



Justicia Constitucional. Revista de jurisprudencia y doctrina
Nº 1 - Año 1 - setiembre, Lima 2005

Análisis y Comentarios

- ❑ **F. JAVIER DÍAZ REVORIO:**
«¿Puede ser inconstitucional la Constitución?»
- ❑ **ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS:**
«Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que declaró improcedente la demanda contra la Constitución de 1993»
- ❑ **CÉSAR LANDA:**
«La reforma de la Constitución desde la perspectiva del Tribunal Constitucional»

¿Puede ser inconstitucional la Constitución?¹

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España)

I

Podría parecer que la pregunta que encabeza este escrito, así planteada, carece de sentido lógico. En efecto, si, de acuerdo con el diccionario, «constitucional» es lo «perteneciente o relativo a la Constitución de un Estado», dicha Constitución es necesariamente constitucional. Y si es constitucional, no podría, al tiempo, ser inconstitucional.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla. De hecho, la teoría política y constitucional se ha planteado en diversas ocasiones la posibilidad de que una Constitución, o parte de sus preceptos, pudieran ser inconstitucionales. Así, por ejemplo, entre otros lugares y circunstancias en los que el tema se ha debatido, en la Alemania de los años 50 varios Tribunales, y algún sector doctrinal (es muy destacable el trabajo de BACHOF) admitieron la posibilidad de que existieran «normas constitucionales inconstitucionales» (*Verfassungswidrige Verfassungsnormen*), por contradicción con un Derecho Constitucional suprapositivo que, esté o no constitucionalizado, constituiría un límite incluso para el Poder constituyente. La defensa de esta postura requiere una fundamentación de ese Derecho suprapositivo, que en ocasiones conlleva el establecimiento de jerarquizaciones internas dentro de la propia Ley Fundamental. Esa fundamentación vino sobre todo, en aquel momento, de la mano del iusnaturalismo, pero también otras teorías, como el decisionismo, podrían servir a esa finalidad.

En cualquier caso, el problema de las posibles normas constitucionales inconstitucionales, o de la inconstitucionalidad del propio texto constitucional en su conjunto, presenta numerosas caras y aristas, pues no sólo incluye la hipótesis de la posible inconstitucionalidad de preceptos de la Norma fun-

1. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 014-2003-AI/TC, de 10 de diciembre de 2003.

damental por contradicción con un supuesto Derecho suprapositivo, sino también la de inconstitucionalidad de algunos artículos de la Constitución por contradicción con otros a los que se pudiera considerar de mayor rango, o la de inconstitucionalidad global del texto constitucional por carencia de legitimidad o de legalidad de origen, cuestión a la que se vincula el problema de la posible inconstitucionalidad de la reforma o la revisión constitucional, bien sea por razones procedimentales o de fondo. En cualquiera de estas vertientes, el tema en análisis implica abordar cuestiones esenciales para la teoría política, la teoría del Derecho y el Derecho Constitucional, como el propio concepto de Constitución, el de Poder constituyente y su diferencia con los poderes constituidos, el concepto y significado de la rigidez constitucional, y los conceptos de validez y legitimidad, entre otros. Y la cuestión no tiene una solución fácil, porque a veces los caminos de la política y del Derecho conducen a soluciones distintas, y también porque en ocasiones esa solución depende del sentido que se dé a determinados conceptos básicos, o de cuál sea la concepción del Derecho Constitucional de la que se parta. Es importante advertir, además, que no se trata de un ejercicio meramente teórico, pues como he apuntado varios Tribunales se enfrentaron, en Alemania, a esa cuestión, aunque no hubo en aquel momento ninguna declaración de inconstitucionalidad de un precepto constitucional.

II

Recientemente, el Tribunal Constitucional del Perú ha tenido que responder, en su sentencia de 10 de diciembre de 2003, a una acción que demandaba la inconstitucionalidad del «documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993». El Tribunal, a pesar de entender que la Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen, declara improcedente la demanda de inconstitucionalidad. Su argumentación podría sintetizarse en las siguientes premisas:

- 1) Efectivamente, la Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen.
- 2) Sin embargo, no cabe realizar un control sobre la validez de la norma constitucional, pues ésta es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, que no se somete a normas previas.
- 3) No existiría parámetro adecuado para ser utilizado en la evaluación de la inconstitucionalidad de la Constitución.
- 4) Tampoco la Constitución puede ocupar el papel de objeto del control de constitucionalidad, ni el Tribunal Constitucional estaría legitimado para proceder a esa declaración.

