuál ha de ser el parámetro con el cual este Tribunal Constitucional debe juzgar la validez/invalidez del “documento de 1993”? ¿Tiene el “documento de 1993” la cualidad para ser objeto de control en la acción de inconstitucionalidad?

5.A. ¿Existe una norma-parámetro para declarar la inconstitucionalidad de una Constitución?



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 21 En el Fund. Jur. N.º 3 de la STC N.º 0001-2002-AI/TC, este Colegiado sostuvo que “a través de la acción de inconstitucionalidad, este Tribunal evalúa si una ley o una norma con rango de ley transgrede, por la forma o por el fondo, la Norma Suprema. Se trata, en principio, de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía. Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro, en la medida que es la *Lex Legum*; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control”.

En el caso de autos, la primera paradoja que se evidencia es la que tiene que ver con la determinación del parámetro con que este Tribunal debe realizar el juicio de validez. ¿Cuál sería el indicado? ¿la Constitución precedente o la misma Constitución de 1993?

22. Queda claro que no es en este último sentido con el que debe comprenderse los alcances de la impugnación efectuada.

En primer lugar, no se solicita la declaratoria de la inconstitucionalidad de una o algunas disposiciones de la Constitución de 1993, tampoco se pide que se declare la inconstitucionalidad de una reforma constitucional que haya sido introducida de manera contraria al procedimiento contemplado en su artículo 206º, o vulnerando los límites materiales a los que está sujeta la reforma constitucional [STC N.º 0014-2002-AI/TC]. La impugnación se dirige contra el texto íntegro del llamado “documento del 93”.

No obstante, si este Tribunal Constitucional obrase como lo solicitan los recurrentes, el parámetro con el cual tendría que juzgarse a la Constitución de 1993 no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado.

Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, pueda ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto a un pasado oprobioso, propio del Estado absolutista, en el que la justicia se “administraba” no sobre la base de una ley, sino conforme a los caprichos del monarca. Sólo que en esta oportunidad el monarca no sería un individuo [el rey], sino 7 personas, las que precisamente formamos parte de este Tribunal.

23. Como lo anterior es incompatible con la naturaleza de este Tribunal Constitucional, cabría que la pretensión se dilucide desde la otra perspectiva propuesta en el Fundamento N.º. 21; esto es, considerar como parámetro para juzgar la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993 a la Constitución de 1979.

En torno a ello, no menos dramática sería la situación en la que este Tribunal Constitucional se vería envuelto si el parámetro fuese dicha Ley Suprema. En



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

efecto, sucede que la autoridad con la que cuenta este Tribunal no dimana de la Constitución de 1979, sino de la Constitución de 1993. Así las cosas, ¿podría este Tribunal declarar la inconstitucionalidad –no ya de una disposición–, sino de toda la Constitución, que lo crea y establece sus competencias?

No es ésto todo, sin embargo. Si, por un momento, y pese a lo anterior,uviésemos la convicción de que este Tribunal es competente para declarar la inconstitucionalidad del denominado “documento de 1993”, situaciones no menos paradójicas habría que necesariamente advertir:

a) Por un lado, la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993, al ser un acto procesal que ponga fin a un proceso creado y regulado por la misma Constitución de 1993, tendría que forzosamente también considerarse como ¡inconstitucional! Es decir, se trataría de una sentencia dictada en el seno de un proceso, en sí mismo, inconstitucional.

b) Por otro, inconstitucional también sería el pronunciamiento efectuado por este Colegiado, pues si se declarase la inconstitucionalidad de la Constitución de 1993, con dicha declaración de invalidez se declararía la inconstitucionalidad del mismo Tribunal Constitucional. Y es que nos encontraríamos frente a un pronunciamiento que habría emanado de un órgano –este Tribunal Constitucional– que, al haber sido creado por la Constitución del 93, también sería inconstitucional.

Todas las paradojas a las que se ha aludido, sin embargo, no son las únicas. Si hasta ahora se ha mencionado aquellas que surgirían de analizar cuál sería el parámetro, otro tanto cabe advertir si el análisis se efectúa desde la perspectiva del objeto del control en la acción de inconstitucionalidad.

