

El Tribunal Constitucional y las exhortaciones al legislador: el caso peruano

KARIN CASTRO CRUZATT*

Sumilla

Introducción

1. Clasificación de las exhortaciones al legislador

- 1.1. Exhortaciones al legislador en sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad de la ley enjuiciada: la exhortación como «alternativa» a la declaración de inconstitucionalidad
- 1.2. Exhortaciones al legislador en sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley
- 1.3. Exhortaciones al legislador desvinculadas del carácter estimatorio o desestimatorio de la sentencia sobre la constitucionalidad de la ley

Reflexión final

Bibliografía

* Ha sido profesora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es miembro ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. El presente ensayo se ha elaborado a partir de la investigación presentada por la autora para la obtención del Diploma de Estudios Avanzados en el Programa de Doctorado sobre Modernización de las Instituciones y Nuevas Perspectivas en Derechos Fundamentales que viene cursando en la Universidad de Valladolid.

Introducción

Como décadas atrás hicieron los tribunales constitucionales europeos, el Tribunal Constitucional del Perú viene desarrollando desde hace algunos años técnicas decisorias de corte intermedio, que suponen su intervención en el contenido normativo de una disposición,¹ y que tienen como premisa fundamental el principio de Interpretación de la ley conforme a Constitución.²

La concepción de la jurisdicción constitucional como una labor cada vez menos «destruictiva» (Ahumada Ruíz 2005: 51) y que, por el contrario, ha conquistado paulatinamente una marcada naturaleza «constructora y reparadora» (Ahumada Ruíz 2005: 51), así como la participación de los jueces constitucionales en la creación de Derecho a través de la interpretación de la Constitución y de la ley, son hechos cada vez menos discutidos, aunque los límites de dicha capacidad creadora no han dejado de generar polémica a propósito de la discusión de asuntos políticamente sensibles.

Dentro de las variantes intermedias, un tipo de sentencia es aquella que incluye un mensaje que se dirige al legislador y le recomienda modificar la ley objeto de juicio, a efectos de disipar las objeciones que contiene y que se torne plenamente compatible con la Constitución. La existencia de un catálogo variado de exhortaciones o recomendaciones al legislador, con distintos caracteres y matices, permite identificar como uno de los rasgos distintivos de estos mensajes que procuran incentivar la actividad normativa a través de la «persuasión», sugiriendo el dictado o la modificación de una norma legal e incluyendo a veces orientaciones sobre su contenido.³ Su «tono» también resulta diverso, pudiendo oscilar desde una simple

¹ Como recuerdan Aja y González Beilfuss (1998: 260 y ss.), fue en la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos en donde se reconoció la presencia extendida de las decisiones de carácter intermedio en las distintas jurisdicciones constitucionales europeas, entendidas como aquellos pronunciamientos que «no se limitan a declarar la validez o nulidad de la ley impugnada sino que introducen normas nuevas en el ordenamiento, y por tanto suponen una actividad de legislación positiva».

² Existe acuerdo mayoritario en residenciar el fundamento de las sentencias interpretativas y, en general, de las sentencias de corte intermedio en el Principio de Interpretación de la Ley Conforme a la Constitución y en la Presunción de Constitucionalidad de la ley. Sobre el particular: Ferreres Comella (1997), Jiménez Campo (s/f: 60 y ss.), Lopera (s/f: 227 y ss.), entre otros.

³ Hace ya varios años Zagrebelsky destacaba la multiplicidad de hipótesis que daban lugar a las sentencias admonitorias en el caso italiano. Sobre el particular: Zagrebelsky (1988: 321 y ss.). En el caso español uno de los estudios pioneros sobre este asunto fue el de Tomás y Valiente (1993), «A modo de sugerencias. (Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador)». Las exhortaciones como herramienta para sortear las omisiones legislativas inconstitucionales han sido objeto de análisis por Ahumada Ruíz (1991: 169-194).

invitación hasta una virtual advertencia, que puede incluso incorporar plazos para que dicha actuación se produzca (Romboli 1996: 74 y ss.).

La inclusión de una exhortación o recomendación en la sentencia que se pronuncia sobre la constitucionalidad de la ley, es un componente que inicialmente podría considerarse extraño e incluso incompatible con una decisión de tal naturaleza y plantea múltiples interrogantes. No solo su legitimidad es un asunto que despierta incertidumbre, sino también su eventual carácter vinculante frente al legislador, sobre todo si se tiene en cuenta que una de las acepciones de dicho término lo define como una «advertencia o aviso con que se intenta persuadir».⁴ Desde esta perspectiva, la eficacia de la exhortación como instrumento para garantizar la supremacía constitucional se pone en entredicho y se transforma en un problema cuya respuesta adquiere particular relevancia.

Las exhortaciones al legislador constituyen una de las categorías intermedias que tiene mayor recurrencia en las decisiones del Tribunal Constitucional del Perú relativas al control de la constitucionalidad de la ley. Aunque inicialmente se gestaron como un elemento que pretendía reforzar la recepción y respuesta del legislador frente a técnicas a través de las cuales se intentaba articular la reparación bilateral de la constitucionalidad, en la actualidad ése no es el único escenario en el que se les puede ubicar. A diferencia de lo sucedido en ordenamientos jurídicos foráneos, como el español, las exhortaciones han alcanzado una presencia constante en las decisiones del Tribunal, incremento que contrasta con la ausencia de estudios específicos que profundicen en sus alcances y límites. Las implicancias de este panorama trascienden el ámbito académico, pues generan un halo de incertidumbre e inseguridad jurídica alrededor de una pieza recurrente en las decisiones del intérprete final de la Norma Fundamental.

A la vista de lo señalado, en este ensayo se pretende ofrecer reflexiones y aportes sobre la legitimidad, límites y la incierta preceptividad de las exhortaciones que el Tribunal Constitucional peruano dirige al legislador. El desarrollo de este trabajo se ha realizado al hilo de las recomendaciones que ha expedido el Tribunal Constitucional del Perú y también ha tenido en cuenta la experiencia europea, en particular la española. En ese sentido, las reflexiones que aquí se expresan pueden ser útiles para la valoración de las exhortaciones al legislador en otros ordenamientos jurídicos.

⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Versión electrónica disponible en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=exhortacion, visitado el 30 de junio de 2010.

1. Clasificación de las exhortaciones al legislador

Un primer paso para involucrarse en el estudio de las exhortaciones al legislador es seleccionar una suerte de tipología que permita visibilizar los riesgos que entraña su uso y ayude a determinar o descartar su carácter imperativo. En sintonía con dicho propósito, la clasificación propuesta en este estudio atiende a la relación entre la exhortación y la estimación o desestimación de la inconstitucionalidad de las disposiciones objeto de juicio. En efecto, la revisión de las sentencias que contienen estos mensajes permite advertir que pueden encontrarse asociados a la estimación de la inconstitucionalidad de una o varias de las disposiciones objeto de juicio, pueden estar ligados a la desestimación de su inconstitucionalidad o, como se expondrá posteriormente, pueden no guardar relación directa ni determinante con la decisión sobre la constitucionalidad de dicho material normativo. Esto acontece cuando se recomienda regular alguna materia relacionada con la que ha sido objeto de controversia en sede constitucional. Así, el mensaje que se remite al legislador no tiene por objeto comunicarle la necesidad de modificar la norma cuestionada, sino que pretende impulsar la disciplina de alguna materia cercana a la que involucra dicha norma.