En suma, el Tribunal afirma la carencia de legitimidad originaria del texto constitucional, pero entiende que la misma no puede afectar a su validez, ya que no es enjuiciable esta validez en relación con la Norma fundamental; y aunque pudiera plantearse esa cuestión sobre la validez, él no es órgano competente para conocer de la misma, ya que la Constitución de 1993 es precisamente el fundamento de la existencia y la fuente de la legitimidad del propio Tribunal.

En mi opinión, el Tribunal Constitucional acierta al no declarar la inconstitucionalidad del texto de 1993, si bien, desde la perspectiva procesal, las cuestiones de competencia deberían tratarse con carácter previo y en fase de admisibilidad, tal y como apunta el voto particular. Pareciera por ello que el Tribunal haya querido pronunciarse sobre el fondo del asunto, teniendo en cuenta las cuestiones políticas que al mismo subyacían, para no mostrarse indiferente o soslayar lo que la demanda tenía de examen del anterior sistema político del Perú. Pero para hacerlo, la sentencia ha tenido que abordar una serie de aspectos nucleares en la teoría constitucional, lo que plantea cuestiones del mayor interés. En un comentario como el presente, caracterizado por su brevedad, no es posible entrar en todas estas cuestiones con la profundidad y el rigor que requerirían, pero creo que merece la pena esbozar en unas líneas las reflexiones que al respecto suscita la aludida sentencia del Tribunal Constitucional.

III

La decisión que venimos comentando comienza con un intento de distinguir el plano político y el jurídico. Partiendo de esta distinción, la cuestión de la legitimidad se refiere a la dimensión política de la Constitución, mientras que el tema de la validez afecta a su dimensión jurídica. Entiendo que esta delimitación resulta necesaria, aun a sabiendas de que son muchos los puntos de contacto entre ambas dimensiones, así como los momentos en los que resulta inevitable pasar de una a otra, de tal manera que ninguna de ellas, considerada aisladamente, es capaz de aprehender íntegramente el concepto de Constitución. Particularmente, trataré de exponer más adelante por qué creo que una perspectiva meramente jurídico-formal no puede prescindir por completo de elementos metajurídicos (políticos y axiológicos) a la hora de explicar la Constitución y establecer el fundamento de su validez y de su mismo carácter normativo.

En cualquier caso, partiendo de la distinción aludida, el Tribunal señala que la Constitución de 1993 carece de legitimidad de origen o «por procedimiento». Dejando a un lado las definiciones doctrinales utilizadas en la sen-

tencia, los motivos de esa ilegitimidad radican, en el caso concreto, en que la norma es consecuencia de un golpe de Estado y el resultado del referéndum en el que fue aprobada es bastante cuestionable. En suma, esta carencia de legitimidad de origen se debe, en la idea del Tribunal, a que no puede afirmarse que fuera aprobada siguiendo un procedimiento realmente democrático. La sentencia se cuida de no valorar ese procedimiento a la luz de las reglas de reformas previstas en el anterior texto constitucional de 1979, sino desde criterios de legitimidad, según los cuales su aprobación debería haber seguido un procedimiento acorde con los valores propios de los gobernados en ese concreto momento, en definitiva, como queda dicho, acorde con los valores democráticos.

Sin embargo, la sentencia viene a afirmar en otro momento la legitimidad del texto constitucional por su contenido, ya que éste sí es acorde con los valores propios del constitucionalismo y, en particular, de acuerdo con el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, reconoce y garantiza los derechos del hombre y la separación de poderes. Me parece que este aspecto es esencial y está plenamente presente a la hora de fundamentar la decisión finalmente adoptada por el Tribunal, ya que la existencia de estos valores en su contenido le permite ser reconocida dentro de la categoría o concepto de «Constitución».

