

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TC PERUANO*

Pedro P. Grández Castro¹

SUMARIO: I. Justificación constitucional. I.1. *La fundamentación en la jurisprudencia del TC peruano.*– II. Estructura del test de proporcionalidad. II.1. *La estructura del test de proporcionalidad y su desarrollo la jurisprudencia del TC peruano.* a) *Razonabilidad y proporcionalidad.* b) *El test de idoneidad del medio y/o medida.* c) *El test de necesidad o indispensabilidad.* d) *El test de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación* e) *La ponderación como test de intensidades.*– III. Colofón: algunos problemas pendientes.

INTRODUCCIÓN

La recepción del *test* de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (en adelante, TC) ha sido obra, como en muchos otros casos, del seguimiento del Derecho comparado, en un esfuerzo por construir los pilares de una estructura institucional que permita una efectiva defensa de los derechos fundamentales en el marco del Estado democrático y constitucional de Derecho².

El auge en su utilización por parte de la jurisprudencia constitucional nacional se explica además a partir de los cambios producidos en un ámbito de mayor cobertura democrática, producto de la transición democrática y la recomposición del TC peruano tras la huida de Fujimori y el desmoronamiento de su régimen dictatorial³.

Aun cuando no se trata de hacer un balance minucioso de su desarrollo actual, en las líneas que siguen nos interesa resaltar, básicamente, la forma en que ha asumido el Tribunal Constitucional, tanto su justificación como su estructura. Con este esquema, trataremos de presentar algunos de los casos más resaltantes que muestran el desarrollo de la jurisprudencia y el importante aporte que el test de proporcionalidad ha brindado en el control del ejercicio del poder, tanto público como privado. Al final como reflexión de cierre, mostramos algunas de las dificultades y retos que plantea su utilización a la judicatura constitucional.

I. JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

¹ Director Ejecutivo del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional de Peru.

²1. Sobre el uso de la dogmática y de la jurisprudencia como fuente de inspiración de los Tribunales constitucionales véase, PEGORARO, Lucio. "La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: Un análisis comparado". En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista doctrina y jurisprudencia*, N.º 7, Lima: Palestra Editores, julio 2007.

³ No es casual entonces que el TC haya anunciado una suerte de reencuentro con el discurso de los derechos fundamentales, al establecer en la STC 010-2002-AI (4 de enero de 2003), que "En las actuales circunstancias, es un imperativo histórico reencauzar la lucha contra la violencia sin distinción de signo, origen o fuente de inspiración. Para tal efecto, el respeto a la dignidad de la persona debe ser el parámetro que oriente tal reformulación de la política antisubversiva" (cursiva agregada).

Como ocurre también con otros ordenamientos⁴, en el caso peruano no existe una referencia explícita al principio de proporcionalidad⁵. De manera que la justificación de su relevancia constitucional no es un asunto baladí. Al respecto, la doctrina suele hacer referencia a la dignidad del ser humano, así como a la cláusula del Estado Democrático, incorporados en la mayoría de las constituciones modernas, como puntos de partida en el anclaje constitucional que fundamenta dicho principio.

Pero no se trata solo de una contemplación pasiva de dichas cláusulas, sino más bien de una lectura “comprometida” en el marco de una cierta comprensión del modelo del Constitucionalismo. En esta dirección, Luis PRIETO, sostendrá que, “si el Estado es un artificio, si las instituciones son un instrumento y la política viene sometida a la justicia, entonces en el marco de los inevitables conflictos entre ley y los derechos la carga de la prueba o la carga de la argumentación corresponde a aquélla antes que a éstos, corresponde al poder antes que a los individuos. En consecuencia, toda intervención en el ámbito de los derechos que implique un sacrificio en su ejercicio habrá de estar justificada y ser proporcional a la necesidad de preservar un bien de análoga importancia directa o indirectamente conectado a la propia constelación de valores en que reposan los derechos”⁶.

De manera que el fundamento del principio de proporcionalidad hay que encontrarlo, no en una cláusula solitaria de la Constitución, sino en los confines mismos del modelo de Estado Constitucional, construido sobre premisas antropocéntricas, esto es, sobre el reconocimiento de la libertad y la dignidad humanas como razón última del propio sistema político. En tal sentido, Javier BARNES sostendrá que “(...) el principio de proporcionalidad encarna una idea elemental de justicia material: la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado”⁷.

⁴ En el tratado por el que se proponía una “Constitución para Europa”, firmado en Roma el [29 de octubre de 2004](#), y que fuera frustrada al no haber sido ratificado por importantes Estados Miembros de la Unión Europea, apareció como novedad la siguiente formulación en su artículo: “Artículo II-112.- Alcance e interpretación de los derechos y principios. 1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (cursiva agregada).

⁵ Como veremos más adelante, se ha invocado el artículo 200 *in fine*, pero es claro que no se trata de un principio con pretensión de generalidad en materia de conflictos o restricciones de derechos fundamentales.

⁶ PRIETO SANCHIS, Luis, “Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales”. En: Luis Ortega y Susana de la Sierra (Coords). *Ponderación y derecho administrativo*. Marcial Pons, 2009, pp. 53-54.

⁷ BARNES, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”. En: *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5, especial dedicado al estudio del Principio de proporcionalidad. Madrid: INAP, 1998, p. 19.

Por su parte, BERNAL PULIDO⁸ ha sostenido que el principio de proporcionalidad, “admite varias fundamentaciones complementarias”: a saber: (i) la propia naturaleza de principios de los derechos fundamentales; (ii) el principio del Estado de Derecho; (iii) el principio de justicia; (iv) el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Éste es también el argumento que se recoge en la jurisprudencia constitucional de los primeros tribunales Europeos de la posguerra. Así el Tribunal Federal Alemán expondrá en una de sus primeras decisiones sobre la materia:

“En la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Él dimana del principio de Estado de Derecho, en lo fundamental, de la propia esencia de los derechos fundamentales, que como expresión de las pretensiones generales de libertad de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitadas por el poder público, sino solo en cuanto sea imprescindible para la protección de los intereses públicos” (BVerfGE, 19, 342 (348 y ss.).

Finalmente, ALEXY, quien seguramente ha defendido con más éxito el principio de proporcionalidad como expresión *funcional* del modelo de normas del Estado Constitucional, propondrá que el principio de proporcionalidad resulta consustancial al modelo de *principios* que representan los derechos fundamentales en el Estado democrático. A partir de la propuesta de DWORKIN⁹ respecto de la distinción entre reglas y principios, ALEXY concluirá que los derechos fundamentales son *principios* que ordenan que su contenido sea alcanzado en el mayor grado posible, conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas¹⁰. De este modo, la propuesta de ALEXY termina por establecer una “vinculación conceptual necesaria” entre el principio de proporcionalidad y la tesis de los derechos fundamentales como principios¹¹, por lo que, “quien objeta la teoría de los principios tiene también que objetar el principio de proporcionalidad”¹².

En tal sentido, el principio de proporcionalidad vendría a cumplir un rol instrumental a la naturaleza principialista de las normas iusfundamentales, en la medida que permite establecer, con un alto grado de corrección, el contenido del mandato establecido en una disposición cuyo cumplimiento no puede realizarse “todo o nada”, sino que más bien invoca un cumplimiento gradual. De este modo, BOROBSKY sostendrá que la fundamentación del principio de proporcionalidad hay

⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 2003, p. 594.

⁹ El modelo de las normas en su texto, *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999, pp. 72 y ss.

¹⁰ Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. 2ª edición, básicamente en su capítulo tercero, pp. 63 y ss.

¹¹ Cfr. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: CEC, 2005, p. 103.

¹² Cfr. ALEXY, R. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Traducción de Carlos Bernal. Universidad Externado de Colombia, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho N.º 28, Bogotá, 2003, p. 101.

que trasladarla a la discusión de la teoría de los derechos fundamentales como principios¹³.

Más todavía, si una Constitución define aquello que es más importante, no en forma de reglas puntuales y precisas sino de manera imprecisa o imperfecta y solo *prima facie*, esto es, si los derechos fundamentales se configuran bajo forma de principios cuyo valor de importancia “no es determinable en sí mismo o de forma absoluta, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos”¹⁴; entonces, la presencia de un “procedimiento” para su concreción, en cada caso, debiera tener la primera importancia en la Constitución: el principio de proporcionalidad se constituiría de este modo en una surte de *derecho de los derechos fundamentales*¹⁵ o *principio estrella* en la constelación de principios constitucionales de una sociedad democrática.

Sea como fuera y al margen de las críticas que se han lanzado a la estructura propuesta por ALEXY¹⁶, lo cierto es que los tribunales constitucionales, incluido el peruano, han seguido de cerca sus planteamientos tal como veremos, por lo que la tesis de los principios está también presente en nuestra jurisprudencia constitucional como una premisa o fundamento en la aplicación del test de proporcionalidad.

I.1. La fundamentación en la jurisprudencia del TC peruano

En algún sentido, todos estos argumentos se pueden también encontrar en la jurisprudencia del TC peruano. Nuestro Tribunal, en efecto, en una visita retrospectiva a su jurisprudencia, ha asumido la tesis de la *pluralidad complementaria* para la fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad. El punto de partida en esta tarea reconstructiva lo constituye, sin lugar a dudas, la famosa sentencia en el caso de la legislación contra el terrorismo de febrero de 2003, (STC 0010-2002-AI/TC).