5. B. ¿El “documento de 1993” podría ser objeto de control en la acción de inconstitucionalidad?

24. En el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, regulado por el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución de 1993, dentro del cual, precisamente, se ha planteado la impugnación del denominado “documento de 1993”, se impugna la validez constitucional de las *leyes y las normas con rango de ley*. Este precepto constitucional, en efecto, establece que “Son garantías constitucionales: (...) 4. “La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

Ciertamente, la Constitución de 1993 no es una ley y tampoco una norma con rango de ley; por el contrario, es la Ley Suprema del Estado, respecto de la cual todas las


TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

demás se encuentran subordinadas. Como indica su artículo 51°, “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente...”.

Más aún. Si por un momento, en vía de mera hipótesis, estuviésemos convencidos de que la Constitución de 1993 es pasible de someterse a control mediante este proceso, inmediatamente surgiría una nueva paradoja. Así, el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución establece que el control sobre las normas que allí se enuncian, consiste en evaluar si contravienen a “(...) la Constitución en la forma o en el fondo”. Y, ciertamente, la Constitución no es una norma que pueda, a sí misma, contradecirse; o, dicho de otro modo, que pueda contravenirse a sí misma.

25. No obstante, resulta evidente que para los recurrentes el denominado “documento de 1993” no tiene el rango de Constitución. Aducen, como lo han expuesto a lo largo del proceso, que se trata simplemente de un “documento”.

Es pertinente precisar que los “documentos”, por muy generales que puedan ser sus disposiciones, y el grado de aceptación o no que puedan tener, no son susceptibles de ser impugnados mediante una acción de inconstitucionalidad. Mediante este proceso sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de normas con rango de ley, esto es, fuentes formales del derecho. Como este Tribunal Constitucional lo ha sostenido en el Fund. Jur. N.° 10 de la STC N.° 0005-2003-AI/TC: “(...) según el artículo 200° de la Constitución [de 1993], el objeto del proceso o, lo que es lo mismo, aquello que ha de evaluarse en su compatibilidad o no con la Constitución, comprende aquellas categorías normativas a las que la Constitución les ha asignado el “rango de ley”.

Con la expresión “rango” se denota la posición que una fuente formal del derecho pueda ostentar en el ordenamiento jurídico; en tanto que, con la fórmula “rango de ley” se indica que las fuentes a las que se ha calificado como tales, se ubican en el ordenamiento en el grado inmediatamente inferior al que ocupa la Constitución...”.

De manera que si se trata de un “documento”, como se alega, entonces debe desestimarse, por inadmisibile, su impugnación en el seno de este proceso.

26. Pese a ello, lo que los recurrentes han expresado durante el proceso, sobre la naturaleza que tendría el denominado “documento del 93”, parece haber sido matizado en la audiencia pública. No se trataría de una “Constitución”, expresan, y tampoco ya de un “documento” a secas, sino, en todo caso, de un “documento” que tiene “fuerza de ley”. En virtud de ello, alegan, este Tribunal sería competente para juzgar la validez de dicho “documento” con rango de ley, tal como procedió con los decretos leyes en materia de legislación antiterrorista [STC N.° 0010-2002-AI/TC].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. Ello porque la admisión a control de los referidos decretos leyes se efectuó, entre otras consideraciones, debido a que el artículo 2° de la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 les otorgó reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico nacional. Como se sostuvo en la STC N.° 0010-2002-AI/TC, el reconocimiento de pertenencia al ordenamiento jurídico nacional de tales decretos leyes no suponía declaración alguna sobre su validez, que es lo que precisamente se evaluó en dicho precedente.

Pero, por otro lado, tampoco es admisible la analogía propuesta, dado que con la admisión de los decretos leyes como normas sometidas al control en el seno de este proceso, no se generaba ninguna de las paradojas a las que se ha hecho referencia en el Fundamento N.° 22 y siguientes de esta sentencia. A saber:

- Declarar la inconstitucionalidad del texto que crea y establece las pautas fundamentales para la estructura, organización y funcionamiento del Estado peruano.
- Declarar la inconstitucionalidad del texto que regula a este proceso.
- Evaluar la constitucionalidad del denominado “documento” a partir de un parámetro o criterio no objetivable.
- Según sea el caso: a) que el objeto de control, es decir, el “documento de 1993” y el parámetro de ese control, terminen identificándose; b) que el Tribunal Constitucional juzgue la validez del “documento de 1993” conforme a la Constitución de 1979, que no sólo no está vigente, sino que incluso no preveía a este Tribunal Constitucional de la manera en que actualmente se encuentra establecido y operando.