Atender al nexo entre la exhortación y la valoración de las normas impugnadas es imprescindible a efectos de determinar la eficacia y la legitimidad de la exhortación, así como sus posibles riesgos. Ello no quiere decir que con esta suerte de tipología se agoten todas las variantes de recomendaciones, o que sea posible diagnosticar la totalidad de problemas que plantean estos mensajes; no obstante, consideramos que se trata de una categorización útil para plantear sus principales problemas y también sus posibles ventajas o utilidades.

1.1. Exhortaciones al legislador en sentencias desestimatorias de la inconstitucionalidad de la ley enjuiciada: la exhortación como «alternativa» a la declaración de inconstitucionalidad

El primer escenario en el que aparecen las exhortaciones al legislador se encuentra en las sentencias que desestiman la constitucionalidad de la norma en cuestión. Estas decisiones se acompañan de una recomendación o sugerencia al legislador en donde se le comunica la necesidad o conveniencia de modificar la ley impugnada para atenuar los cuestionamientos que el Tribunal ha detectado, pero que no concluye en la estimación de la sentencia. De este modo, las objeciones de orden constitucional contra la norma enjuiciada, que se ponen de manifiesto de manera más o menos directa en la sentencia, no conducen a su declaración de inconstitucionalidad, ni a su interpretación conforme a Constitución.

El mensaje que envía el Constitucional al legislador puede limitarse a sugerir o aconsejar que modifique la ley objeto de juicio, sin ingresar en consideraciones sobre su contenido, o puede incluir instrucciones que le hacen conocer, con detalle y precisión, las modificaciones que se deberían contemplar en el texto de la ley para salvar su constitucionalidad. A esta última especie alude la doctrina bajo la denominación de «sentencias delegación o sentencias leyes», poniendo de relieve que el legislador «viene a quedar en la desairada posición de un mero 'legislador delegado'» (Garrorena Morales 1981: 293 y ss.). Por ello, la principal crítica que se ha levantado contra esta variante consiste en la invasión a la libertad de configuración del legislador que producirían. Este reparo adquiere consistencia si se atiende a la actividad desarrollada por el Tribunal para la formulación de estas indicaciones, y se constata que trasciende del análisis jurídico para incorporar una dosis importante de elementos de oportunidad. La actividad del Tribunal, como órgano jurisdiccional, se debe enmarcar en el quehacer jurídico y, en ese sentido, la selección de criterios de oportunidad y el condicionamiento de su concreción a través de la actividad normativa para enervar los cuestionamientos sobre la constitucionalidad de la ley no son de recibo ni, como se verá, resultan eficaces para lograr dicho objetivo.⁵

Interesa destacar que la revisión de las sentencias que se inscriben dentro de esta línea permite advertir un riesgo de considerable entidad que se encuentra presente incluso en el caso que no estemos ante una «sentencia delegación» propiamente dicha, sino ante una simple exhortación que se limite a sugerir la modificación de la ley, sin ingresar en consideraciones respecto de su contenido. Desde nuestra perspectiva, ambos tipos de recomendaciones pueden encubrir la declaración de inconstitucionalidad en los casos en que a pesar de reconocer aspectos objetables desde el punto de vista constitucional en el contenido de la norma enjuiciada, que no se disipan a través de su interpretación conforme a Constitución, tampoco concluyen en una sentencia estimatoria.⁶ Así, la sentencia del Tribunal descarta

⁵ La primera ocasión en la que el Constitucional peruano dictó una «sentencia delegación» fue con ocasión del proceso de inconstitucionalidad tramitado con los EXPS. ACUMS. 0001/0003-2003-AI/TC. En el FJ 14 de esta sentencia el Tribunal dirigió al legislador una serie de indicaciones precisas que se recogieron también en su parte dispositiva que desestimó la demanda.

⁶ Una oportunidad en la que la exhortación ha servido como una opción para evitar la declaración de inconstitucionalidad que tampoco fue reconocida, se encuentra en la sentencia que se recoge en el Expediente 0009-2008-PI/TC. Se trata nuevamente de una sentencia desestimatoria, (aunque no de una «sentencia delegación»), en la cual el TC se abstuvo de analizar las observaciones formuladas contra las normas enjuiciadas, y se limitó a exhortar al Congreso a debatir y decidir diversos proyectos de ley que pretendían introducir modificaciones en el régimen legal cuestionado en sede constitucional (FJ 37 y 38). En este caso, aunque la exhortación no incluyó encargos precisos para

formalmente la inconstitucionalidad de la ley, pese a que la lectura de la decisión permite advertir que se han reconocido cuestionamientos en su contenido. Queda en manos del legislador, y de su sensibilidad hacia la recomendación que se le ha dirigido introducir las modificaciones del caso.

La defensa de la supremacía constitucional difícilmente puede desarrollarse a partir de un pronunciamiento con semejante alcance, pues el mensaje que recibe el legislador tiene pocas posibilidades de concretarse si se tiene en cuenta que proviene de una sentencia que ha desestimado la inconstitucionalidad de la ley objetada, en la que se ha incluido solo una «sugerencia» para su modificación, cuyo incumplimiento no genera consecuencia alguna. De hecho, el Constitucional peruano ha reconocido abiertamente que estas sugerencias carecen de imperatividad, señalando que en ellas opera «el principio de persuasión».⁷

En el caso español también se pueden encontrar exhortaciones que se enmarcan en esta primera variante, expedidas principalmente en décadas pasadas.⁸ Se trata de decisiones que desestiman el recurso o cuestión de inconstitucionalidad y contienen un llamado al legislador para que la reforme. En este mensaje se recomienda su sustitución o modificación a efectos de que se disipen las dudas u objeciones respecto de su —casi siempre— incipiente constitucionalidad. Por ende, si bien desde un punto de vista formal descartan la inconstitucionalidad de la ley objeto

la actuación del legislador, si operó como una alternativa a la declaración de inconstitucionalidad y por ello debe cuestionarse. Por lo demás, tampoco aquí se ensayó la interpretación conforme a Constitución de las normas cuestionadas y la virtual ausencia de argumentación de la sentencia no permite comprobar su juridicidad, sino que, por el contrario, denota su afinidad con la opción política plasmada en la ley. La actuación política se despliega aquí a partir de lo que el Tribunal silencia y no de lo que señala expresamente.

⁷ Expediente 004-2004-CC/TC, FJ 3.3.4.