¹³ BOROBOSKY, M. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 129.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal. 2ª edición en castellano. Madrid: CEC, 2007, p. 138.

¹⁵ Del *derecho de los derechos* habló con otro significado, William COBBET: “El derecho de los derechos, es el derecho a tomar parte en la creación de las leyes, a las que el bien de la totalidad obliga a someterse”. Cfr. COBBET, W. *Advine to Young Men and Women. Advine to a Citizen*. 1829. Citado por Jeremy WALDRON, *Derecho y desacuerdos*. Traducción de Luis Martí y Agueda Quiroga. Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho, p. 277.

¹⁶ Especialmente agudas son las observaciones de MORESO quien ha objetado al modelo de ponderación de ALEXY, tanto la ausencia de una “escala de ordenación abstracta” de los derechos fundamentales, como también, la imposibilidad de llegar a acuerdos “objetivos” sobre la escala triádica para la calificación de las intensidades de afectación a un derecho fundamental, elemento central en la operación “aritmética” de la ponderación propuesta por el profesor de Kiel. Cfr. MORESO, J.J. “ALEXY y la aritmética de la ponderación”. En: *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 223 y ss. A nivel local, véase la reformulación crítica de Luis CASTILLO CÓRDOVA en este volumen que sigue de cerca los planteamientos de la crítica realizada tanto en España como en Alemania.

En dicha ocasión, el Tribunal, partiendo del artículo 200 *in fine* de la Constitución, vino a expandir sus efectos, al sostener que:

“El principio de proporcionalidad es un *principio general del derecho* expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de *proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción*, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona” (cursiva agregada)¹⁷.

Tal proyección del principio de proporcionalidad como “principio general” se fundamenta también en la consideración de que se trata de un principio que “(...) se deriva de la cláusula del Estado de Derecho” que, a decir del Tribunal, exige “concretas exigencias de justicia material” que se proyectan a la actuación no solo del legislador, sino de todos los poderes públicos¹⁸.

Sin embargo, no fue esa la primera ocasión en que el Tribunal trató de fundamentar en términos constitucionales la presencia del Principio de proporcionalidad en nuestro sistema jurídico. Incluso en años en que el Tribunal estuvo en “cautiverio”¹⁹, se pueden encontrar decisiones con referencia al principio de proporcionalidad²⁰. En aquellos años, no obstante, el principio de proporcionalidad venía invocado como mandato de prohibición de exceso en la imposición de una sanción en el ámbito administrativo, y como expresión “sustantiva” del debido proceso²¹.

En tal sentido, en el caso Vaca Avalos (STC 408-1997-AA), el Tribunal estableció que:

“(...) así como el debido proceso es distorsionado formalmente cuando se contravienen los derechos y principios de quien es procesado judicial, administrativa o corporativamente, (hipótesis que, por cierto, también ha ocurrido en el caso de autos) dicho atributo es

¹⁷ STC 0010-2002-AI/TC, Fundamento jurídico 195.

¹⁸ Fundamentos 197 al 199 de la sentencia.

¹⁹ La expresión corresponde al Magistrado Cesar Landa, Cfr. “Entrevista a César Landa”. En *Foro Jurídico* N° 06, Lima, 2006.

²⁰ Véase las referencias en INDACOCHEA, P., Ursula. *Aproximación al concepto de ponderación y su aplicación por el tribunal Constitucional peruano entre los años 1996 a 2006*. Tesis para optar el título de Abogado, PUCP, Diciembre de 2006.

²¹ Véase como ejemplos la sentencia STC 00292-1997-AA, en el que se repone a una docente por haber sido separada de su puesto de trabajo con una sanción de destitución que el TC consideró excesiva; también la sentencia STC 0408-1997-AA, caso Vaca Ávalos. En esta ocasión el Tribunal revocó una sanción de suspensión sin goce de haber por haber dado un discurso no previsto en la ceremonia de su premiación.

igualmente distorsionado, empero, en términos materiales o sustantivos, cuando, como en el presente caso, no hay coherencia entre la infracción cometida y la sanción adoptada” (STC 0408-1997-AA, fundamento jurídico 4).

La dimensión “sustantiva” del debido proceso fue también el argumento que utilizó el Tribunal como punto de partida, años más tarde y ya en “libertad” para establecer la desproporción en el otorgamiento de una medida cautelar por parte de un juez, configurando uno de los primeros casos en los que el TC sometió al control de proporcionalidad a una decisión del propio Poder Judicial, en una suerte de “ponderación de la ponderación”. En efecto en el caso *Ambev vs. Backus* (STC 1209-2006-AA), el TC estableció que:

“(…) la dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no solo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no solo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes”²².

A partir de esta constatación, el Tribunal estableció en aquella ocasión que una medida cautelar resultaba “inadecuada” y en consecuencia, desproporcionada, cuando afecta a más bienes de los estrictamente necesarios para satisfacer el cumplimiento de una eventual sentencia definitiva a favor del solicitante de la medida²³.

En otras ocasiones el Tribunal ha apelado a la cláusula del Estado democrático de Derecho (art. 3 y 43 de la Constitución) y más en concreto, a una de sus manifestaciones implícitas, el *principio de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público*²⁴. En tal sentido el TC afirmará que:

²² Fundamento jurídico 28.

²³ El Tribunal estableció en este caso que: “(…) la medida cautelar intenta garantizar un conjunto de pretensiones específicas contenidas en el expediente principal, las mismas que aparecen debidamente resumidas en el fundamento 51 supra, no obstante su concesión, a partir de una redacción defectuosa de la misma, termina por expandir sus efectos más allá de la finalidad a la que pretende garantizar. De este modo, mientras que la pretensión principal estaba delimitada a un número preciso de botellas de determinadas características, la medida cautelar restringe arbitrariamente toda posibilidad de “tomar posesión por cualquier título” de todas las botellas “existentes en el mercado, en tanto no se resuelva de manera definitiva este proceso”, lo cual como ha sido ya puesto de manifiesto, incluye no solo las botellas cuya propiedad se reclama en el proceso judicial, sino también las botellas adquiridas por AmbevPerú, y la de los usuarios y otros distribuidores que puedan tener en su poder, por haberlos adquirido en el mercado. Más aún, ordena que Ambev, “se abstenga de introducir al mercado peruano, utilizar o envasar sus productos en botellas iguales a los envases de vidrio de 620ml. de capacidad, color ámbar...”. Este último aspecto no solo no había sido solicitado en el proceso principal en tales términos, sino que termina por anular la libertad contractual de AmbevPerú con la fabricante de las botellas que no es Backus y que tampoco participa del proceso en cuestión.

En consecuencia, por los términos en que ha sido adoptada la medida cautelar bajo análisis, al no haber delimitado adecuadamente el ámbito de la afectación en función de la finalidad a la que se orienta, ha terminado por afectar de modo innecesario el derecho de propiedad de la empresa recurrente violándose al mismo tiempo su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el artículo 139.3 de la Constitución, así como los principios de proporcionalidad y razonabilidad previstos en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución. (fundamentos, 63 y 64 de la sentencia, cursiva agregada).

²⁴ En España, por ejemplo, el reconocimiento del principio de interdicción de la arbitrariedad no se ha dado a través de la jurisprudencia, como es el caso peruano, sino en los debates constituyentes. Según

“Aunque no explícitamente, al reconocer en los artículos 3º y 43º de la Constitución, el Estado social y democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”²⁵.

Una manifestación concreta de la prohibición de la arbitrariedad vendría establecida, en efecto, en la exigencia de que las restricciones de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos sea debidamente justificada en la relevancia de otros bienes, que por lo menos supongan la misma importancia en su protección, por lo que para el TC el principio de razonabilidad o proporcionalidad resultaría consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho²⁶.

La exclusión o “interdicción” de actos arbitrarios en la actuación de los poderes públicos también se encuentra vinculada directamente con el valor justicia a decir del Tribunal. En tal sentido, en el caso Espinoza Soria (STC 1803-2004-AA) con relación al control de las potestades discrecionales de la administración, el TC tuvo ocasión de establecer que:

“La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado al valor Justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias” (FJ 13).

Pero además, el valor justicia exige, cuando se trata de la limitación de los derechos fundamentales, que tales limitaciones sean razonables, esto es, que tengan una finalidad constitucional que la justifique. En tal sentido en el caso del control a la reforma del régimen de pensiones (STC N.º 0050-2004-AI/TC –acumulados), el Tribunal estableció que:

“El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales” (FJ 109)²⁷.

relata Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, el debate doctrinario se trasladó al parlamento gracias al profesor español Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, quien lo calificó como “una pieza más en los delicados mecanismos de control”. Con su incorporación como principio constitucional, se buscó evitar tanto el trato desigual como otros supuestos de arbitrariedad. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 215 y ss.

²⁵ STC 090-2004-AA/TC.

²⁶ Cfr. STC 2192-2004-AA/TC: “El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo.” Fundamento jurídico 15.

²⁷ En el mismo sentido se expresará el Tribunal en el caso Espinosa Soria (STC 1803-2004-AA) con relación al control de las potestades discrecionales de la administración: “La razonabilidad es un criterio

De este breve recorrido, puede concluirse en este punto, que el TC peruano ha buscado múltiples puntos de respaldo constitucional al principio de proporcionalidad, sin olvidar que, en última instancia, la dignidad humana y su expresión más clara: los derechos fundamentales, no toleran sacrificios arbitrarios e injustificados.