Ahora bien, cabe reiterar que, según el razonamiento de la sentencia, la cuestión de la legitimidad, que es política, no debe confundirse con la de la validez, que es jurídica. De ahí que la ausencia de legitimidad de origen no implique la invalidez o nulidad del texto constitucional. La sentencia repasa diversos conceptos de validez para señalar que la Constitución no puede ser objeto de control de validez de acuerdo con ninguno de ellos. En síntesis, la argumentación del Tribunal es la siguiente: 1) entendida la validez como vigor o aplicación de la norma, la misma pudo cuestionarse en la etapa de Fujimori (1993-2000), pero no a partir del año 2000, momento en el que se vuelven a aplicar los principios de separación de poderes y reconocimiento de los derechos; 2) entendida la validez como obligatoriedad, en el sentido kel-seniano, encontramos que el recurso a la «norma hipotética fundamental» como fundamento de la validez, encubre en realidad una cuestión de legitimidad que trasciende al ámbito jurídico; 3) si se sigue un concepto de validez como respeto a las normas de procedimiento y competencia (validez formal) o materiales (validez material), resulta que la Constitución no puede ser sometida a control de validez, dado que no existe norma alguna superior que establezca esos criterios a los que deba someterse; su fundamento radica en ser obra del Poder Constituyente, y éste es por definición ilimitado y no está sometido al Derecho.

Si bien esta argumentación sobre la validez deja alguna cuestión abierta², interesa destacar que la conclusión de la misma es que la validez de la Constitución es inobjetable, porque el fundamento de esa validez es precisamente el haber sido creada por el Poder constituyente³. Por ello la validez de la Constitución no puede ser cuestionada utilizando ninguna otra norma, anterior o superior, como parámetro formal o material. Y esta conclusión es tanto como reconocer que el Derecho no es capaz de resolver la cuestión esencial del fundamento de todo el Ordenamiento jurídico, pues una vez llegados a la cúspide del mismo, que es donde radica la validez de todas las demás normas, nos encontramos con que ese fundamento que sostiene jurídicamente a todo el ordenamiento, se asienta desde la propia perspectiva jurídica en la nada más absoluta. Porque, en efecto, la idea de Kelsen de fundamentar la Constitución, y en suma todo el ordenamiento, en la norma hipotética fundamental, no es sino un intento de soslayar los problemas de poder y de legitimidad que están presentes en la base de todo Ordenamiento, pero a los que paradójicamente el Derecho no puede dar respuestas estrictamente jurídicas.

En suma, la sentencia que comentamos parte de separar los aspectos políticos y los jurídicos, señalando: 1) que la Constitución es válida (dimensión jurídica) si es obra del Poder Constituyente; 2) que la Constitución es legítima en origen (dimensión política) si ese Poder constituyente ha sido ejercido por el pueblo. Con lo cual el Derecho no tendría criterios para valorar la Constitución, y todo conduce al poder.

-
2. Por ejemplo, si la validez se concibe como vigor o aplicación efectiva, ¿realmente puede entenderse que la norma constitucional no fue válida durante el régimen de Fujimori, pero «recobra» o alcanza validez tras éste, en el momento de ser efectivamente aplicada?
 3. En el fundamento 17, la sentencia justifica la validez de la Constitución porque «es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, cuyo titular es el pueblo». Sin embargo, me parece que el inciso sobre la titularidad del pueblo se enmarca dentro de unas reflexiones de teoría general de la Constitución, y no debe considerarse aplicable, en el razonamiento del Tribunal, a la Constitución peruana de 1993, pues la propia sentencia se encarga de subrayar que esta carece de legitimidad de origen, tanto por el procedimiento seguido en su elaboración, como por las deficiencias del referéndum que conllevó su aprobación popular. La pregunta esencial sería, entonces: ¿la validez de la Constitución no es cuestionable jurídicamente porque es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, o porque es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente por el pueblo? Parece que en el razonamiento global del Tribunal la cuestión de la titularidad del poder constituyente por el pueblo, afecta a la legitimidad y no a la validez, sin que quepa extraer consecuencias jurídicas de la misma. Pero el citado inciso del fundamento 17 resultaría incoherente con esa conclusión.

Aplicando estas ideas a la Constitución peruana, tendríamos: 1) que la Constitución peruana de 1993 carece de legitimidad de origen, pero esto es una cuestión política que el Derecho no puede resolver; 2) que la cuestión sobre la validez de la propia Constitución (que se supone es la propiamente jurídica) no puede ser enjuiciada, porque la validez de esta norma obedece a la mera circunstancia de ser obra del Poder constituyente, que no está sometido a límites jurídicos.