⁸ Cabe recordar que en el ordenamiento español encontramos un ejemplo emblemático de «sentencia delegación», que tuvo lugar con ocasión del desaparecido recurso previo de inconstitucionalidad. La decisión recaída sobre el proceso que analizó la modificación del artículo 417 del Código Penal, relativo a los supuestos de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, provocó la crítica casi unánime de la doctrina española (STC 53/1985, de 16 de abril de 1985). En el FJ 12 de dicha decisión se ubican las recomendaciones formuladas por el TCE, en donde se pronunció extensa y detalladamente sobre cada uno de los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, indicando las previsiones con las que la futura ley debería contar para enervar los cuestionamientos en torno a su constitucionalidad, que fueron recogidas por el legislador español a través de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 BIS del Código Penal (BOE, núm. 166 de 12 de julio de 1985). Sin ánimo exhaustivo, se pueden citar las opiniones contra dicho proceder planteadas por: Tomás y Valiente (1993: 103 y ss.), Ezquiaga Ganuzas (1991: 137 y ss.), Gascón Abellán (1994: 69 y ss.), Ahumada Ruíz (1991: 184 y ss.), entre otros.

de juicio, no es extraño que contengan una valoración negativa en torno a su constitucionalidad que se expresa con «sutileza».⁹

Si bien se podría intentar delinear los efectos de estas exhortaciones a partir de los efectos que se adjudican a la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, este camino ofrece algunas dificultades, en gran parte debido a que la confección de dichas categorías es tributaria de una concepción de la jurisdicción constitucional predominantemente negativa y de una relación binaria entre la Constitución y la ley (González Beilfuss 2000: 13 y ss.). Así, por ejemplo, en la medida que estamos ante sentencias de carácter desestimatorio, salvo que recojan una interpretación de la norma impugnada conforme a Constitución, es difícil sostener que posean un alcance *erga omnes*, entendida dicha cualidad como «capacidad ordenadora del ordenamiento jurídico» (Gómez Montoro 2000: 151 y ss.; 2001: 566 y ss.). La vinculación a los poderes públicos que determina la sujeción de todas las autoridades al pronunciamiento del Tribunal, tanto en el contenido de la parte dispositiva como en su fundamentación jurídica, que es en donde con mayor frecuencia han aparecido las recomendaciones al legislador en el caso español, tampoco ayuda en la definición de su alcance. Más aún, si se tiene en cuenta que la formulación de la exhortación en estos casos se asimila a la de un consejo (carente por definición de vocación de obligatoriedad), y que a través de este mensaje se ponen de relieve objeciones en las disposiciones enjuiciadas que no se expresan con contundencia.¹⁰

Según es posible advertir, el diseño de estos mensajes y su presencia a propósito de la desestimación de la inconstitucionalidad son los principales factores que les restan posibilidades de ser atendidos. La ausencia de elementos encaminados a dotar de eficacia a la recomendación puede conllevar el sacrificio de la supremacía

⁹ Un ejemplo de estas recomendaciones se encuentra en el recurso de inconstitucionalidad entablado contra el artículo 112.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El TCE indicó que la redacción de la norma enjuiciada hacía posible su interpretación en un sentido contrario al Texto Constitucional que explicitó, pero justificó la desestimación del recurso en la posibilidad de interpretarla conforme a la Norma Fundamental. Empero, la sentencia señaló que era aconsejable su sustitución (STC 108/86, de 29 de julio, FJ 13). En una línea similar se inscribe la sentencia que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad a través de la cual se cuestionó el artículo 170 de la Ley del Procedimiento Laboral, que ordenaba al empresario recurrente en casación la obligación de consignar para poder recurrir. El Alto Tribunal consideró compatible con la Constitución dicha obligación, pero encontró que encerraba el peligro de impedir la posibilidad de recurrir a los empresarios que no contaran con liquidez. Por ello, recomendó al legislador la reforma de dicho artículo, explicitando los medios que podrían admitirse como formas de garantía alternativas a la consignación como «aval bancario, depósito de valores, etc.», que se encontraban regulados en la misma ley pero que eran aplicables a otros supuestos (STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 5). Otra recomendación es la que contiene la STC 49/ 88, de 23 de marzo, FJ 18.

¹⁰ Sobre estos atributos conviene revisar los planteamientos de Rubio Llorente (1993: 483 y ss.).

constitucional en los supuestos en donde la inconstitucionalidad se haya detectado, pero no se haya declarado. Este riesgo se consume si se tiene en cuenta que en las exhortaciones que se vienen comentando no es habitual que se ensaye una interpretación de la disposición cuestionada conforme a la Constitución. De este modo, no solo la declaración de inconstitucionalidad queda soslayada, también puede quedar en la misma situación la aplicación del Principio de Interpretación de la ley conforme a Constitución. En nuestra opinión en estos casos un fallo interpretativo que, a la luz del citado principio, elimine las interpretaciones inconstitucionales, constituye una salida más eficaz que una simple exhortación y más respetuosa de la supremacía constitucional que el Tribunal Constitucional está llamado a custodiar.

Por lo señalado, extraña que la doctrina que se ha ocupado de este asunto, aunque sea de modo marginal, haya centrado sus apreciaciones en el carácter político de estas decisiones. En esta línea, resulta ilustrativa la referencia que se ha hecho respecto de la actitud condescendiente que inspiran dichas recomendaciones,¹¹ y que se rescate que han sido siempre «formuladas con cautela» (VII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, Lisboa 1987: 216), sin subrayar el riesgo que entrañan. Se ha observado que en estos casos la recomendación que dirige el TC al legislador se justifica «en consideración a la posibilidad cierta de que la ley enjuiciada, y no declarada inconstitucional, sea interpretada y aplicada contra *constitutionem*» (Jiménez Campo 1997: 69), añadiendo que en estas situaciones las sentencias interpretativas no son útiles para disipar los riesgos que entraña la interpretación de la ley, por lo que no cabe aquí su uso (p. 70). Incluso en estos casos, que por lo demás resultan infrecuentes, la declaración de la inconstitucionalidad es la solución que se impone; más aún si desde esta misma postura se reconoce que la recomendación que formula el TCE «carece [...] de toda eficacia jurídica vinculante» (p. 71).¹² Encontramos esta constatación poco coherente con la

¹¹ Así, por ejemplo, Javier Jiménez Campo (1997: 69) calificaba a la exhortación contenida en la STC 3/1983, de 25 de enero como una «apelación condescendiente». Refiriéndose a la misma sentencia, Luis Cascajo Castro (1986: 5) advertía que las propuestas al legislador para reformar un precepto legal «puede hacer tensionar la relación tanto en dirección al poder legislativo como al judicial».