Como bien lo ha precisado Javier BARNES, citando a la Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, también en nuestro sistema jurídico, “cualquier restricción de la esfera de libertad que se encuentra protegida por los derechos fundamentales habrá de respetar con todo esscrúpulo el principio de *proporcionalidad de los medios*”²⁸. En esta misma línea de razonamiento, el TC peruano también ha enfatizado que, “(...) todo límite a los derechos fundamentales, por tratarse de tales, no debe superar, por así llamarlo, el ‘límite de los límites’, es decir, los principios de razonabilidad y proporcionalidad”²⁹.

De este modo, puede afirmarse que toda Constitución que tiene como premisa básica la dignidad humana y los derechos fundamentales, *incluye implícito el principio de proporcionalidad* como resguardo último frente a toda intervención o limitación por parte de los poderes, públicos o privados³⁰.

II. ESTRUCTURA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad no solo es un principio de indudable relevancia constitucional, tal como ha quedado expuesto. Es también una *estructura*, esto es, una estrategia argumentativa para resolver conflictos de derechos. Como lo ha sostenido BERNAL PULIDO, “al igual que el silogismo, la ponderación es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto”³¹. En cuanto

íntimamente vinculado al valor Justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias” (FJ 13).

²⁸ BARNES, Javier. “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”. En: *Revista de Administración Pública*, N.º 135, septiembre-diciembre de 1994, p. 510.

²⁹ STC 4677-2004-AA, FJ 28.

³⁰ El TC también ha tenido ocasión de oponer el principio de proporcionalidad a la actuación de los particulares. Véase por todos la STC N.º 535-2009-AA/TC (Caso Universidad San Ignacio de Loyola), en el que el Tribunal estableció que : “... el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades *públicas como privadas*, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional” (cursiva agregada, FJ . 13).

³¹ BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la Ponderación”. En: *Doxa*, N.º 26, Alicante, 2003 p. 227.

estructura, cabe hablar ya no del *principio* sino del *test de proporcionalidad*. En su desarrollo jurisprudencial, para el derecho continental europeo, el Tribunal Federal Alemán parece haber sido el artífice³².

Precisamente a partir del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Federal, y ya a nivel dogmático, ALEXY ha establecido una estructura de tres niveles para la aplicación del test de proporcionalidad. El punto de partida de su teoría es, como ya se ha adelantado *supra*, la consideración de los derechos fundamentales como principios. En tanto principios, los derechos fundamentales constituyen mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas. La verificación respecto de las posibilidades de hecho en que pueden ser cumplidos los derechos fundamentales corre a cuenta de los sub principios de idoneidad y necesidad; mientras que el análisis respecto de las posibilidades de cumplimiento de los derechos fundamentales en cuanto a sus posibilidades jurídicas, corresponde al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación³³.

El objeto del test de proporcionalidad sería el establecimiento de una relación de *preferencia condicionada* por las circunstancias de un caso en particular, la misma que actuaría, al final de cuentas, como una premisa mayor que da respuesta al caso planteado. De este modo, el test de proporcionalidad operaría para reducir los márgenes de discrecionalidad en la delimitación del contenido de los derechos fundamentales considerados como principios³⁴, estableciendo como consecuencia, una “jerarquía axiológica móvil” entre principios en conflicto³⁵.

En esta estructura triádica: idoneidad, necesidad y ponderación; sin duda, ha sido en el test de ponderación o sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, donde se ha centrado la discusión de los últimos tiempos a nivel dogmático. Éste no es lugar para ingresar en ese debate, basta decir que se trata de una discusión orientada a la racionalidad o no del procedimiento de preferencia entre dos o más derechos en conflicto en sentido estricto³⁶.

³² Cito por las referencias a Javier BARNES. “Introducción al principio de proporcionalidad...” citado.

³³ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal. 2ª edición, CEC, pp. 92-93.

³⁴ Cfr. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*. Lima: Palestra Editores, 2007.

³⁵ Cfr. GUASTINI, Ricardo. “Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”. Traducción de Pedro Grández Castro. En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista de doctrina y jurisprudencia*, N.º 8, Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 636 y ss.

³⁶ Buena parte de esta discusión abarca un debate de mayor calado, referida al debate sobre el neoconstitucionalismo como modelo de los derechos. En España, ilustrativo de este debate es la sostenida entre Luis PRIETO y C. GARCÍA AMADO. Cfr. *Teoría del Neoconstitucionalismo*, edición de Miguel Carbonell, especialmente el Cap II, “Debate sobre el neoconstitucionalismo”, también BERNAL, Carlos. “El neoconstitucionalismo a debate”. En: *Temas de Derecho Público*, N.º 76, Universidad Externado de Colombia, 2007.

En cuanto a los sub principios de idoneidad y necesidad, ALEXY ha expresado que, “Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios”³⁷, en buena cuenta, se trata de trasladar la tesis del óptimo de Pareto al ámbito de actuación de los derechos fundamentales en la dinámica de sus conflictos³⁸.

En tales circunstancias, una decisión será óptima siempre que las medidas que se tomen sean adecuadas o eficaces para promover el fin y siempre que no existan otros medios, que permitan lo mismo con menos riesgos o lesiones para los derechos. El control de las posibilidades fácticas no constituye propiamente un control jurídico, sino más bien convoca la racionalidad práctica, en la medida que tiene que ver con aproximaciones del entendimiento racional común para la evaluación de medios y fines y de las posibilidades reales de su realización.

Una medida resultará idónea para lograr un fin cuando razonablemente pueda inferirse que de su puesta en práctica resultan ventajas tangibles a favor del derecho o principio que está siendo alentado o promovido. Así Laura CLÉRICO sostiene que, “Si el afectado tiene que soportar una restricción a su derecho, por lo menos, se espera que el medio pueda *fomentar* el logro del fin”³⁹ Se trata entonces de una exigencia de idoneidad del medio no estricta sino más bien “débil” como ha sugerido mayoritariamente la doctrina⁴⁰.

Una medida resultará indispensable (juicio de necesidad) y en consecuencia se debe proseguir con el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, si es que del análisis fáctico del caso, resulta que no hay medios alternativos o los que eventualmente aparecen como tales, resultan sin embargo menos ventajosos o eficaces con relación a la promoción del bien constitucional en cuestión. La necesidad de la medida está relacionada entonces, con: a) la existencia de otros medios, y; b) la posibilidad de que tales medios puedan ser mejor calificados respecto de su nivel de eficacia en la promoción del fin constitucional.

Un medio es *alternativo* y en consecuencia el no haberlo tomado en cuenta traerá consigo la declaración de inconstitucionalidad de la medida implementada por violar el principio de proporcionalidad en sentido amplio, cuando logre demostrarse que su puesta en práctica puede lograr por lo menos los mismos niveles de eficacia en la

³⁷ Cfr. Sobre la relación entre los subprincipios de idoneidad y necesidad, por una parte, y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por otra: R. ALEXY. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press, Oxford, 2002, Postscript (tiene traducción al castellano de C. BERNAL PULIDO como: “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 66, 2002, p. 13-64).

³⁸ Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. cit., pp. 149 y s.

³⁹ Cfr. CLÉRICO. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En: Miguel Carbonell y Pedro Grández (directores). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Cuaderno de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional N.º 8 (en prensa).

⁴⁰ Véase las referencias en este sentido en, LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit, p. 388 y ss.

obtención del resultado que se busca y, al propio tiempo, cuando pueda acreditarse que su implementación resultaría “más indulgente”⁴¹ con los derechos comprometidos, es decir, su carga de restricción es menor.

En cuanto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conocido también en la jurisprudencia alemana como juicio de ponderación, ALEXY lo ha estructurado en tres niveles o elementos de análisis: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación. Su núcleo sin embargo está centrado en la concreción de la ley de la ponderación que reza: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”⁴².

De este modo, la ponderación consiste en una operación de confrontación de expectativas que se fundan en disposiciones iusfundamentales que *prima facie* promueven acciones contradictorias. Para establecer racionalmente cuáles expectativas tienen respaldo a partir de la norma fundamental, ALEXY propone tres pasos: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”⁴³. La suerte de la ponderación depende de que sea factible dar estos tres pasos siguiendo algún plan racional.

Hasta aquí el planteamiento teórico de la estructura del test de proporcionalidad. Veamos a continuación la forma como ha sido recibida en la jurisprudencia del TC peruano.

II.1. La estructura del test de proporcionalidad y su desarrollo la jurisprudencia del TC peruano.

a) Razonabilidad y proporcionalidad

Como ha ocurrido también en otras latitudes, la estructura alemana del test de proporcionalidad con sus tres niveles de evaluación (idoneidad, necesidad ponderación) no ha estado siempre presente en la jurisprudencia del TC peruano. Su incorporación ha respondido a un cierto grado de desarrollo y estandarización de la jurisprudencia nacional.

En un primer momento, tampoco han sido claras las distinciones entre proporcionalidad y razonabilidad⁴⁴, en la medida que el Tribunal los venía tratando

⁴¹ Esta es la expresión de Laura CLÉRICO. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. Ob. cit.