De esta forma, el Derecho vuelve a encontrarse con el Poder, haciendo en parte inútil o imposible esa separación que, sin embargo, resultaba necesaria como punto de partida. Por ello creo que el razonamiento expuesto plantea alguna duda, porque mantiene tajantemente esa separación entre legitimidad y Derecho. Y si, como parece, el Derecho se ve obligado a acudir finalmente al Poder para justificar su propia validez, quizá haya que pensar que los requisitos de legitimidad de ese Poder no debieran ser del todo irrelevantes para el Derecho.

IV

Llegados a la cuestión del Poder, parece conveniente reconsiderar el problema en análisis a la luz de la teoría del Poder constituyente, y de la separación de éste y los poderes constituidos, en particular si consideramos que el Poder de revisión no se sitúa exactamente al mismo nivel que el Poder constituyente.

En efecto, la teoría política y la teoría constitucional configuran al Poder constituyente como un poder originario, supremo, absoluto y no sometido a reglas (aunque es sabido que desde algunos puntos de vista se ha tratado de señalar límites últimos, materiales o procedimentales, a ese poder, pero que en todo caso no derivarían de norma jurídico-positiva alguna). Desde esta perspectiva, el Poder constituyente se diferencia de todos los demás, que pueden considerarse «constituidos» y que se someten a las reglas procedimentales y materiales que establece la propia Constitución. Entre estos poderes constituidos ocupa una posición especial el poder de reforma o de revisión constitucional, que se puede considerar «poder constituyente constituido», ya que, en efecto, posee esta doble condición: a) es Poder constituyente, porque puede modificar la norma fundamental y, en su caso⁴, dotar al Estado de

4. Dejo de lado ahora el supuesto de «cláusulas de intangibilidad» que prohíben la reforma de ciertos preceptos o principios recogidos en la Constitución, y sobre cuyo sentido, validez y eficacia jurídica ha existido un amplio y complejo debate, aún no cerrado.

una nueva Constitución mediante la revisión total de la anterior; b) es Poder constituido, porque para esa modificación o revisión constitucional debe someterse a las reglas procedimentales (o incluso, en su caso, materiales, según algunas opiniones⁵) establecidas en la propia Constitución. Por ello, respecto a la Constitución, el poder de revisión se encuentra en la paradójica doble situación de supraordenación (porque la puede modificar, incluso en su integridad) y subordinación (porque para ello debe someterse a las reglas previstas en la propia Norma Fundamental).

La sentencia que comentamos da por supuesto que la Constitución de 1993 es obra de un Poder constituyente originario, y no de un Poder de revisión del texto constitucional de 1979. Sin embargo, ello resulta dudoso. El hecho de que ese poder no se sometiese a las reglas procedimentales del texto de 1979 no resuelve la cuestión, pues la pregunta es si debió haberse sometido. Y la respuesta a esta cuestión será diferente según sea la perspectiva de análisis apuntada.

Lo que nos lleva a la cuestión de cómo distinguir lo que podríamos denominar una «Constitución nueva», sin vínculo alguno con la anterior, de una revisión total del texto constitucional previo. Desde el punto de vista de su contenido, en nada se diferencian, pues nos encontramos con un texto globalmente distinto y que sustituye por completo al anterior. La teoría política señalará que una «Constitución nueva» es obra del Poder constituyente originario, mientras que la revisión total de una Constitución es realizada por el Poder constituyente constituido o derivado. Pero ¿resulta indiferente al Derecho y a la Teoría Constitucional, que se produzca uno u otro supuesto? Desde una perspectiva más atenta a la lógica y al Derecho, el Poder constituyente originario sólo debería actuar en el caso de ausencia de Constitución previa, como la creación o independencia de nuevos Estados, porque a partir de ahí, la sucesión de textos constitucionales debería producirse con arreglo a las prescripciones establecidas en el texto constitucional inmediatamente anterior. De no ser así, las normas que regulan la reforma de un texto constitucional, y en definitiva la rigidez de éste, serían «papel mojado», al no resultar vinculantes para los poderes futuros con tal que éstos invocasen su actuación como auténtico Poder constituyente originario. De esta forma, el

5. Para los defensores de la eficacia de las «cláusulas de intangibilidad», éstas constituirían un límite a cualquier reforma posible de la Constitución. Pero incluso, mas allá de los supuestos de esas cláusulas expresas, hay quien ha defendido, en diversos sistemas constitucionales, la existencia de ciertos «límites materiales implícitos» a la reforma, constituidos por ciertos valores que deberían considerarse lógicamente irreformables.