¹² Una problemática similar puede suscitarse en el ordenamiento alemán a propósito de las sentencias apelativas de compatibilidad constitucional, que encontraron reconocimiento legal en la reforma de la Ley de Organización del TCFA que tuvo lugar el 21 de diciembre del año 1970. En estas decisiones, de carácter desestimatorio, el Tribunal considera que la norma cuestionada no es incompatible con la Constitución, pero advierte al legislador que «puede» llegar a serlo en un futuro próximo, recomendando su modificación. A dicha advertencia puede añadirse un plazo cuyo agotamiento no trae como consecuencia la expulsión de la norma en cuestión. Suele acudir a esta categoría en distintos supuestos y entre estos me interesa subrayar el que tiene lugar a propósito de la inconstitucionalidad de carácter «dudoso» que se reconoce en la sentencia que, finalmente,

defensa de las recomendaciones que se han comentado en este apartado: si se trata de objeciones que no se pueden disipar mediante la interpretación de las normas sujetas a control conforme a la Constitución, y la recomendación a través de la cual se promueve su modificación carece de carácter imperativo, la supremacía constitucional difícilmente puede quedar asegurada sin declarar la inconstitucionalidad de la ley: corresponde en estos casos dictar una sentencia estimatoria, sin perjuicio de modular los efectos temporales de la declaración de inconstitucionalidad, si la protección de la propia Norma Fundamental así lo exige.

En síntesis, como se ha intentado demostrar, las exhortaciones al legislador que aparecen en sentencias desestimatorias no conllevan como único riesgo la invasión de la libertad de configuración del legislador, sino que pueden representar también un serio obstáculo para la defensa de la supremacía constitucional cuando desplacen la interpretación de la norma en cuestión conforme a la Norma Fundamental y «encubran» su declaración de inconstitucionalidad. Precisamente, por tratarse de un ingrediente a partir del cual no se desprende un «deber de legislar», el recurso a la exhortación es en estos casos insuficiente para propiciar la reparación de la constitucionalidad. Obviamente, este peligro se reduce de modo considerable cuando la exhortación no soslaya la interpretación de la ley enjuiciada conforme a la Constitución que, de este modo, desvanece los cuestionamientos de orden constitucional que se ciernen sobre ella. La exhortación pasa a ser aquí un elemento que acompaña a dicha interpretación, y que no es determinante para asegurar la reparación de la constitucionalidad. Por ello, su incierto seguimiento por parte del legislador, derivado de su carácter no vinculante, no resulta problemático.¹³

desestima el recurso. Tal proceder debe observarse no solo porque guarda poca coherencia con el principio de interpretación conforme a Constitución, que suele quedar relegado en estos casos, sino porque se trata de una declaración deficitaria en términos de seguridad jurídica, ya que aunque la norma no es declarada inconstitucional, existe un cuestionamiento que le resta legitimidad y puede provocar confusión respecto de su obligatoriedad. Desde un punto de vista teórico, la situación sobre la que se pronuncia la sentencia en este caso no sería inconstitucional en sentido estricto; sin embargo, desde una perspectiva material no es extraño que a través de esta figura se evada reconocer una situación de inconstitucionalidad patente. Sobre el particular, véanse: López Bofill (2004, pp. 104 y ss.), Schlaich (1984: 201 y ss.), Revorio (2001: 265 y ss.), Sagüés (1995 y ss.).

¹³ En esta línea se inscribe la exhortación que ensayó el Constitucional español al resolver las cuestiones de inconstitucionalidad que se promovieron contra los artículos 15, 16, 18 y 23 de la Ley de Tribunales de Menores. En este caso concluyó que el artículo 16 de dicha Ley resultaba contrario a la Constitución por vulnerar el principio de tipicidad en materia penal, pero condicionó dicha valoración a la interpretación conforme a la Norma Fundamental que plasmó en la sentencia. Adicionalmente, incluyó un llamado expreso al legislador al que comunicó «la imperiosa necesidad de una pronta reforma legislativa en esta materia» (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 7). Lo interesante es que se estableció una interpretación de la disposición enjuiciada que permitió desestimar el cuestionamiento en torno a su constitucionalidad y exhortó a la reforma de la referida legislación.

1.2. Exhortaciones al legislador en sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley

Como mencionamos al inicio de este estudio, un grupo significativo de las exhortaciones al legislador que dirige el Tribunal Constitucional peruano se recogen en sentencias que sí declaran la inconstitucionalidad de la ley enjuiciada y que, sin embargo, no la expulsan inmediatamente, encargando al legislador que subsane la inconstitucionalidad que se ha detectado. Para tal efecto, el Tribunal acude a técnicas que tienen como premisa la necesidad de convocar en la tarea de reparación de la constitucionalidad al legislador y en ocasiones a los jueces ordinarios, ante la evidencia de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley, que conlleva su expulsión repentina, puede ocasionar un alto coste en términos constitucionales.¹⁴ Delinear la naturaleza y las características básicas de estas herramientas es indispensable en orden a establecer el rol que juegan las exhortaciones que se incluyen en las decisiones que las adoptan.

Si se atiende a la realidad es fácil constatar que con el retiro de una disposición del ordenamiento, a través de su declaración de inconstitucionalidad, no es posible en todos los casos asegurar la reparación de la constitucionalidad. Y esto es así porque difícilmente puede sostenerse que una vez que esta «desaparece» del ordenamiento jurídico, la salvaguarda de la Constitución queda garantizada si, como consecuencia de ello, se produce una grave afectación sobre derechos fundamentales, bienes constitucionales o el interés público. En estos casos, reducir la defensa de la Constitución a la existencia de una concreta norma que la vulnera, ignorando los problemas que plantea su juicio y consiguiente expulsión, supone un acercamiento aislado a la problemática en torno al control de la constitucionalidad de la ley. Por ello, cada vez se torna más necesario que la constitucionalidad se restablezca a

Así, la recomendación no sustituyó la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma y tampoco impidió que se estableciera una interpretación compatible a la Constitución respecto de sus alcances. Por su parte, la exhortación no ingresó en el contenido que la norma tendría que incorporar, y aunque se tratara de un mero consejo o sugerencia que no vincula al legislador, su incierta concreción no pone en riesgo la supremacía constitucional. Por ello, en este caso puntual considero que la exhortación es legítima y se mantiene dentro de los límites constitucionales.

¹⁴ La construcción de esta categoría en la doctrina española ha sido promovida principalmente por Javier Jiménez Campo y su formulación se encuentra desarrollada en su trabajo «Qué hacer con la ley inconstitucional» (1997: 15 y ss.) y «Sobre los límites del control de constitucionalidad» (1998: 139 y ss.). Su influencia se puede apreciar en las «Conclusiones» de la obra colectiva que dirigió Eliseo Aja en la que también participó Markus González Beilfuss, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual* (1998: 257 y ss.). El estudio de este último autor, *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, op. cit., es un esfuerzo más acabado en el desarrollo de esta noción aunque con la atención centrada en la problemática de la discriminación normativa.

través de un proceso, en el que converjan el Tribunal Constitucional, el legislador y los jueces ordinarios.

Un aspecto que debe ponerse de relieve es que estas soluciones permiten calibrar o moderar las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad, sin eludir dicho pronunciamiento, como puede acontecer con las exhortaciones analizadas anteriormente. En esta dirección, se ha sostenido que este proceder acrecienta «el campo de acción de la jurisdicción constitucional» (García de Enterría 1989: 5 y ss.), coadyuvando, por tanto, a la «ampliación de la eficacia práctica de la Constitución» (García de Enterría 1989: 5 y ss.).