⁴² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª edición, citado, p. 138.

⁴³ ALEXY, R. “La fórmula del peso”. En: Miguel Carbonell y Pedro Grández (directores). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Cuaderno de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional N.º 8 (en prensa).

⁴⁴ MARCIAL RUBIO realiza un análisis de la jurisprudencia del TC peruano hasta el 2004 en donde muestra cómo se manifiestan en los casos concretos los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Ver RUBIO

como un “par conceptual” inescindible⁴⁵. Posteriormente intenta una distinción analítica siguiendo un planteamiento de Manuel ATIENZA⁴⁶. En tal sentido el Tribunal establecerá que una decisión resultará razonable, en cuanto a su resultado en un caso concreto, si es que sigue un procedimiento racional para la toma de dicha decisión. El procedimiento racional sería, en este caso, el test de proporcionalidad. Así, a decir del Tribunal:

“(…) Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”⁴⁷.

No obstante, esta argumentación resultó ser transitoria. En la sentencia 045-2004-AI el Tribunal se decide por incluir dentro de la estructura del test de proporcionalidad el análisis de razonabilidad. El contexto es el análisis de una ley a la que se le imputa un tratamiento discriminatorio⁴⁸. En esta ocasión, tras establecer que “(…) la razonabilidad

CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2005, p. 251.

⁴⁵ Durante la primera etapa de funcionamiento del Tribunal se aprecia una invocación indistinta al principio de proporcionalidad o razonabilidad sin distingo alguno: Cfr. por todas la STC N° 408-1997-AA: “[...]el hecho de que el demandado pueda aplicar sanciones sobre el demandante no supone para nada el desnaturalizar los principios de razonabilidad y proporcionalidad insitos a toda medida sancionatoria” (FJ 4). Resulta ilustrativa de esta etapa una decisión del TC de 1998, en el que se repone a una trabajadora del INPE que había sido sometido a procesos de “evaluación” para luego disponer su cese por la causal de “excedencia”. En dicha ocasión el Tribunal argumentó invocando el artículo 200 *in fine* de la Constitución, pero bajo el nomen iuris de “razonabilidad”: “Que, en ese sentido, debe tenerse en cuenta que la “exhaustiva revisión y evaluación” a la que fue sometida la demandante no guarda coherencia con el contenido de los documentos de fojas once, catorce y treinta y tres —no observados por los demandados—, que certifican que la demandante se ha desempeñado en sus funciones con eficiencia, responsabilidad y puntualidad; tampoco, con la constancia de fojas treinta y dos, expedida por el Jefe de la Unidad de Personal de la Dirección Regional Norte-Chiclayo del INPE, que acredita que el legajo personal de la demandante no registra llamadas de atención ni procesos administrativos durante el primer semestre de mil novecientos noventa y seis; de lo que cabe inferir la subjetividad de la evaluación a la que fue sometida la demandante, *en franca transgresión del principio de interdicción de la arbitrariedad --que se desprende del principio de razonabilidad--*, previsto en el artículo 200° de la Constitución Política del Estado. (STC 135-1998-AA, cursiva agregada).

⁴⁶ Cfr. ATIENZA, Manuel, “Para una razonable definición de “razonable”. En *Doxa*, N° 4, Alicante, 1987, p. 189 y ss.

⁴⁷ STC 2192-2004-AA FJ 15

⁴⁸ Artículo 3° de la Ley N.° 27466. Ley que modifica la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y complementa el proceso de ratificación de magistrados: “Deróganse la Segunda y

aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente”, el Tribunal recuerda su jurisprudencia, conforme a la que:

“Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”⁴⁹

De este modo, si la razonabilidad se vincula con el establecimiento de fines o la exigencia de justificación *prima facie*, de toda intervención en el ámbito de los derechos fundamentales, entonces,

“la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad”.

Como ha escrito BERNAL PULIDO, comentado precisamente esta decisión del Tribunal Peruano, “El primer subprincipio de la proporcionalidad, es decir el subprincipio de idoneidad, (...), presupone, es obvio, que esta finalidad exista”⁵⁰. En tal sentido, para el máximo Tribunal: “el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”⁵¹.

Pero no es solo con relación a la aclaración conceptual entre razonabilidad y proporcionalidad en lo que aporta la sentencia N° 045-2004-AI. También aquí aparece por vez primera planteados de manera analítica los pasos del *test alemán* de proporcionalidad, aun cuando con alguna peculiaridad tratándose del análisis de una medida discriminatoria⁵². A partir de esta sentencia, también en la jurisprudencia

Tercera Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley N° 27368, y modifícase la Cuarta en los términos siguientes: “Cuarta.- Bonificación para los magistrados titulares que aspiren a cargo superior.- Los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediatamente superior, así como aquéllos postulantes, que hayan cursado el programa de formación académica, tendrán una bonificación de hasta un 10% (diez por ciento) del total del puntaje obtenido”. Los demandantes cuestionaban que esta Ley resultaba discriminatoria respecto de quienes hayan cursado el referido Programa de la Academia de la Magistratura.

⁴⁹ STC 2235-2004-AA/TC, FJ 6, segundo párrafo.

⁵⁰ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, “La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N.º 045-2004-PI/TC”, en *Palestra del Tribunal Constitucional*, N° 5, mayo de 2006.

⁵¹ STC 045-2004-AI/TC FJ 29 y 30

⁵² Según el tribunal cuando la medida es acusada de discriminatoria, el análisis debe comprender los siguientes pasos: “a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación; b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad; c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); d) Examen de idoneidad; e) Examen de necesidad; f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación” Cfr. STC 045-2004-AI/TC Punto 4 de la sentencia.

peruana, el análisis de proporcionalidad de cualquier medida que interviene en el ámbito *prima facie* protegido por un derecho fundamental, deberá realizarse mediante los tres pasos progresivos de idoneidad del medio, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

b) El test de idoneidad del medio y/o medida

Según el Tribunal,

“La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*”.

Este análisis debe vincular, a juicio del Tribunal, los medios, la finalidad y el objetivo. Para decirlo en términos más sencillos, debe tratarse de medidas que se vinculan con fines constitucionales y a su vez, debe tratarse del logro de acciones o estado de cosas tangibles (objetivos)⁵³. En palabras del Tribunal, el análisis de idoneidad supone, “(...) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante”⁵⁴.

El análisis de idoneidad, toda vez que no suele ser muy exigente, no ha generado mayor desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal. Deben señalarse algunos casos solo para identificar las diferentes maneras en que ha sido asumido por el TC.

En primer lugar, incluso antes de la estructura en tres niveles, en la ya referida sentencia sobre la legislación contra el terrorismo, el Tribunal llegó a establecer, sin ambages, que en el ámbito de actuación del legislador penal, estaba proscrita, por *in idónea*, la pena de cadena perpetua. Esto porque a decir del TC,

“la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria”⁵⁵.

Con ello el Tribunal dejó sentado que,

“La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo”⁵⁶.

⁵³ BERNAL PULIDO se refiere a lo mismo identificando la finalidad como fin “indirecto”, mientras que el Estado de Cosas, “el objetivo” lo llama “fin indirecto”. Cfr. “Tribunal Constitucional, Legislador y Principio de Proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74, 2005, p. 417 y s.

⁵⁴ STC 003-2005-AI/TC FJ 69

⁵⁵ STC 010-2002-AI/TC FJ 187

⁵⁶ STC 010-2002-AI/TC FJ 188

De este modo, la cadena perpetua resultaría a decir del TC, una medida desproporcionada por inadecuada con relación a los fines constitucionales de la pena, que no puede sino orientarse hacia la resocialización del condenado y no a su “cosificación” en el que éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sin posibilidades de ser objeto de medidas hacia su resocialización.

Años más tarde, sin embargo, el Tribunal declinaría de esta postura garantista inicial, al convalidar la cadena perpetua para el caso de los reincidentes⁵⁷.

Otro caso entre los pocos en los que puede encontrarse un control negativo de *idoneidad* del medio, lo constituye el análisis que realiza el Tribunal en el caso Calle de las Pizzas (STC 007-2006-AI) con relación a los derechos comprometidos con dicha restricción. El Tribunal hace dos análisis de proporcionalidad. En el primero de ellos se trata de establecer la constitucionalidad de la Ordenanza N.º 212 cuyo objeto es que “se resguarde la tranquilidad y seguridad de los vecinos mirafloresinos”.

Este caso será materia de análisis en el test de proporcionalidad en sentido estricto, pero por ahora conviene precisar que, en esta ocasión, el Tribunal luego de preguntarse si, ¿puede garantizarse la vida y la integridad estableciendo una restricción de la hora máxima de apertura de un establecimiento? O si, ¿Puede la vida, seguridad e integridad física de los trabajadores y concurrentes de los establecimientos de la zona bajo restricción garantizarse restringiendo el horario máximo de apertura del mismo?, termina respondiéndose en sentido negativo, estableciendo, en el análisis de idoneidad del medio, que la restricción de horarios en la atención de los establecimientos ubicados en la zona objeto de la medida, “no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la Municipalidad”.

De este modo, con relación a los derechos a la integridad y a la vida, tanto de las personas que concurren a dichos locales, como de las propias personas que laboran en los distintos establecimientos, el Tribunal declaró que,

“la restricción de la Ordenanza es una medida inadecuada para la protección de los derechos de las personas que trabajan en establecimientos y de las personas que concurren a los mismos”⁵⁸.