«disfraz» de Poder constituyente permitiría obviar las reglas de reforma establecidas en la propia Constitución. Y no creo que el Derecho Constitucional deba considerar irrelevante si se cumplen o no las normas relativas a la reforma.

Sin embargo, la realidad política pone de manifiesto con reiteración que esa sucesión de Constituciones sin ruptura ni solución de continuidad no es precisamente el supuesto más frecuente, siendo difícil encontrar un Estado en el que cada nueva Constitución se haya aprobado siguiendo las reglas de la anterior, sin producirse salto o corte alguno desde la primera. Y lo cierto es que cuando ese nuevo Poder constituyente, que no se ha sometido a las reglas del texto constitucional anterior, consigue imponer su nueva Constitución, todos la consideran vigente y jurídicamente válida, pasando a ser aplicada efectivamente sin importar esa ruptura con el sistema constitucional previo. La sentencia de 10 de diciembre de 2003, que venimos comentando, destaca los numerosos ejemplos en la Historia constitucional peruana en los que un texto constitucional es aprobado por un Poder y siguiendo un procedimiento no previstos en la Constitución anterior.

A la misma conclusión cabría llegar analizando el constitucionalismo español. De hecho, el texto constitucional de 1978 es quizá el primero que claramente se aprueba de acuerdo con las reglas procedimentales anteriores, previstas en la Ley para la Reforma Política de 1977, que a su vez fue aprobada de acuerdo con lo establecido en las Leyes fundamentales franquistas. Pero éstas supusieron una evidente ruptura con el régimen anterior, y en particular con la anterior Constitución republicana de 1931⁶. ¿Significa esto que el fundamento de la validez de la Constitución de 1978 está en las leyes franquistas, que fueron establecidas por un «poder constituyente» o democrático? ¿Es el fundamento último de la Constitución actualmente vigente en España el alzamiento de algunos militares contra la República?

Como vemos, si bien en línea de principio, desde la perspectiva jurídica las reglas de reforma constitucional deben ser respetadas, las consecuencias de una ruptura con esas reglas anteriores se explican políticamente por la actuación de un nuevo Poder constituyente. En la práctica, cuando un poder intenta establecer una nueva Constitución rompiendo con el régimen anterior y sin someterse a las reglas del texto constitucional vigente, la valoración de

6. Por lo demás, el régimen republicano que aprobó esa Constitución de 1931 fue implantado tras unas elecciones municipales de resultados no del todo ciertos, lo que no era precisamente el procedimiento previsto de acuerdo con el régimen constitucional anterior...

ese poder y su actuación suele depender de si lo consigue o no. Si efectivamente consigue imponer la nueva Constitución, la justificación de la ruptura se buscará en la teoría del Poder constituyente como poder ilimitado; si no lo consigue, o si posteriormente a la aprobación de la nueva Constitución se vuelve al régimen constitucional anterior, tenderá a considerarse que el poder que rompió con el sistema anterior era ilegítimo, y la Constitución por él aprobada, inválida.

De esta forma, la teoría del Poder constituyente se utiliza muchas veces para dar una respuesta en clave de teoría política a un problema que jurídicamente parece casi imposible de resolver. Es significativo que el propio Kelsen acudiese a la Norma hipotética fundamental para justificar la validez de la Constitución, rechazando fundamentar esa validez en la Constitución anterior, y así sucesivamente, porque esto conduciría a una larga cadena, al final de la cual encontraríamos la misma pregunta: ¿cuál es el fundamento de la validez de la primera Constitución?

Estamos, por tanto, ante un complejo problema. Porque repugna al Derecho el incumplimiento o la falta de garantía de una norma jurídica, como son las prescripciones sobre la reforma constitucional; pero buscar la validez de una Constitución en el hecho de haber respetado el procedimiento de reforma de la anterior conduce en ocasiones a un callejón sin salida. Por ello se acude a la teoría del Poder constituyente, y a sus diferencias con el poder de revisión, para poder justificar siempre una nueva Constitución. Pero esa justificación no termina de ser suficiente desde la perspectiva jurídica, porque también repugna al Derecho aceptar que toda Constitución es válida, siempre que el Poder que la ha elaborado consiga finalmente imponerla a la sociedad.

V

Las anteriores reflexiones vuelven a poner sobre la mesa el problema de la legitimidad, y en qué medida el Derecho debe considerarlo. Y, desde el punto de vista constitucional, ponen de relieve la insuficiencia de los criterios estrictamente jurídico-formales, y del propio concepto jurídico-formal de Constitución.