Las herramientas utilizadas por los diversos tribunales constitucionales con este propósito comparten un origen jurisprudencial.¹⁵ Así, por ejemplo, en el caso español destaca la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad, y con menor frecuencia la postergación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, reservada para asuntos de orden competencial.¹⁶ Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán introdujo la declaración de incompatibilidad o mera inconstitucionalidad de la ley, que goza de cierta cobertura normativa desde el año 1970.¹⁷ En ambos casos, el alcance atribuido a la nulidad de las normas que determina su declaración de ilegitimidad, hoy en día superado, que conllevaba su asimilación con un régimen temporal equivalente a la retroactividad, acrecentaba las consecuencias gravosas de tal declaración y puede haber favorecido la aparición de los instrumentos a los que se hará referencia. Otro factor clave sin duda fue la

¹⁵ Salvo el caso austriaco, en donde el propio Texto Constitucional autoriza a su respectivo Tribunal a diferir la eficacia de su sentencia. Sobre este punto, véase Schaffer (s/f: 1 y ss).

¹⁶ Cabe indicar que el Proyecto de Ley 121/000060, para la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 25 de noviembre de 2005 (BOE, serie A-Núm. 60-1), contempló la reforma del texto del artículo 39 de dicho cuerpo normativo con el objeto de reconocer expresamente las figuras de la inconstitucionalidad sin nulidad y la postergación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Pese a que se trataba de una propuesta que contaba con el respaldo de un sector importante de la doctrina española finalmente no prosperó. Las opiniones de distintos autores sobre este aspecto del proyecto pueden consultarse en el «Cuestionario sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional». *Teoría y Realidad Constitucional*, N.º. 4, 1999, pp. 13 y ss. En la misma línea: Punset Blanco (1995: 33 y ss.); también (1997; 89 y ss.), entre otros.

¹⁷ En el caso alemán si bien el Tribunal Constitucional Federal implementó la declaración de mera incompatibilidad constitucional o inconstitucionalidad simple, dicha práctica goza de cobertura normativa desde la reforma que tuvo lugar el 21 de diciembre del año 1970, por la que se modificó la Ley de Organización del TCFA, y se incluyó como decisiones a la declaración de mera incompatibilidad o incompatibilidad simple y la declaración de compatibilidad constitucional, referida a normas «todavía constitucionales». El texto de la reforma, sin embargo, se limitó a su mención, sin precisar ni describir sus características ni efectos. Sobre el particular se puede consultar: López Bofill (2004: 90 y ss.), Weber (s/f, 53 y ss.), Schlaich 1984, pp. 133 y ss.

rigidez de la regulación de los tribunales constitucionales, expresiva de la limitada visión sobre su ámbito de acción.

Las diferencias existentes entre las figuras que serán objeto de comentario no impiden formular algunas apreciaciones generales que debieran contemplarse para evaluar su empleo. Como punto de inicio, debe afirmarse que la opción por prescindir de la expulsión inmediata de la norma inconstitucional solo puede determinarse a partir de un juicio de ponderación en el que se valoren las consecuencias que generaría la expulsión inmediata de la ley inconstitucional, frente a las que derivarían a partir de su mantenimiento transitorio. La expulsión de una ley del ordenamiento jurídico, y la consiguiente creación de un vacío normativo, no son condición suficiente para dilatar los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. En esta línea, puede compartirse la preocupación que se ha expresado en torno al riesgo que comporta la «mitificación del vacío legislativo» (Blasco Soto 1995: 304 y ss.), en alusión a la simple invocación de esta circunstancia como única justificación para el recurso a técnicas de esta naturaleza. Es necesario que el juez constitucional determine los derechos o bienes constitucionales que se comprometerían con la expulsión inmediata de la ley, o explicita la concreta afectación que esta situación produciría sobre el interés público y argumente, de ser el caso, su mayor gravedad frente a la permanencia provisional de la ley inconstitucional.

Es posible argumentar que frente a una sentencia de semejante alcance el legislador se encuentra vinculado a dictar la ley requerida dentro del plazo que eventualmente establezca la respectiva decisión, y este deber constitucional descansa en diversas razones. En primer lugar, habría que recordar que las decisiones que adoptan estas previsiones son sentencias de carácter estimatorio que, por tanto, conllevan la declaración de inconstitucionalidad de la norma enjuiciada, cuya eficacia se ha suspendido en atención a razones de orden constitucional: si se dotara a la sentencia de efectos inmediatos se afectaría de manera desproporcionada diversos bienes constitucionales, derechos fundamentales o el interés público. En estas condiciones, la reparación de la constitucionalidad solo puede alcanzarse con la intervención oportuna del legislador, cuya actuación entonces deviene en obligada. A esta circunstancia hace alusión Jiménez Campo (1996), afirmando la existencia de un «deber estricto de legislar» (pp. 139 y ss.), en la medida que la actuación del legislador es la «única vía» (pp. 139 y ss.), para reparar la inconstitucionalidad de la ley. La vinculación de todos los poderes públicos a la sentencia del Tribunal Constitucional, que evidentemente alcanza al legislador, y principalmente su sujeción a la Constitución, sustentan su deber de intervenir oportunamente en la regulación de la materia enjuiciada.

Como se ha adelantado, el Tribunal Constitucional peruano hace uso principalmente de la postergación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o *vacatio sententiae*, a la que suele sumar una «exhortación» al legislador a través de la cual pretende impulsar la modificación de la materia normada por la ley inconstitucional.¹⁸ Hay que indicar que dicha figura no ha sido prevista de manera expresa en la Constitución, ni en la legislación procesal constitucional que han apostado por un nexo aparentemente indisoluble entre la declaración de inconstitucionalidad y la expulsión inmediata de la ley enjuiciada.¹⁹ Sin duda dicho régimen es el que disciplina ordinariamente la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad, pero es posible y necesario modular su aplicación cuando la salvaguarda de otros bienes de entidad constitucional lo exija. En todo caso, la previsión de esta capacidad ordenadora de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal podría considerarse conveniente por razones de seguridad jurídica, pero no es presupuesto para sostener su legitimidad.

Es importante destacar que el Tribunal ha establecido pautas para su utilización, indicando que debe contar con el acuerdo de cinco de los siete magistrados que integran dicho órgano jurisdiccional, votación cualificada equivalente a la que exige su ley orgánica para la declaración de inconstitucionalidad. Adicionalmente, ha señalado que acudirá a esta técnica únicamente cuando la simple declaración de inconstitucionalidad provoque «una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias», en alusión al juicio de ponderación que debe realizar para decidir si pospone los efectos de su pronunciamiento o no lo hace; y, finalmente, ha subrayado la necesidad de que la sentencia argumente las razones que justifican dicho proceder.²⁰

Pese a la legitimidad de esta herramienta debe reconocerse que en el caso peruano su éxito ha sido relativo, pues su uso por parte del Tribunal no ha estado exento de tropiezos²¹ y la reacción del legislador no siempre ha sido consecuente con la

¹⁸ Como se recuerda, una de las primeras oportunidades en la que se acudió a esta técnica se encuentra en la sentencia sobre legislación antiterrorista, del 03 de enero de 2003. En concreto, la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Ley 25659, que regulaba el delito de traición a la patria, originó que se acuda a la técnica de la *vacatio sententiae*. Una de las tres exhortaciones incluidas en este pronunciamiento se encontraba asociada a esta figura y buscaba impulsar la actuación diligente del legislador (Expediente 010-2002-AI/TC, FJ 230).