Esto muestra, por otro lado, que la idoneidad o adecuación deberá ser evaluada con relación a los derechos o principios que, efectivamente, se encuentran comprometidos, al margen que de los objetivos aparentes o hipotéticos expuestos por quien interviene en el ámbito de un derecho fundamental, resulten o se mencionen

⁵⁷ En este caso se trataba del control constitucional del Decreto Legislativo 921 que establecía en su artículo 3º.- “La pena máxima establecida para la reincidencia contemplada en el artículo 9 del Decreto Ley N° 25475 será cadena perpetua.”. Luego de analizar esta pena a la luz del principio de proporcionalidad con sus tres niveles, el Tribunal concluyó: “En definitiva, el Tribunal es de la opinión que la intervención del legislador en el derecho a la libertad personal, a través del artículo 3º del Decreto Legislativo 921, no infringe el principio de proporcionalidad, en su variante de *prohibición o interdicción de exceso*; por lo que dicha disposición ha de ser considerada como constitucionalmente legítima”. FJ 74.

⁵⁸ Fj 33 de la sentencia.

como fines a derechos no comprometidos realmente. Aquí cabe distinguir entre *fines reales* y *aparentes* en la intervención de los derechos.

c) El test de necesidad o indispensabilidad

El Tribunal estableció en la sentencia sobre el PROFA (STC 0045-2004-AI), que corresponde al *test de necesidad* el análisis sobre la existencia de medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor medida respecto del medio utilizado. Se trata, a decir del Tribunal, del “análisis de una *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos”.

Corresponde al análisis de necesidad a decir del TC, básicamente: (1) la identificación de medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- *no intervienen* en el derecho o principio en cuestión, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste *menor intensidad*⁵⁹.

Antes del establecimiento de esta estructura en tres niveles en el análisis de proporcionalidad, el TC ya había efectuado el control de constitucionalidad bajo el *test de necesidad*. Así en el caso de un proceso de amparo presentado por la Confederación de Trabajadores del Perú (CGTP) contra un Decreto del Alcalde de Lima Metropolitana (STC 4677-2004-AA) que prohibía manifestaciones públicas en el Centro Histórico de Lima⁶⁰, el Tribunal, luego de identificar un conflicto entre la exigencia de protección del Patrimonio Histórico, como parte del contenido constitucionalmente protegido de las libertades culturales (art. 21º de la Const⁶¹) y el derecho de manifestación y reunión (art. 2.12⁶²), estableció que en el presente caso, la medida de restricción de las manifestaciones en el Centro Histórico:

⁵⁹ Así, aun cuando orientado al análisis de proporcionalidad de una medida discriminatoria en la STC 045-2004-AI/TC FJ 8.

⁶⁰ Decreto de Alcaldía N° 060-2003. *Artículo Segundo.-* Declarar Zona rígida para cualquier tipo de concentración pública el sector de máxima protección reconocido como Patrimonio Cultural de la Humanidad por la UNESCO dentro del Centro Histórico de Lima, delimitado por el río Rímac, las avenidas Tacna, Nicolás de Piérola y Abancay, sin incluir éstas, de acuerdo al plano adjunto que forma parte del presente Decreto y dentro de los alcances de la Ordenanza N° 062-MML, Reglamento de la Administración del Centro Histórico de Lima y la Ley de Amparo al Patrimonio Cultural de la Nación N° 24047.

⁶¹ Artículo 21º de la Constitución.- “Los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado.

La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio. Fomenta conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional.”.

⁶² Art. 2.- Toda persona tiene derecho: (12) A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”.

“(…) si bien persigue un fin constitucionalmente válido (proteger el Centro Histórico como patrimonio cultural) y utiliza un medio idóneo para ello (prohibir las reuniones en el área que lo configura), sin embargo, al proscribir en abstracto toda reunión en el Centro Histórico de Lima (con la salvedad hecha de los eventos tradicionales), incurre en una medida *absolutamente innecesaria*, puesto que el mismo objetivo podría alcanzarse evaluando, caso por caso, las razones objetivas, suficientes y fundadas que puedan justificar la adopción de medidas restrictivas del ejercicio del derecho de reunión, siendo la prohibición la última *ratio* a la que debe acudir la autoridad administrativa” (cursiva agregada)⁶³.

De este modo el Tribunal parece sugerir como *medida alternativa* no una restricción en abstracto sino caso por caso. Podría cuestionarse que de este modo el Tribunal proscriba una norma de intervención en el derecho de reunión que responda a criterios de generalidad y abstracción. No obstante, lo que al parecer el Tribunal quiere dejar sentado, es que en este caso, la medida resulta innecesaria por exceso de generalidad, pudiendo haber sido redactada de manera que admita el ejercicio del derecho de reunión y manifestación que, desde la Constitución viene delimitado como un derecho que solo admite restricciones por “motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”.

Otro caso importante en el que el Tribunal exhibe la bondad del control de necesidad fue suscitado por el caso *Mónica Adaro Vs. Magaly Medida* (STC 6712-2005-HC/TC). Se trataba aquí de una demanda de habeas corpus mediante la cual, una conocida conductora de un programa de televisión dedicada a revelar las intimidades de la farándula local, solicitaba la nulidad de un proceso penal en el que había sido condenada, junto a su productor televisivo, a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el término de tres años, por la comisión del delito contra la libertad–violación de la intimidad.

El hecho que suscitó dicha condena se retrotrae a la emisión de un programa en el que so pretexto de denunciar un supuesto delito de prostitución clandestina, presentó a Mónica Adaro, una conocida vedette, quien había sido previamente contactada por una persona contratada por el referido programa de televisión, para pactar un encuentro sexual en un hotel de Lima. Por su puesto, toda la secuela de la “contratación” y su consumación, fueron presentadas a los televidentes en el programa nocturno. Las instancias judiciales condenaron al productor y a la presentadora del programa, por haber vulnerado la intimidad como bien jurídico penal. No obstante en el habeas corpus alegaron que no se les permitió probar, “el error de prohibición de sus actos”, pues alegaron que con antelación a la emisión del programa “fueron asesorados por abogados, los cuales les aseguraron que no se afectaba el derecho a la intimidad de la ‘vedette’ con la emisión del mencionado reportaje”⁶⁴.

⁶³ STC 4677-2004-AA FJ 27.

⁶⁴ Así se resume en los antecedentes de la sentencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal, en una extensa sentencia al iniciar el análisis de proporcionalidad, reconoce que se trata de un “típico” conflicto entre libertad de información y el derecho a la vida privada. En consecuencia para el Tribunal se trata de,

“(…) determinar si la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita está protegida por el derecho a la información de los recurrentes o si, por el contrario, ello se configura como una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de la querellante. Ello hace necesaria la aplicación del test del *balancing* o ponderación.”⁶⁵

Planteado así el conflicto, el Tribunal intenta someter al examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. No obstante, en una confusa argumentación, en el análisis de idoneidad concluye que, “la utilización del argumento de la prostitución clandestina no ayudaba ni ahondaba en nada en el tema de la adecuación de la medida realizada por los demandantes”⁶⁶, sugiriendo de este modo, que la medida no era idónea, con lo cual el análisis hubiera concluido aquí. En tal sentido, desde nuestro punto de vista, resulta desacertado el análisis de idoneidad, pues como ha quedado ya establecido, lo único que se debió constatar en este caso, era si con la difusión del reportaje con un periodista encubierto, se lograba el fin de difundir la noticia de un hecho supuestamente criminal como la prostitución clandestina⁶⁷.

Al margen de este desacierto, interesa el análisis de necesidad que se realiza en este caso. Según el Tribunal, en éste importa constatar “la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando”. De cara al caso, se trata según el Colegiado de “(…) determinar si la propalación del reportaje en un canal televisivo de señal abierta era necesario para cumplir con el objetivo de informar, y si la forma en que éste se realizó se puede considerar como válida a partir de la búsqueda de protección de la vida privada de las personas”.

El Tribunal concluye que se trata de una medida innecesaria, puesto que para denunciar un caso de prostitución clandestina, “Bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato. Pero no puede ser aceptable, en un Estado democrático y social de derecho, que una cámara se introduzca subrepticamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona. Ello es inaceptable y excesivo. Con la propia transmisión del mensaje (desnudo), se ha terminado desdiciendo y sobrepasando el motivo alegado respecto al reportaje televisivo (presumible prostitución clandestina).”⁶⁸

⁶⁵ Así en el fundamento jurídico 36 *in fine*.

⁶⁶ FJ. 43.

⁶⁷ En el análisis de idoneidad el Tribunal incluso concluye tempranamente en sentido que, la medida “no respetaba de ningún modo a la persona sobre la cual versaba el mismo”, llegando a afirmar además, que se trataba (la filmación en una habitación de un hostel sin consentimiento de uno de los ocupantes) de una flagrante violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, que a decir del tribunal, aunque sin mayor desarrollo, se trata de un “derecho que protege también las actividades realizadas por una persona en la habitación de un hotel” (Cfr. FJ 43).

⁶⁸ Fundamento 49.