§6. Posición y exhortación institucional

27. El Tribunal Constitucional, si bien no comparte las argumentaciones jurídicas de los representantes de los recurrentes –conjunto ciudadano de impecables credenciales democráticas-, en cambio, participa de su preocupación ética y cívica y coincide en que el tema constitucional es un problema aún irresuelto, y cuya resolución es esencial para asegurar el proceso de transición democrática.

El hecho incontrovertible de que la anulación del texto de 1993 es improbable, sin embargo, no resuelve el problema de fondo que, a nuestro modo de ver, consistiría en los justos reparos morales que el oscuro origen de tal Constitución produce en buena parte de la ciudadanía. Es, pues, inevitable que en el corto plazo y desde una perspectiva estrictamente política, se resuelva su destino, bajo riesgo de seguirse socavando nuestra aún precaria institucionalidad.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

28. Este Tribunal ha señalado (STC del 21 de enero de 2003 –Exp. N.º 014-2002-AI/TC) que la Comisión para el Estudio de Bases para la Reforma Constitucional del Perú, creada por Decreto Supremo N.º 018-2001-JUS, del 25 de mayo de 2001, que estuvo integrada por distinguidos juristas, entre ellos el representante de los demandantes, doctor Alberto Borea Odría, planteó las tres siguientes alternativas para resolver la cuestión derivada de la abrogación de la Constitución Política de 1979:

Primera: Que el Congreso de la República, de ser posible en el mes de agosto de 2001, declare la nulidad de la Constitución de 1993, aprobada por un Congreso Constituyente Democrático producto de un golpe de Estado y subordinado a un gobierno autoritario y corrupto; y la puesta en vigencia de la Carta de 1979.

Segunda: Utilizar los mecanismos de la actual Constitución de 1993 para introducir en ella una reforma total, que sea aprobada en dos sucesivas legislaturas ordinarias o en una, y que tenga su ulterior ratificación en un referéndum; y,

Tercera: Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decida si se aprueba una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, sería convocada una Asamblea Constituyente expresamente para ello.

La indecisión permanente en el seno del Parlamento y las señales contradictorias de los distintos agentes políticos en torno al futuro de la Constitución de 1993, representan un retroceso en la tarea de afirmar la institucionalidad, objetivo que requiere de normas con vocación de perdurabilidad en el tiempo, y cuyo sustento sea la aquiescencia política y cívica de consuno entre gobernantes y gobernadores.

Este Tribunal considera que al Congreso de la República, cuya autoridad ha sido delegada por el Pueblo como fuente originaria del poder, le corresponde ineludiblemente y en el plazo más breve, la responsabilidad de terminar de consolidar de manera definitiva el proceso de reinstitucionalización democrática. Y dentro de él, la decisión de optar políticamente por el marco constitucional más conveniente, deviene en prioritaria e insoslayable.

Por ello, invoca a este poder del Estado para que adopte las medidas políticas y legislativas concretas tendientes a lograr dicho fin, y lo exhorta para que, con anterioridad al vencimiento del mandato representativo de los actuales congresistas, opte por alguna de las posiciones planteadas o la que, en ejercicio de sus atribuciones, considere conveniente al interés de la Nación.

Finalmente, creemos que la importancia que tendría la creación de una nueva Constitución, especialmente por la aún próxima vecindad con un periodo aciago para el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

imperio de la legalidad y la vigencia de los derechos fundamentales, adquiere cotas de trascendencia fundacional, aún más si se trata de la redacción de un texto que represente la simbólica liquidación de un pasado nefasto para la convivencia democrática, y que se estatuya como la plataforma institucional de una sociedad cuya autopercepción sea la de una Nación libre y justa, y cuya vocación sea la del progreso y bienestar.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica,

FALLA

Declarando **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad contra la Constitución Política del Perú de 1993. Exhorta al Congreso de la República para que proceda conforme a lo señalado en el Fundamento N.º 28, *supra*. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

SS.

ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
REY TERRY
REVOREDO MARSANO
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA

Lo que certifico:


Dr. Daniel Figallo Rivadeneira
SECRETARIO RELATOR (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0014-2003-AI/TC
LIMA
CINCO MIL SETENTA CIUDADANOS

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO AGUIRRE ROCA, EN EL QUE, CONSIDERANDO INCOMPETENTE A ESTE TRIBUNAL PARA CONOCER DE LA MATERIA, ESTIMA NULO TODO LO ACTUADO, INCLUYENDO EL AUTO DE ADMISIÓN DE LA DEMANDA.

Con el debido respeto por la opinión de mis distinguidos colegas, debo dejar aquí constancia de mi parecer discrepante, y lo hago reproduciendo, literalmente e *in extenso*, como fundamento del mismo —sin perjuicio de incorporar, más adelante, algún complemento—, el voto singular que emití cuando se debatió y votó la *admisibilidad* de la demanda de autos. En ese voto manifesté que estimaba *inadmisibile* la acción, toda vez que, a mi juicio, este Tribunal carece de competencia para resolver una demanda que, como la que motiva estas líneas, solicita la declaración de inconstitucionalidad de la Constitución que lo creó, y que lo hizo, como se sabe, con la misión específica, precisamente, de defender su imperio y vigencia.

El voto al que hago referencia y en el que manifesté que estimaba *inadmisibile* la demanda de autos, por considerar incompetente a este Tribunal para conocer de ella, y que ahora, por ser el fundamento *sine qua non* del presente voto, me encuentro en la obligación técnico-procesal insoslayable de reproducir, *in extenso* y textualmente, se apoya en numerosas razones, tanto sustantivas como procesales, y tiene el siguiente tenor:

«Considerando incompetente a este Tribunal para conocer de la demanda planteada en autos, mi voto es por que se la declare inadmisibile.»

En efecto, la Constitución impugnada (a la que en adelante denominaremos Const 93') no le permite a este Tribunal, sujeto, como está, inexorablemente, a la Const 93', conocer, en la vía de la acción de inconstitucionalidad, sino de demandas contra normas que sean leyes o tengan rango de ley, y siempre que contravengan a la misma —esto es, a la Const 93'—, por la forma o por el fondo.

El artículo 200° de la Const 93', declara, en su inciso 4°, que entre las garantías constitucionales figura “La Acción de Inconstitucionalidad que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pues bien, considero indiscutible que la Const 93', cuya declaración de inconstitucionalidad se demanda, no está comprendida en las categorías del reproducido artículo 200°, inciso 4), pues, ciertamente, no es ni una norma regional de carácter general, ni una ordenanza municipal, ni un reglamento del Congreso, ni un decreto de urgencia, ni un decreto legislativo, ni menos, por cierto, una simple ley. por lo tanto, este Tribunal, con arreglo a sus propias normas —que son las que, inapelablemente, debe aplicar— no puede dar trámite a la presente demanda, ni por ello mismo, admitirla.

Pero además, la Const 93' impugnada, según las últimas palabras del artículo 200°, inciso 4) reproducido, sólo permite el trámite, vía acción de inconstitucionalidad, de las demandas que impugnen normas "(...) que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo"; y siendo evidente que la misma Const 93' no es una norma que se contravenga a sí misma, ni en la forma ni en el fondo, es obvio que ella no puede ser materia de una acción de inconstitucionalidad ante un Tribunal nacido de ella y reglamentado ilimitado por ella misma, como lo es éste.

La admisión de la demanda de autos —por interesante, meritorio o patriótico que su texto pueda parecer a quienes lo compartan o respalden— conduciría, por lo demás, a cualquier cantidad de antinomias, aporías o contradicciones y absurdos, entre los que valga comentar, p.ej., los siguientes:

- a) *Si se declarase fundada la demanda, tendría que declararse, al mismo tiempo, nulo todo lo actuado en el respectivo proceso, y la misma sentencia que la declarase fundada, pues, en efecto, el procedimiento habría sido sustanciado con arreglo a las propias normas de la Const 93' (pues, en efecto, este Tribunal no podría hacerlo según otras normas) declarada, en la hipotética sentencia, inconstitucional. Nulo, por inconstitucional, sería también, por cierto, el mismo auto admisorio de la respectiva demanda, puesto que tal auto se habría apoyado en dispositivos de la Const 93' declarada, por hipótesis, nula.*
- b) *La sentencia que declarase fundada la demanda y, por tanto, inconstitucional la Const 93', sería, también por otras razones, nula de toda nulidad, puesto que habría emanado de un Tribunal nacido de la Const 93', esto es, de un órgano inconstitucional.*
- c) *Valga tener presente, de otro lado, que en la demanda de autos no sólo se pide la declaración de inconstitucionalidad de la Const 93', sino también la de la validez y constitucionalidad de la Constitución del 79', según la cual, de un lado, el Tribunal Constitucional consta de nueve (09) miembros, y no de sólo siete (07), y, de otro lado, la demanda de inconstitucionalidad no puede recaudarse con sólo cinco mil (5 mil) firmas, sino que exige no menos cincuenta mil (50 mil); siendo así que la presente se ha respaldado con sólo cinco mil (5mil), y, de admitírsela, además, se habría tramitado y sustanciado según las reglas de un Tribunal espurio e*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

inconstitucional, y no según las de la supuestamente constitucional Constitución del 79'. También por este camino, según se ve, se llega a la conclusión de que la resolución que admitiese a trámite la demanda de autos, sería nula, y nulo, igualmente, todo lo actuado en el hipotético proceso, incluyendo a su eventual sentencia.

¿Puede un ente, sin cometer suicidio, declarar inconstitucional a la norma que le dio vida, así como sus únicas atribuciones y facultades? ¿Acaso tienen, los órganos constitucionales, facultades constitucionales para declarar la inconstitucionalidad de la Constitución a la que sirven? Si las facultades que tienen se las da una norma, obviamente no tienen atribuciones para declarar que tal norma es inconstitucional, pues, de hacerlo, tal declaración no podría fundarse en la facultades recibidas de esa norma, y, por tanto, como sólo de ella reciben facultades, sus declaraciones, ellas sí, serían inconstitucionales y nulas.

Otro de los absurdos a que conduciría la admisión de la demanda de inconstitucionalidad de autos, consiste en que de ella no podría correrse el traslado que la Ley Orgánica de este Tribunal Constitucional (LOTIC) exige. En efecto, el artículo 32° de la LOTIC ordena que la demanda se ponga en conocimiento (se corra traslado), del autor de la norma impugnada (Congreso, si se trata de leyes o Reglamentos del Congreso); al Congreso y al Poder Ejecutivo (si la norma impugnada es un Tratado Internacional, Decreto Legislativo o Decreto de Urgencia); y a los órganos correspondientes (si la norma impugnada es de carácter regional o municipal). ¿A quién, entonces, correr traslado de la demanda de autos, considerando que ella no es obra ni del Congreso, ni del Ejecutivo, ni de ningún órgano de carácter regional o municipal, sino del CCD y del pueblo peruano?

Obviamente, de admitirse esta demanda, no podría darse cumplimiento al glosado artículo 32° de la LOTIC, esto es, que no podría sustanciarse el juicio.

Y, si se quisiera, con el objeto de dar cumplimiento al espíritu de la ley, esto es, a la regla que quiere que se notifique con la demanda al autor de la norma impugnada, ello también sería imposible, pues la Const 93', que no fue obra ni del Congreso ni del Ejecutivo, ni de autoridades regionales o municipales, lo fue de una Asamblea Constituyente (CCD) que ya no existe, y, además, del pueblo peruano que, en un referéndum, la aprobó.

¿Se puede, acaso, demandar, ante este Tribunal, en una acción de inconstitucionalidad, a la Asamblea Constituyente (CCD) que preparó el texto de la Constitución 93'?

*¿Se puede, acaso, demandar, así mismo, al pueblo peruano que la aprobó **1** en el correspondiente referéndum?*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Y si no se los puede demandar ante este Tribunal (y creo, en verdad, que ante ningún otro), parece claro que la presente demanda de inconstitucionalidad de la Const 93', que sólo podría tramitarse una vez corrido el traslado al CCD y al pueblo peruano, sencillamente no puede tramitarse, esto es, que ni puede ni debe admitirse, pues la admisión es el primer trámite del proceso.