¹⁹ En efecto, el artículo 200.2 de la Carta de 1993 dispone que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley produce su expulsión a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

²⁰ Expediente 0030-2005- PI/TC, FJ 61.

²¹ Sin duda la fase más crítica se ubica en las sucesivas sentencias dictadas en torno a la regulación de la justicia militar. Una de las primeras sentencias sobre esta cuestión declaró inconstitucionales

responsabilidad que emana de una sentencia de tal naturaleza.²² Aspectos como la extensión inmotivada del plazo fijado en la respectiva sentencia para la suspensión de la declaración de inconstitucionalidad, la escasa argumentación sobre la necesidad de utilizar el mecanismo de la *vacatio sententiae*, y la actual renuencia del Tribunal a establecer un periodo preciso para la suspensión de su declaración, son algunos de los puntos que merecen un replanteamiento.²³

Como es posible apreciar, el deber que recae sobre el legislador en estos casos no fluye de la presencia en la sentencia de una exhortación o mensaje, sino de los elementos que antes se han señalado, que imprimen de carácter imperativo a su actuación. La recomendación en estos casos es un elemento totalmente prescindible y que no define la naturaleza del pronunciamiento. Por ello, la calificación de «sentencia exhortativa» con la que el Tribunal Constitucional,²⁴ seguido por un

diversas disposiciones que regulaban la justicia militar y pospuso la eficacia de su pronunciamiento por doce meses, exhortando al Congreso a que dicte la regulación pertinente (Expediente 0023-2003-AI/TC). Poco después, se expidió una resolución aclaratoria en la que precisó los alcances de su sentencia, sin pronunciarse en torno al cómputo del plazo de la *vacatio sententiae*; y, posteriormente, mediante el Oficio 125-2005-P/TC, del 29 de agosto de 2005, ordenó que el cómputo de la *vacatio* se iniciara a partir de la fecha de publicación de su resolución aclaratoria. En un proceso posterior sobre la misma materia suspendió la eficacia de su sentencia por un periodo de seis meses (Expediente 0004-2006-PI/TC). El inicio del cómputo de este plazo también fue modificado por el Tribunal, esta vez a través de una resolución aclaratoria, en la que indicó que dicho lapso temporal debería contabilizarse a partir de la notificación de dicha resolución. Resultan cuestionables las prórrogas dispuestas por el Tribunal por distintas razones. La primera, de orden formal, tiene que ver con la posibilidad de que la emisión de una resolución aclaratoria, destinada a puntualizar conceptos o subsanar errores materiales, justifique la modificación del cómputo de la postergación de los efectos de la sentencia. En todo caso, e ingresando al aspecto sustancial del asunto, considero que una premisa para que se justifique dicha prórroga es que la aclaración aborde los aspectos de la sentencia afectados por la *vacatio*. Aunque en este punto habrá que estar a las circunstancias de cada controversia, parece claro que de existir situaciones excepcionales que lo ameriten, su adopción debiera realizarse siempre a través de una resolución motivada que goce de la misma publicidad de la que goza la sentencia, debido a que tiene incidencia sobre un aspecto fundamental de la misma, como es el cómputo del plazo para que esta adquiera plena eficacia.

²² Su escaso respeto hacia las decisiones del Tribunal Constitucional no se ha manifestado solamente en su falta de diligencia para dictar la normatividad requerida dentro de los plazos previstos por dicho órgano, sino que incluso ha llegado a prorrogar indefinidamente la normativa declarada inconstitucional, como aconteció con el dictado de la «Ley 28934 que amplía excepcional y temporalmente la vigencia de la actual justicia militar y policial» que, como era de esperarse, fue objeto de un proceso de inconstitucionalidad que la declaró inconstitucional (Expediente 0005-2007-AI/TC).

²³ Esta lamentable inflexión puede vislumbrarse a partir de la revisión de sentencias posteriores, como la referida al Expediente 0016-2007-PI/TC, FJ 13, en donde alude a que la actividad del legislador debe acontecer dentro de un periodo de tiempo «breve y razonable».

²⁴ La identificación entre la técnica de la *vacatio sententiae* y las sentencias exhortativas se puede percibir desde las primeras decisiones en las que se ha hecho uso de la figura comentada. Así, ha indicado que las sentencias exhortativas declaran «la incompatibilidad constitucional de una (...)

sector de la doctrina peruana,²⁵ ha denominado estas decisiones resulta inadecuada y debería abandonarse, en la medida que se trata de una expresión que sugiere que la actuación del legislador queda sujeta a su total discreción cuando, como se ha visto, esta viene impuesta por la Constitución.

En el caso español, la ausencia de apoyo normativo expreso de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad es el principal argumento que suele sustentar un sector de la doctrina que se ha mostrado crítica a que su uso se lleve a cabo sin contar con cobertura normativa.²⁶ Estas decisiones suelen incorporar un llamado al legislador a quien hacen conocer que debe actuar, señalando casi siempre que su intervención tiene sustento en la «lealtad constitucional». Esta cuestionable expresión en este contexto parece representar una versión «debilitada» de la supremacía constitucional y por ello es de escasa utilidad para la consolidación de este mecanismo. En las sentencias que adoptan esta técnica no suele fijarse un plazo puntual que guíe la actuación del legislador, siendo frecuente que se le confiera un «plazo razonable». Los rasgos de la práctica del Constitucional español no parecen impulsar la reacción del legislador, que podría calificarse de irregular. Además, aunque el recurso a la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad puede considerarse en la actualidad una práctica más o menos asentada, no ha podido dotarse de cobertura normativa.²⁷

norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone(n) su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda(n) al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria» (Expediente 004-2004-CC/TC, FJ 3.3.4). En el mismo sentido se expresó en las sentencias contenidas en el Expediente 0024-2003-AI/TC, S/FJ y en el Expediente 0030-2005-PI/TC, FJ 56.

²⁵ En este sentido: García Toma (2008: 393 y ss.), Abad Yupanqui (2004: 8 y ss.) y Lama More (2005: 19 y ss.), entre otros. En la línea de cuestionar la calificación de sentencias exhortativas se ha pronunciado hace buen tiempo: Soria Luján (2003: 65 y ss.).

²⁶ En esta línea se han pronunciado Gómez Montoro (2001: 585 y ss.), Garrorena Morales (1981: 371), Díaz Revorio (2001: 267), Pérez Tremps (2006: 160). Una perspectiva crítica a esta figura desde diversos aspectos ha sido planteada por Blasco Soto (1995: 265 y ss.).