El exceso (desproporción por violación del *test de necesidad*) que censura el Tribunal, viene dado entonces por una sobre exposición de las imágenes íntimas del reportaje que fueron captadas al interior de la habitación y que incluyeron al propio acto carnal, lo que resultaba, a todas luces, innecesario con relación a la finalidad que podría legitimar la difusión informativa.

Un último caso para ilustrar la forma como ha venido siendo utilizada por el TC el test de necesidad. Esta vez se trata del control de una Ordenanza Municipal expedida por la Municipalidad distrital de Santa Rosa, un distrito en el que se ubica una Caleta de Pescadores, en el departamento de Lambayeque, donde los pescadores suelen utilizar pequeñas embarcaciones como herramientas de pesca a las que se les denomina “chinchorros”⁶⁹.

La referida Municipalidad, a efectos de organizar el tráfico vehicular dictó la Ordenanza Municipal N.º 002-004-A/GDSR que, en la parte que es objeto del presente proceso de amparo, disponía en su artículo 5º una obligación para todos los propietarios de, “colectivos, camionetas rurales, camionetas de carga, *chinchorros* y todo vehículo de servicio público o carga de pasajeros”, de establecer sus paraderos al interior del Mercado Mayorista Municipal.

Esto suponía la imposición de contratar los estacionamientos del referido Mercado a todos los propietarios de dichos vehículos, lo que a decir del Tribunal constituye una intervención en el ámbito de la libertad contractual⁷⁰. Según el Tribunal, de la disposición Municipal impugnada se puede extraer una norma con el siguiente sentido: “*los chinchorros solo pueden ser estacionados en el interior del Mercado Mayorista Municipal.*”⁷¹

Al establecer que se trata de una medida idónea con relación a la finalidad de preservar el orden vehicular en la ciudad, el Tribunal precisa que “aunque no se halla identificado, el fin de la intervención residiría en el principio de orden público en el sentido clásico de orden de las calles”.

Finalmente concluye en el análisis de necesidad estableciendo que:

⁶⁹ La sentencia del Tribunal no precisa si se trata de estas pequeñas barcasas de pesca artesanal o si se trata de las mallas o “aparejos” que son herramientas de pesca. En cualquiera de los casos al parecer el demandante solicitaba que la norma no sea aplicada a su caso, pues no tendría sentido llevar la barcaza o la “malla” de pescar a estacionar al interior del mercado, con lo cual la medida hubiera resultado absolutamente inadecuada con relación a la finalidad del orden público vehicular.

⁷⁰ El TC cita aquí su jurisprudencia, conforme a la cual, la libertad contractual supone en su contenido mínimo; (i) la libertad para celebrar un contrato ; (ii) la potestad de elegir al cocelebrante, y; (iii) la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.” (STC 0008-2003-AI/TC, Fundamento N.º 26, apartado b).

⁷¹ Hay que advertir aquí que el Tribunal Constitucional, *infiere* que los “chinchorros”, son “vehículos mediante los cuales sus propietarios transportan pescado al mercado para su venta, por lo que su empleo, a efectos de tomar los servicios del mercado, también es indispensable; por ello, el servicio prestado por el mercado Ecomphisa implica necesariamente que sus clientes puedan estacionar sus vehículos en el mismo”. (FJ 10).

“Aun cuando la medida cuestionada es idónea, ella resulta innecesaria dado que el objetivo de la Municipalidad –la ordenación vehicular– podía alcanzarse a través de medidas que no afectaran la libertad de contratación del recurrente; es decir, podía lograrse la ordenación vehicular sin que para ello sea necesaria la prohibición cuestionada. La obligación de contratar los servicios del Mercado de la Municipalidad que recae sobre el recurrente –derivada de la prohibición de estacionar fuera de dicho Mercado– constituye una restricción de su libertad de contratación que no requiere efectuarse debido a que la ordenación vehicular pretendida por la Municipalidad puede conseguirse, por ejemplo, con una regulación que establezca límites y condiciones estrictamente indispensables para mantener un orden vehicular en las áreas contiguas al mercado y con el control correspondiente de la Policía Municipal”.

Como medidas alternativas, igual de eficaces con relación a la finalidad y que no incidirían en absoluta en la libertad de contratación de los propietarios de vehículos, el Tribunal sugiere en el cierre de su razonamiento,

“(…) restricciones de número de vehículos, restricciones de estacionamiento en horas de congestión. Dicho en términos breves, para la consecución del orden vehicular no se requiere la restricción de la libertad de contratación del recurrente. En consecuencia, en tanto la norma cuestionada no supera el test de necesidad, se concluye que ella lesiona al recurrente en su libertad de contratación.”

Quizá el problema, no advertido por el Tribunal en este enjuiciamiento, es que mediante un proceso de amparo (control constitucional concreto) ha concluido estableciendo un análisis en abstracto de todos los supuestos contenidos en la norma, la misma que a decir del Tribunal resulta desproporcionada no solo con relación al caso en concreto (un propietario de un “Chinchorro”), sino en general, puesto que si existen medios alternativos igual de eficaces, entonces también la exigencia de que cualquier vehículo se tenga que estacionar al interior del referido mercado, resulta desproporcionado en sentido amplio.

Para cerrar este acápite sobre el *test de necesidad*, debe mencionarse algunos ejemplos representativos de las múltiples ocasiones en que el Tribunal se ha referido al examen de necesidad en sentido positivo, es decir validándolos como medios indispensables o necesarios con relación a la realización del fin constitucional previamente identificado.

Así el Tribunal reafirmó como medios necesarios o indispensables: i) La restricción de horarios de atención al público para establecimientos de diversión en un distrito de la capital en el que se constató un alto grado de contaminación acústica que suponía una grave interferencia en la salud y la tranquilidad de los vecinos⁷²; ii) El control por parte de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional (APCI) de las ONG’s que reciben donaciones de la Cooperación Técnica Internacional, con relación a los derechos de libertad de asociación, vida privada, libertades informativas entre otros. El Tribunal determinó que dicha medida contenida en la Ley N.º 28875, Ley que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación “no es gravosa ni tampoco vulnera el derecho-principio a la igualdad”⁷³; iii) La medida del cierre de la cédula viva en el

⁷² STC 007-2006-AA/TC, Caso Calle de las Pizzas

⁷³ STC 009-2007-AI/TC Caso ONGs.

régimen de pensiones del D.L. 20530, con relación al sostenimiento del régimen de pensiones⁷⁴; iv) la medida establecida en una ley de reforma constitucional (Ley N.º 28607) que establecía la obligación (no solo de los Congresistas, sino también de alcaldes y Presidentes del Gobierno Regional de renunciar con una antelación de 6 meses si es que desean ir a una reelección⁷⁵, y; v) para no seguir con una larga lista, a modo de ejemplo de medios “necesarios o indispensables” autorizados por el TC, quizá la medida más polémica que se haya validado como “indispensable”, es la medida legislativa de la cadena perpetua para el caso del delito de terrorismo reincidente, en este caso, el Tribunal concluyó afirmando, sin mayor sustento, que no existían “otras alternativas menos gravosas, si se considera que se está ante la figura penal de la reincidencia del delito de terrorismo, que pone en cuestión tanto los fines constitucionales de las penas –reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad como la protección de otros bienes constitucionales como la seguridad y la paz, que el Estado democrático está en el deber de proteger”⁷⁶.

Resulta de interés hacer notar que en todos estos casos, el Tribunal se pronuncia desestimando la pretensión respecto de la medida analizada, estableciéndose así una relación entre juicio de necesidad y sentido del fallo. De este modo, el verdadero control a través del test de proporcionalidad no reside en la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, sino en la necesidad del medio utilizado. En efecto, en la jurisprudencia del Tribunal peruano, no existen a la fecha decisiones que bajo el test de proporcionalidad y una vez superado el análisis de necesidad, hayan resultado desproporcionadas en sentido estricto. En otras palabras, una medida idónea y que es a la vez indispensable, desde el punto de vista del Tribunal, casi siempre resulta, al propio tiempo, ponderada con relación a los derechos que juegan en sentido contrario.

Esto puede tener varias lecturas. La menos optimista podría ser aquella que considera que la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto no aporta mayores controles al test de proporcionalidad en sentido amplio, por resultar muy subjetiva; otra lectura sin embargo podría revelarnos que el Tribunal todavía no es lo suficientemente estricto en el tercer nivel de control del test de proporcionalidad, que

⁷⁴ STC 050-2004-AI. Caso cierre del Régimen de Pensiones de la Cedula Viva. El Tribunal alegó en este caso en el punto referido al examen de necesidad que, “Este Colegiado considera que la realización de la reforma constitucional de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución constituye la alternativa *más adecuada*, y constitucionalmente legítima, para reducir y eliminar la brecha existente entre quienes perciben una pensión bastante elevada y los que perciben una pensión ínfima. Es evidente, entonces, que el principio de necesidad se cumple en el caso concreto.” Como se aprecia aquí se equipara medida “mas adecuada” con medida indispensable, lo que no es correcto desde un punto de vista técnico de estructura del test de proporcionalidad.

⁷⁵ STC 024-2005-AI, en esta ocasión el Tribunal estableció: “Con relación al *juicio de necesidad* de la medida, consideramos que la misma era el único camino valedero para conseguir el fin perseguido por la norma. Solo exigiendo la renuncia anticipada de quienes desean postular a los cargos públicos enunciados se estará evitando que se distorsione el sistema electoral y la posibilidad de incurrir en clientelaje o corrupción”.