No es ésta la ocasión idónea para entrar en profundidad en cuál sea el concepto adecuado de Constitución. Pero sí podemos apuntar que un concepto estrictamente jurídico-formal, con el que suelen trabajar los Tribunales Constitucionales, plantea algunas deficiencias y dificultades. En efecto, ese concepto comienza por prescindir de la cuestión de la legitimidad, y termina prescindiendo también del problema de la validez de la Constitución, bien sea

aceptando la validez de toda Constitución por ser obra del Poder constituyente, bien acudiendo a fundamentaciones en normas hipotéticas que en definitiva obligan a obedecer lo que diga la Constitución.

Desde luego, es enormemente difícil acudir a criterios de legitimidad, procedimentales o materiales, que pueden pretender aceptación general y consecuencias jurídicas concretas. Baste apuntar que la sentencia que comentamos parece vislumbrar dos: 1) para la legitimidad de origen, el principio democrático; 2) para el contenido de la Constitución, los principios de separación de poderes y reconocimiento y garantía de los derechos, siguiendo en ese aspecto el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. En mi opinión, el principio democrático debería también considerarse, junto a los dos mencionados, a la hora de establecer esa especie de «legitimidad por el contenido», aunque el mismo podría encontrarse implícito en un entendimiento de los otros dos acorde con un Estado social y democrático de Derecho.

Pero ahora me interesa destacar las conclusiones que extrae la sentencia comentada de estas «fuentes de legitimidad». En primer lugar, respecto al origen democrático como «legitimidad por el procedimiento», el Tribunal entiende que esa legitimidad no existe en la Constitución peruana de 1993, pero esa ausencia no tiene consecuencias en el plano jurídico. En segundo lugar, por lo que se refiere a los contenidos mencionados, la sentencia encuentra que los mismos, que deben considerarse elementos esenciales para poder hablar de Constitución, sí aparecen en el texto de 1993. La cuestión, aunque hipotética a la vista de la sentencia, es, ¿qué habría dicho el Tribunal de no existir esos principios en la Constitución de 1993? En lógica con lo dicho, debería haber considerado que ese texto no es una Constitución, pero ¿qué consecuencias jurídicas habría extraído? ¿habría en tal caso declarado inválido el texto de 1993? Y si, caso de que el texto no reconociese la separación de poderes y los derechos debiera ser declarado nulo por falta de «legitimidad de contenido», ¿por qué no ha de ser declarado inválido por falta de legitimidad de origen?

Creo que sólo cabe entender que, o bien en ninguno de los casos la cuestión de la legitimidad debe tener consecuencias jurídicas, o bien que esas consecuencias deben existir en ambos. Pero entonces, la única justificación para no declarar inválido el texto (más allá del problema de la competencia, que me parece insoslayable y al que me referiré de inmediato) sería entender que esa falta de legitimidad democrática de origen ha sido subsanada tras la caída de Fujimori, mediante la aceptación del texto constitucional por los órganos de representación popular democráticamente constituidos. Creo que esta circunstancia es enormemente relevante; el problema es que dicha acep-

tación popular posterior, que podría actuar al modo de una cierta «convalidación» no se ha producido expresamente (como hubiera sido el caso con un nuevo referéndum celebrado con plenas garantías democráticas, por ejemplo), y sólo cabría entenderla, en su caso, en un sentido tácito o implícito. En esta línea se comprenden las exhortaciones institucionales de los últimos fundamentos de la sentencia.

En cualquier caso, si bien es acertado distinguir los problemas de validez y los de legitimidad, queda por responder la cuestión de en qué medida los temas de legitimidad deben tener relevancia o consecuencias jurídicas. Y creo que estas cuestiones de legitimidad, aun cuando pueda entenderse que no determinan la validez, no pueden ser por completo obviadas por el Derecho. Si en último término la validez de las diversas normas del Ordenamiento radica en la Constitución, y la de ésta en ser obra del Poder Constituyente, ya hemos precisado acudir al Poder para fundamentar la validez del Derecho. Y si ello es así, ¿puede ser indiferente al Derecho la cuestión de la legitimidad del poder? ¿ha de considerarse jurídicamente irrelevante que el titular del Poder constituyente sea el pueblo o un sujeto de carácter no democrático?