²⁷ La primera sentencia que adoptó esta técnica fue la recaída con ocasión del recurso de inconstitucionalidad promovido contra la ley que regulaba la declaración conjunta del Impuesto a la Renta de las Personas Físicas (STC 45/1989, de 20 de febrero). El legislador español respondió con diligencia al encargo enviado por el Alto Tribunal dictando, cinco meses después de su expedición, la Ley 20/1989 de adaptación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio. En ocasiones posteriores la reacción del legislador no ha sido consecuente con el deber que fluye de este tipo de pronunciamientos. Este es el caso de la cuestión de inconstitucionalidad a través de la cual se cuestionó el párrafo primero del artículo 136 del Código Civil, que concluyó en la inconstitucionalidad de la citada disposición, pero no dispuso su nulidad (STC 138/2005, de 26 de mayo de 2005), y de la cuestión entablada contra el párrafo primero del artículo 133 del Código Civil, (STC 273/2005, de 27 de octubre de 2005), que hasta la fecha se mantienen intactas. Más recientemente, a propósito del recurso de inconstitucionalidad

Un problema de compleja solución que tienen que afrontar las cortes constitucionales que acuden a estas técnicas, es la respuesta que debe adoptarse frente a la eventual inacción del legislador, pues aunque este se encuentra obligado a legislar, no es extraño que su actuación se dilate en el tiempo o que no se produzca, provocando el mantenimiento indefinido de normas inconstitucionales. Por ello, quizá la previsión constitucional expresa, que conceda al respectivo Tribunal un margen amplio de libertad para modular su ejercicio, puede ser un factor que refuerce su cumplimiento. La argumentación del Tribunal, el ejercicio responsable de esta capacidad y una práctica previsible y coherente son aspectos que también pueden abonar en su éxito. Pero, sin duda, el respeto a la Constitución por parte del legislador será el elemento que defina su actitud y, en general, de los poderes públicos frente al mandato que emerge de la sentencia del Constitucional.

1.3. Exhortaciones al legislador desvinculadas del carácter estimatorio o desestimatorio de la sentencia sobre la constitucionalidad de la ley

Es de sobra conocido que en la actualidad la actividad de los tribunales o cortes constitucionales supera su inicial concepción como órganos que se limitan a declarar el carácter inconstitucional de una ley o descartar dicha condición. Hoy en día los jueces constitucionales también desempeñan una importante labor en el desarrollo y actualización de los mandatos constitucionales (Ahumada 1991: 50 y ss.). Como expone Ahumada, la tarea de los tribunales constitucionales no se reduce a «preservar la integridad de la Constitución, se trata más allá de esto de asegurar su eficacia, su cumplimiento activo, [...], su 'realización'» (Ahumada 1991: 50 y ss.).

Si se trasciende de la visión defensiva y negativa en torno a la función de los tribunales constitucionales, es posible aceptar que se comuniquen con el legislador o con otros poderes públicos a efectos de instar su actuación en asuntos de trascendencia constitucional. Su incursión en este terreno puede explicarse a partir de su estatus de intérprete supremo de la Constitución y de garante final de los derechos fundamentales, condiciones que lo hacen un órgano idóneo para advertir y detectar áreas del ordenamiento jurídico cuya reforma o normación puede coadyuvar en la eficacia de la Norma Fundamental.

promovido contra la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, acudió a la misma técnica (STC 236/2007, de 19 de diciembre de 2007). Como es sabido, el legislador reguló la materia considerada inconstitucional a través de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000.

Precisamente, las exhortaciones a las que nos vamos a referir someramente en este apartado se enmarcan en esta labor, pues consisten en mensajes formulados al margen del carácter estimatorio o desestimatorio de las sentencias que las recogen y sugieren al legislador disciplinar algún aspecto relacionado, no siempre de modo directo, con la materia concernida con la ley enjuiciada. Así, por ejemplo, estas recomendaciones son especialmente útiles en los casos en que el proceso de inconstitucionalidad involucre normas concretas vinculadas a una problemática compleja.

Por lo demás, hay que indicar que en estos casos, en donde estas exhortaciones tienen una presencia creciente, su aparición no propicia la evasión de la declaración de inconstitucionalidad, ni de la Interpretación de la Ley conforme a Constitución, pues constituyen un complemento a la decisión sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas. Por esta razón, en principio no existen inconvenientes en su admisibilidad y aunque no se puede sostener que el legislador se encuentra vinculado a su seguimiento, su incierta efectividad no resulta objetable si se tiene en cuenta que no comprometen la supremacía constitucional.²⁸ Queda, por tanto, trazar algunas líneas que delimiten este proceder.

En primer lugar, estimamos que estas recomendaciones deberían guardar un nexo «razonablemente cercano» con el asunto debatido en el juicio a la ley, pues es a propósito de su conocimiento que se ha tenido ocasión de advertir la necesidad de disciplinar o modificar la regulación de alguna materia. Por ello, la legitimidad de la recomendación se quiebra cuando el Constitucional introduce sugerencias que no se justifican a la luz del criterio mencionado. En el caso peruano el recurso excesivo a estas recomendaciones es un asunto que despierta incertidumbre y que pone de manifiesto que a través de esta vía el Constitucional ha encontrado un camino para pronunciarse sobre aspectos que guardan un nexo más bien lejano con la materia debatida.²⁹

²⁸ De hecho, como se mencionó en el punto 2.1, el Tribunal ha señalado en más de una ocasión que estas recomendaciones carecen de carácter imperativo a diferencia de las que se ubican junto a la técnica de la *vacatio sententiae*. Por lo demás, su encaje a la luz del principio de Congruencia, respecto del cual representan una excepción, resulta menos problemática si se tiene en cuenta que constituyen, como su denominación indica, simples recomendaciones o sugerencias desprovistas de fuerza imperativa.

²⁹ Este es el caso de la decisión que puso fin al proceso tramitado bajo el Expediente 0006-2003-AI/TC. Tras estimar la demanda de inconstitucionalidad, la sentencia incluyó una serie de recomendaciones reclamando la regulación cuestiones con diverso grado de relación respecto de la materia enjuiciada como el número del número de votos necesarios para la aplicación de las sanciones impuestas por el Congreso en el marco del el juicio político contra los altos funcionarios del Estado (FJ 22 y 23), el procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político

El mismo reparo debe formularse sobre las recomendaciones que hacen llegar indicaciones sobre el contenido de la normatividad que se propone adoptar, por las razones que se mencionaron en el punto 1.1. Este es uno de los principales problemas que se detecta a partir de la revisión de la jurisprudencia relativa a esta variante, que suele remitir al legislador precisiones sobre el contenido puntual que debiera introducir en la legislación, restándole juridicidad a su pronunciamiento.³⁰

Admitido su carácter referencial o persuasivo, es lógico que esta condición se plasme en su planteamiento, que no debiera sugerir un carácter imperativo del cual se encuentran privadas. En este sentido, consideramos que no procede en estos casos la imposición de plazos al legislador, ni las advertencias respecto de una futura sentencia estimatoria: si la defensa de la Constitución en sentido estricto no está en juego, el Constitucional no puede imponer la actuación del legislador. Finalmente, habría que añadir que la emisión de estas sugerencias debe estar guiada por la prudencia y contención, pues el recurso ilimitado o injustificado a estos mensajes puede menoscabar la sensible y compleja relación entre el Tribunal Constitucional y el legislador.