⁷⁶ STC 003-2005-AI, FJ 71.

es, sin duda, el paso que exige mayores capacidades argumentativas y analíticas por parte del juez.

d) El test de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación

Siguiendo a ALEXY, la jurisprudencia del TC asumió, desde su sentencia 045-2004-AI (Caso PROFA) que el principio de proporcionalidad en sentido estricto se reducía en buena cuenta a la “ley de la ponderación” Alexiana. En tal sentido, se dejó establecido que,

“La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”⁷⁷

Como ya ha sido expuesto *supra*, la ponderación supone evaluar las posibilidades jurídicas de realización de un derecho que se encuentra en conflicto con otro. Conforme con ALEXY, “si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto”⁷⁸.

La fórmula que ha seguido el Tribunal para realizar esta comparación entre grados de intervención y niveles de satisfacción, ha sido la asignación de valores. Se habla así de intervenciones intensas, medias y leves. Mientras que lo mismo vale para “medir” los grados o niveles de satisfacción de los derechos que juegan en sentido contrario: bajo, medio, alto.

El Tribunal opta por una estructura de tres niveles siguiendo la sugerencia de ALEXY⁷⁹, aunque quizá sea necesario seguir otros modelos a efectos de lograr puntos intermedios: por ejemplo, solo con relación a una afectación de nivel intenso, podrían sugerirse tres calificaciones: Muy intenso, intenso moderado e intenso. Así podrían establecerse en cada nivel, para evitar posibilidades de empates que generan frustraciones en el análisis de proporcionalidad⁸⁰.

El análisis en este esquema puede reconstruirse en un plano cartesiano. El eje horizontal recibe el nombre de *eje x* o de *abscisas*, donde podemos proyectar los grados o niveles de satisfacción de los derechos o principios que están siendo favorecidos con la medida, mientras que el eje vertical recibe el nombre de *eje y* o de *ordenadas*, donde

⁷⁷ STC 045-2004-AI FJ 40.

⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derecho fundamentales*, citado, p. 92.

⁷⁹ Así en la sentencia N° 0045-2004-AA punto &4 de la sentencia, aunque referida al control de una medida a la que se le imputa la violación del principio de igualdad. El análisis de las intensidades de intervención aparece aquí como paso previo al análisis de proporcionalidad.

⁸⁰ Los empates surgen de la posibilidad de asignar un mismo valor al grado de satisfacción con relación al nivel o grado de intervención. Un empate denota, por otro lado, que no existen suficientes elementos objetivos que hagan posible una definición fácil del caso.

podemos colocar los grados o niveles de intervención a los derechos objeto de la intervención. Aquí solo utilizamos la estructura de tres niveles en ambos sentidos.

El punto de origen de las coordenadas representa el punto de contacto o conflicto entre derechos fundamentales. A partir del gráfico se pueden extraer las siguientes nueve combinaciones como soluciones respecto de los diferentes conflictos que se establezcan⁸¹.

C1 Intervención leve vs. Satisfacción alta.	M1: Constitucional
C2 Intervención leve vs. Satisfacción media	M2: Constitucional
C3 Intervención leve vs. Satisfacción baja	M3: empate
C4 Intervención media vs. Satisfacción alta	M4: Constitucional
C5 Intervención media vs. Satisfacción media	M5: empate
C6 Intervención media vs. Satisfacción baja	M6: Inconstitucional
C7 Intervención intensa vs. Satisfacción alta	M7: empate
C8 Intervención intensa vs. Satisfacción media	M8: Inconstitucional
C9 Intervención intensa vs. Satisfacción leve	M9: Inconstitucional

Los conflictos (C1; C2; y C4), contienen medidas (M) proporcionales o constitucionales. Los Conflictos (C6; C8 y C9) contienen medidas desproporcionadas y por tanto inconstitucionales. Finalmente los conflictos (C3, C5 y C7) requieren una carga argumentativa adicional que excede los márgenes de la ponderación. Se trata aquí de un llamado a los jueces a ponderar ya no solo entre derechos en conflicto, sino la conveniencia, la oportunidad y el impacto de las decisiones en determinado sentido. Los empates pueden demostrar también el grado de complejidad del problema a resolver o la ausencia de argumentos objetivos para que el juez pueda anular una medida o la propia ley que están siendo objeto de control a través del test de proporcionalidad. En cualquier caso, como lo ha hecho notar Bernal Pulido, los

⁸¹ Resulta oportuno precisar que las relaciones son construcciones que requieren, en cada caso, un nivel de argumentación suficiente que permita establecer las relaciones tal cual aparecen. La argumentación de cuando estamos ante un grado de intervención intenso, medio o bajo, no pueden responder a criterios subjetivos, sino que deben tomarse cuenta elementos de racionalidad empírica, práctica, conocimientos científicos, estudios dogmáticos etc.

empates ponen en evidencia los límites de la racionalidad ponderativa, pues con frecuencia en el nivel de empates los conflictos se solucionan ideológicamente y ya no jurídicamente⁸².

El *juego* de las intensidades genera de este modo una zona de casos fáciles y una de casos difíciles. Así por ejemplo en líneas generales el Tribunal ha establecido que:

“Cuando es posible establecer de manera racional que una medida de restricción de baja o *leve intensidad* logra niveles de *satisfacción altos* o elevados, la conclusión que resulta es que el medio empleado (ley) ha pasado el test de proporcionalidad y debe considerarse que estamos ante una restricción legítima desde la perspectiva constitucional”⁸³.

No obstante, el panorama puede complicarse en los casos en los que existe discrepancia sobre el grado de afectación, ante la inexistencia de criterios objetivos para llegar a acuerdos sobre cuándo una intervención es intensa, media o leve⁸⁴.

En línea de principio, un caso puede considerarse fácil si se trata de la ponderación de bienes directamente vinculados con la dignidad humana frente a derechos que solo indirectamente reciben este influjo. Es el caso, por ejemplo, del conflicto entre salud o integridad frente a las libertades económicas, los derechos procesales o, la seguridad pública incluso. La ponderación en estos supuestos viene a confirmar una suerte de mayor “peso abstracto” que representan algunos derechos, que si bien formalmente valen lo mismo desde la Constitución, no obstante reciben diferente valoración de cara a un caso concreto.

Se podrían construir algunos otros parámetros que permitieran orientar la asignación de valor a las intensidades de afectación de los derechos, en función del tiempo, el contexto, los participantes, la prueba etc. Estos elementos, no obstante, deben resultar del trabajo de concreción de la jurisprudencia, pues no es posible de lograr por la vía de la abstracción dogmática.

e) La ponderación como test de intensidades

⁸² En este sentido Bernal comentado las dos posibilidades que en dos momentos distintos defendió Alexy con relación a los empates (*in dubio pro libertate* e *in dubio pro legislatore*, cuando se trataba del control de la legislación), sostendrá que que: “La aplicación de una u otra carga depende de la postura ideológica del juez. Un juez que quiera dar prevalencia al principio democrático, operará siempre con el *in dubio pro legislatore* y, de este modo, concederá al Parlamento la posibilidad de equilibrar los principios en conflicto mediante un empate entre sus pesos específicos. Por el contrario, un juez liberal se servirá en todo caso del *in dubio pro libertate* y declarará desproporcionadas a aquellas medidas que no consigan favorecer al principio que constituye su finalidad, en un grado mayor a aquél en que se afecta la igualdad jurídica o la libertad jurídica”. Cfr. del autor, “Estructura y límites de la Ponderación”, *citado* p. 237

⁸³ Así en la STC 579-2008-AA Caso Azucareras del Norte. FJ 34.

⁸⁴ Este es una de las críticas de MORESO por ejemplo. Cfr. “ALEXY y la aritmética de la ponderación”, *citado supra*.

- Caso calle de las Pizzas

Tres casos nos permitirán poner en evidencia que el Tribunal peruano, ha venido reduciendo el examen de ponderación a una suerte de “test de las intensidades” en el que se contraponen básicamente las variables intervención versus grado de satisfacción. El primer caso ya ha sido anunciado antes. Se trataba de una medida implementada por la Municipalidad de Miraflores y que restringía el horario de atención a los establecimientos comerciales de la zona denominada “Calle de las Pizzas”⁸⁵.

Llegados al examen de ponderación (superado el análisis de idoneidad y necesidad), el Tribunal configura un conflicto entre el “derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (de los vecinos de la zona restringida), frente a la libertad de trabajo y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los concurrentes, respectivamente)”⁸⁶.

Puede resultar discutible, en los términos como lo hace el Tribunal, establecer que en el presente caso también está comprometido el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁸⁷. Pensar que determinadas personas exijan divertirse en un determinado lugar y que frente al cierre consideren violado su derecho al libre desarrollo de la personalidad, resulta tanto como decir que existe un derecho a exigir que determinados lugares abiertos al público no puedan cerrar por descanso o porque simplemente no les resulte lucrativo a sus propietarios.

En cualquier caso, el Tribunal pone también en la balanza para ponderar el derecho al trabajo y podríamos decir que también está en juego la libertad de empresa. Con relación a la libertad de trabajo, la calificación del Tribunal es que se trata de una intervención leve. El argumento en que se apoya es que:

“La Ordenanza no establece una *limitación absoluta o total* del ejercicio de la libertad de trabajo de los propietarios de establecimientos comerciales en la zona bajo restricción; por el contrario, ella solo establece una *limitación parcial*, circunscrita a determinadas horas de la noche y la madrugada.”