Por lo expuesto y muchas otras razones que quedan en el tintero, considero inadmisibile la demanda de auto".

● Hay quienes sostienen que el referéndum, no fue válido, o que, inclusive, en él triunfó el no. No discuto tal cosa en este voto, y creo, además, que tal asunto no es de competencia de este Tribunal. El hipotético fraude electoral es materia penal, pero no de una acción de inconstitucionalidad.

Complemento de mi voto singular en estos autos

El examen concienzudo que he debido hacer de la demanda —ya que, pese a mi voto en contra, se la admitió a trámite—, lo mismo que el estudio y la cuidadosa evaluación de los argumentos expuestos a lo largo del proceso, sólo han servido para confirmar mi apreciación inicial, esto es, un pronunciamiento por la *inadmisibilidad* de la demanda, habida cuenta de que, según queda explicado, en el voto reproducido líneas arriba, a mi juicio *este Tribunal no es competente* para conocer de la materia, de modo que, a estas alturas del proceso, lo que corresponde es declarar nulo todo lo actuado, incluyendo la resolución de admisión respectiva, y ordenar, en consecuencia, el archivo del expediente.

Conviene agregar, sin embargo —visto que las circunstancias han cambiado, pues la causa se encuentra ahora en estadio de emisión de sentencia, y no en el preliminar de la admisibilidad de la demanda—, aunque ello, dada la naturaleza *sui generis* del caso y el análisis precedente, se antoje superabundante, que la inconstitucionalidad de una norma depende, necesariamente, de su incompatibilidad con la Constitución vigente, y no, obviamente, con una no vigente que, empero, pudiese estimarse, por hipótesis, como lo hace la presente demanda, siempre válida y, por ello mismo, llamada a pronunciarse en el caso. Y es que, planteado el tema de tal modo, surgiría la *cuestión previa* de determinar cuál de las dos Constituciones debería servir de referente, de suerte que, mientras tal *cuestión previa* no quedase resuelta, considerando que la Constitución del 93' —aunque se discutiera su validez— es, sin duda alguna, la vigente, la demanda seguiría siendo inadmisibile: *una conclusión distinta supondría, en efecto, ingresar en el círculo vicioso o petición de principio, de considerar demostrado lo que se trata de demostrar*. Por lo demás, como se sabe, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la materia, manifestando, en más de una sentencia (V.p. ej. la recaída en el Exp. N° 010-2002-AI/TC, especialmente en su Fundamento 3.), que la Constitución del 79' tuvo vigencia sólo hasta el 31-12-93, fecha en que fue *sustituida*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

por la del 93', la que desde entonces ha estado —y está— vigente, sin interrupción alguna, y que es ésta —la del 93'— la que sirve, precisamente, y sin lugar a dudas, de referente o parámetro para determinar si una norma impugnada de inconstitucionalidad, es, o no, inconstitucional (como también lo afirma y confirma, entre otros, en los FUNDAMENTOS 18 y 19 de la Sentencia de autos); de modo que resulta indiscutible que, por lo menos para este Tribunal, siendo la Constitución del 93' (no sólo por ser la vigente, sino por haber reemplazado a la del 79', y por ser la que funge de referente para determinar si una norma impugnada es, o no, inconstitucional) la llamada a resolver el problema de la inconstitucionalidad de una norma impugnada ante ella, la demanda de su hipotética inconstitucionalidad, planteada ante el mismo, no sólo resulta inadmisiblesino, en verdad, ilógica y autocontradictoria.

Mi opinión, por lo expuesto, es en el sentido de declarar nulo todo lo actuado —pues los actos procesales de un órgano incompetente son nulos de toda nulidad— *incluyendo el auto admisorio*, contra el cual me manifesté en mi voto respectivo y que, por ello mismo, me he visto en la inexcusable obligación procesal de reproducir, *ad pedem litteræ*, líneas arriba, puesto que dicho voto, según se ha visto, es el fundamento esencial y *sine qua non* de este pronunciamiento; y disponer, en consecuencia, el archivamiento de la causa.

SR

AGUIRRE ROCA

Lo que certifico.

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira
SECRETARIO RELATOR