Reflexión final

Como se ha intentado demostrar a partir de la revisión de las exhortaciones al legislador dirigidas por el Tribunal Constitucional del Perú, la valoración de estos mensajes puede realizarse teniendo en cuenta su relación con la estimación o desestimación de la inconstitucionalidad de las normas objeto de juicio. Así, en lo atinente a las exhortaciones asociadas a la desestimación de la declaración de inconstitucionalidad, debe evaluarse que el recurso a la exhortación al legislador no opere como un instrumento que promueva la evasión de la declaración de la inconstitucionalidad de la ley, en aquellos supuestos en donde a través de su interpretación conforme a Constitución no sea viable lograr su acomodación. Es en este

(FJ 24 y 25), la regulación del procedimiento y la votación calificada necesaria para declarar la vacancia presidencial por la causal de incapacidad moral o física prevista en el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución (FJ 26) y, finalmente, el número de votos mínimos necesarios para la aprobación de leyes ordinarias (FJ 28).

³⁰ Este es el caso del proceso tramitado bajo el Expediente 00013-2009-PI/TC. La sentencia desestimatoria recomendó regular una serie de puntos que guardaban un nexo razonablemente cercano a la misma. Sin embargo, su planteamiento incluyó indicaciones puntuales sobre el contenido de la futura norma (FJ 60). La misma observación se puede formular respecto de la exhortación que dirigió el Tribunal al sentenciar el proceso que se recoge en el Expediente 00002-2008-PI/TC. Una de las exhortaciones que contiene esta sentencia recomendó la expedición de una ley de desarrollo de los regímenes de excepción previstos en el Texto Constitucional, incluyendo instrucciones precisas sobre cuál debía ser su contenido (FJ 31).

aspecto donde las exhortaciones presentan los peligros más acuciantes y se pone de manifiesto que su uso presenta algunas dificultades que no son triviales.

Por otro lado, y en lo referido a las exhortaciones desvinculadas del carácter estimatorio o desestimatorio de la sentencia sobre la constitucionalidad de la ley, habría que reiterar la legitimidad de los mensajes que remite al Constitucional con la finalidad de comunicar al legislador las materias que debieran regularse o modificarse, ante una realidad que advierte a propósito de los casos sujetos a su conocimiento y que compromete la eficacia de los derechos o bienes constitucionales. Su papel de defensor de la Constitución y de garante final de los derechos fundamentales lo habilitan para ello, aunque los límites de dicho proceder, que es un asunto que aquí se ha abordado con brevedad, no debieran perderse de vista.

Un comentario aparte merecen las exhortaciones que se incluyen en decisiones de carácter estimatorio y operan junto a técnicas como la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad o la *vacatio sententiae*. Ya se ha visto que en estos casos la actuación del legislador se impone por razones distintas al llamado que le formula el Constitucional, por lo que para determinar la verdadera naturaleza de la decisión no basta acudir a la exhortación, ni menos aún, centrar el análisis en su presencia o contenido, que puede considerarse accesorio e incluso prescindible.

Bibliografía

ABAD YUPANQUI, Samuel

2004 «La sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre terrorismo. Corrigiendo errores e innovando conceptos». *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 7.

AHUMADA RUÍZ, María Ángeles

1991 «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 8.

2005 *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. Madrid: Thomson-Cívitas.

AJA, Eliseo y Marcus GONZÁLEZ BEILFUSS

1998 «Conclusiones generales». En *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*. Barcelona: Ariel.

BLASCO SOTO, Carmen

1995 *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*. Barcelona: Bosch.

CASCAJO CASTRO, Luis

1986 «Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional» (ponencia). En *II Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier

2001 *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier

1991 «Diez años de fallos constitucionales (Sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)». *Revista Vasca de Administración Pública*, N°31.

FERRERES COMELLA, Víctor

1997 *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

1989 «Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 61.

GARCÍA TOMA, Víctor

2008 «Las sentencias: conceptualización y desarrollo jurisprudencial en el Tribunal Constitucional peruano». En *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho*. Tomo V. Juez y sentencia. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Marcial Pons.

GARRORENA MORALES, Ángel

1981 «La sentencia constitucional». *Revista de Derecho Político*, N° 11.

GASCÓN ABELLÁN, Marina

1994 «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 41.

GÓMEZ MONTORO, Ángel

2000 «Efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional». En *Jurisdicción Constitucional y procesos constitucionales*, Segunda edición. Madrid: Mc Graw Hill.

2001 «De la sentencia en procedimientos de inconstitucionalidad y de sus efectos». En *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus

2000 *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier

s/f «Interpretación conforme a Constitución». En *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, tomo 1. Madrid: Civitas

- 1997 «Qué hacer con la ley inconstitucional». En *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- 1998 «Sobre los límites del control de constitucionalidad». En *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: Mc Graw-Hill.
- LAMA MORE, Héctor
- 2005 «Sentencias del Tribunal Constitucional. Tipología. Sentencias interpretativas». *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 84.
- LOPERA, Gloria María
- s/f «La problemática legitimidad de la justicia constitucional». *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, núm. 5.
- LÓPEZ BOFILL, Héctor
- 2004 Decisiones interpretativas en el control de la constitucionalidad de la ley. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PÉREZ TREMP, Pablo
- 2006 *Los procesos constitucionales. La experiencia europea*. Lima: Palestra.
- PIZZORUSSO, Alessandro
- 1981 «Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano». En *El Tribunal Constitucional*, volumen 1. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- PUNSET BLANCO, Ramón
- 1995 «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC». *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, N° 7.
- 1997 «Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes». En *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley. Actas de las II Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ROMBOLI, Roberto
- 1996 «La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 48.
- RUBIO LLORENTE, Francisco
- 1993 «La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho». En *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SAGÜÉS, Néstor Pedro

2006 «Las sentencias constitucionales exhortativas». *Estudios Constitucionales*, N° 2.

SCHAFFER, Henz

s/f «Austria. La relación entre el tribunal Constitucional y el legislador». En *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*.

SCHLAICH, Klaus

1984 «El Tribunal Constitucional Federal Alemán». En *Tribunales Constitucionales Europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SORIA LUJÁN, Daniel

2003 «Los efectos en el tiempo de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes antiterroristas». *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 53.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco

1993 «A modo de sugerencias. (Notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador)». En *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

VII CONFERENCIA DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EUROPEOS, LISBOA, 1987

2007 «La justicia constitucional en el cuadro de las funciones del Estado, vista a la luz de las especies, contenidos y efectos de las decisiones sobre la constitucionalidad de las normas jurídicas». En *Conferencia de los Tribunales Constitucionales europeos. Ponencias españolas*. Madrid: Tribunal Constitucional.

WEBER, Albrecht

s/f «Alemania». En *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*.

ZAGREBELSKY, Gustavo

1988 *La Giustizia Costituzionale*. Milán: Il Mulino.