En términos constitucionales, la cuestión en examen nos conduce al problema de las implicaciones o consecuencias jurídicas de un concepto material-garantista de Constitución, que hace elementos esenciales de la misma a la separación de poderes y los derechos humanos. En la línea apuntada, creo que un concepto de Constitución estrictamente jurídico-formal no resulta suficiente, pues ignora los aspectos relativos a la legitimidad de origen y por el contenido. Desde la perspectiva jurídico-constitucional, un texto que carece de esa legitimidad de origen, o que por su contenido resulte contrario a los parámetros de legitimidad apuntados, no debería considerarse propiamente como «Constitución», aunque actuase efectivamente como la Norma Suprema de un Estado. La cuestión de si esa Norma Suprema o Ley fundamental es válida dependerá naturalmente del concepto de validez utilizado, pero entiendo que la ausencia de legitimidad no debe ser irrelevante para el Derecho: tal norma puede estar en vigor y resultar obligatoria, pero no parece que deba admitirse como jurídicamente legítima.

VI

Con independencia de lo anterior, queda por analizar la cuestión de la competencia del Tribunal Constitucional. Porque hubiera o no motivos para cuestionar la validez de la Constitución de 1993, lo primero es saber si el Tribunal al que se dirige la demanda tiene competencia para conocer de ella. Y, como antes apuntaba, esta cuestión es procesalmente previa a todas las

demás, con lo que debería haber conducido a la inadmisión sin entrar en el fondo del asunto. Pero seguramente el Tribunal quiso dejarla para el final, pues eso le permitía entrar en dicho fondo, condenar públicamente el origen del texto constitucional, salvando su contenido, y hacer las exhortaciones institucionales que se contienen al final de la fundamentación de la sentencia.

Más allá del orden en que se plantee esta cuestión de la competencia, parece claro que la respuesta a la misma es negativa, por los mismos motivos que señala acertadamente la sentencia en análisis. En primer lugar, el propio Tribunal actual tiene como fundamento y fuente de legitimidad a la propia Constitución de 1993 y no a la de 1979, con lo que no es posible que el mismo juzgue la validez del texto constitucional que le permite existir. Una declaración de nulidad de la Constitución arrastraría al propio Tribunal, y con él el procedimiento y la sentencia que declara la propia nulidad. Si la declaración de nulidad de una norma es también nula, esa norma deja de ser nula. Una paradoja irresoluble.

En segundo lugar, de acuerdo con el sistema constitucional de 1993 la Constitución no puede ser objeto de declaración de inconstitucionalidad; y faltaría también el parámetro para la declaración, ya que el Tribunal que encuentra por fundamento la Constitución de 1993 no puede utilizar como parámetro la anterior (que no contemplaba a éste Tribunal, y además ya no está vigente); y la Constitución de 1993 no puede ser parámetro de su propia validez.

Por lo demás, la Constitución de 1993 sólo prevé como objeto del control de constitucionalidad las normas con rango de ley. Pero esta última previsión pone de manifiesto una carencia significativa, que afecta no sólo a la Constitución del Perú, ya que es común a muchos otros textos constitucionales. En efecto, la Constitución prevé un procedimiento específico de reforma, pero no establece garantía alguna frente al incumplimiento del mismo, ya que no encomienda al garante principal de la Norma fundamental (ni a ningún otro órgano) el control procedimental de la reforma constitucional. Ello pone de manifiesto la imposibilidad de garantizar jurídicamente el cumplimiento de ese procedimiento, lo que conlleva la dificultad para declarar la invalidez de una futura reforma constitucional (o de una futura nueva Constitución) que se aprobase sin seguir las reglas de reforma actualmente vigentes. Y es que, a las dificultades ya apuntadas para controlar jurídicamente al poder de revisión constitucional, debe unirse la falta de competencia de órgano alguno para conocer de esa revisión, por falta de previsión constitucional al respecto. Carencia que debería subsanarse en todos aquellos sistemas en los que se produce, pues lo contrario supone convertir la rigidez constitucional en un principio meramente teórico, sin garantía jurídica.

En suma, la sentencia analizada plantea varias cuestiones nucleares para la teoría constitucional, acertando a mi juicio en la decisión del caso, aunque dejando abiertas varias cuestiones trascendentales, como las relativas a la relación entre validez y legitimidad, entre teoría política y Derecho, o las implicaciones jurídicas de la teoría del Poder constituyente.