El problema que surge de esto es que una lectura en sentido contrario podría sugerir la tesis de que una intervención debe ser absoluta para recién ser considerada, grave o intensa. No obstante, también es posible una lectura menos prejuiciosa: el tiempo de restricción de los derechos comprometidos atenúa la calificación, no se trata

⁸⁵ Ordenanzas N.º 212-2005 y N.º 214-2005 de la Municipalidad Distrital de Miraflores, que restringen el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada Calle de las Pizzas.

⁸⁶ Fundamento jurídico N° 40.

⁸⁷ A decir del TC: “En el caso concreto, los concurrentes a los establecimientos comerciales de la zona de la *Calle de las Pizzas*, tales como discotecas, pubs, karaokes, etc., en suma, los actos de esparcimiento o de mera diversión de las personas que concurren a estos lugares constituyen conductas que se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Es decir, el jolgorio, el esparcimiento, la diversión y conductas análogas de la persona son actos de ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y, por ello, se hallan garantizados bajo el ámbito de protección de este derecho fundamental.” FJ 49.

de una restricción sostenida o permanente, sino solo por unas horas y luego los derechos se restablecen automáticamente.

Al otro extremo, el Tribunal ubica a los derechos a la tranquilidad y a la salud. Con relación al derecho a un ambiente adecuado para la salud (artículo 2, inciso 22) el Tribunal establece que se trata de un derecho que comprende, dentro de ámbito protegido, “la garantía de un entorno acústicamente sano”.

A partir de aquí, para el Tribunal la restricción de los derechos a la libertad de trabajo y la libertad de empresa contribuyen con la realización en un nivel *elevado o alto* del derecho a la salud. A decir del Colegiado esto es así, puesto que:

“El descanso y el dormir habitual de la persona durante la noche constituye un elemento indispensable para la recuperación de energía, por ello, su disfrute posibilita un estado de salud pleno. Por el contrario, su perturbación o interrupción como consecuencia de ruidos molestos, de un entorno acústicamente contaminado, como el que ocasionaría el funcionamiento nocturno sin límites de horarios en los establecimientos de la *Calle de las Pizzas*, ocasionaría una afectación grave del derecho a la salud. En tal sentido, la medida restrictiva analizada constituye un medio a través del cual se alcanza una *elevada* realización del derecho a la salud”.

Con esta argumentación se tiene entonces que, cuando una intervención de *leve* intensidad logra niveles *altos(importantes)* de satisfacción en los derechos favorecidos con la intervención, la medida bajo análisis resulta constitucional. En palabras del Tribunal, en el presente caso:

“en la restricción del horario de atención examinada, resulta que el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es *leve*, mientras que el grado de protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud es *elevado*. Por consiguiente, la medida adoptada satisface la *ley de ponderación* y, por tanto, es constitucional”.

Como vemos en el gráfico el punto de intersección entre la *ordenada* y la *Abscisa* se ubica en la zona de constitucionalidad.

- *Caso de las azucareras del norte*

Éste es un amparo interpuesto contra la resolución que, en aplicación del Régimen de Protección Patrimonial —Ley 28027 y sus modificaciones—, suspende la ejecución forzada contra la azucarera Agroindustrial Pomalca S. A. A. En la sentencia en

mayoría, se evalúa la proporcionalidad de la medida, y se recurre al *test* de proporcionalidad. La idoneidad de la Ley se sustentó en que se lograba la reactivación de las empresas azucareras con la suspensión de medidas cautelares. En el análisis de la necesidad, se califica además como indispensable la medida, pues, a decir del TC, medidas alternativas como la condonación de deudas son más lesivas y no resultan del todo eficaces como para lograr el objetivo de reactivación de este sector del empresariado.

En el análisis de ponderación, el Tribunal estableció la regla, según la cual *cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de los objetivos constitucionales propuestos con la ley a favor de la industria azucarera*. Llegado el momento el Tribunal estableció que se trata de una intervención leve sobre la cosa juzgada:

“La postergación en el tiempo de la ejecución de una sentencia firme, puede ser catalogada aquí como una *intervención de intensidad leve*, en la medida que se trata solo de una suspensión temporal de ejecución de una sentencia, que no elimina o desvanece el derecho que tienen los acreedores de las empresas agrarias azucareras, que han recurrido a la vía judicial a fin de hacer efectivo su derecho de crédito y han obtenido pronunciamiento favorable por parte de los órganos judiciales. Sobre todo si se toma en cuenta que dicha suspensión se encuentra próxima a quedar sin efecto además de considerar que la referida ley tampoco ha dejado sin efecto la inscripción registral de las medidas cautelares que se habían dictado con antelación a la restricción, tal como dispone la ley en cuestión en su segundo párrafo, al disponer que dichas medidas continuarán inscritos aunque no podrán ser materia de ejecución”⁸⁸.

Puede resultar de interés, sobre todo para un análisis de los límites de racionalidad de la ponderación, la distinta valoración sobre la intensidad de la intervención que se produce entre la sentencia en mayoría y el voto del Magistrados Landa Arroyo. Mientras la mayoría califica como *leve* la intervención en el derecho a la ejecución de sentencias judiciales, dada la temporalidad de la medida; el voto discordante considera que es *grave* dicha afectación, en atención a los efectos que en la práctica ha generado las constantes ampliaciones del plazo de vigencia de la Ley de Protección Patrimonial. Más todavía, el Magistrado Landa llega a cuestionar incluso la *idoneidad* del medio utilizado⁸⁹. No obstante, la sentencia intenta dar algún argumento adicional que puede ser expuesto aquí como una coincidencia con algunos de los argumentos del propio Magistrado Landa pues considera que:

⁸⁸ STC 579-2008-PA, fundamento 32. Hay que advertir no obstante que el Tribunal se equivocó en su pronóstico, pues al vencimiento del plazo de suspensión que se establecía en esta norma, el Congreso volvió a dar una ley de prórroga generando, a nuestro parecer un supuesto de nulidad *“ab initio”* como el propio Tribunal dejó establecido en este caso.

⁸⁹ Según manifiesta: “basta solo afirmar que la Ley en cuestión ni siquiera supera el *subprincipio de idoneidad*: es evidente que no existe, a nuestro juicio, una relación clara y directa entre el posponer la ejecución de una resolución judicial firme con el “fin constitucional”, según la ponencia, de reactivación de las empresas azucareras en la cual el Estado es accionista. La supuesta idoneidad se ve seriamente cuestionada, recogiendo los argumentos de la propia ponencia, al advertir que durante aproximadamente seis años la intervención del legislador no ha permitido la consecución del fin constitucional antes señalado.” Voto Singular del Magistrado César Landa, fundamento 8.

“(…) una nueva prórroga burlaría el examen que realiza este Tribunal en este punto, pues resultaría probado que las medidas de prórroga no son medidas eficaces para lograr la finalidad que pretende el legislador, esto es, el reflotamiento y reactivación de las referidas empresas agroindustriales. En otros términos, una nueva prórroga en los mismos términos y respecto de los mismos supuestos que acompañan a este caso, resultaría nulo ab initio por ser entonces sí una medida absolutamente innecesaria por inútil y significaría una intolerable postergación de los efectos de una sentencia que ya no tendría justificación alguna para no ser cumplida”.

En consecuencia, al parecer, tanto el voto discordante como la propia sentencia han encontrado en la variable “tiempo de la restricción” el elemento objetivo para establecer la calificación de la intensidad, solo que la lectura de dicha variable al parecer ha sido, en el caso de la sentencia de cara a la última prórroga⁹⁰, en el caso del voto singular⁹¹, esta apreciación ha respondido a un análisis más integral de todas las prórrogas anteriores⁹².

En el otro extremo de las coordinadas, el Tribunal califica al grado de satisfacción a los derechos o principios favorecidos como elevado. Según el Tribunal,

“(…) el grado de realización o satisfacción del objetivo propuesto por el legislador que en este caso, es lograr el desarrollo, reactivación y saneamiento económico y financiero de las empresas agrarias azucareras, así como la promoción del empleo y la disminución de la pobreza, disponiendo para ello la suspensión temporal de la ejecución de medidas cautelares, garantías reales o personales y ejecución de sentencias *resulta ser elevado*, en la medida que sin

⁹⁰ Expediente 579-2008-PA/TC, fundamento 28: “El Tribunal destaca en este punto la temporalidad de la medida de suspensión de ejecución, pues si bien ésta se ha venido postergando en más de una ocasión, el artículo 1º de la Ley N° 28885, ha cerrado dicho plazo solo hasta el 31 de diciembre de 2008 (hay que tomar en cuenta que el régimen de suspensión se inició el 19 de julio de 2003 y vencerá el 31 de diciembre del presente año según lo dispuesto por la Ley 28885, esto es una suspensión de más de 5 años)”.

⁹¹ Ídem. Voto discordante del magistrado César Landa Arroyo, fundamento 5: “Considero más bien que tal intervención es de intensidad *grave* en la medida que anualmente se viene difiriendo injustificadamente el cumplimiento de una sentencia judicial que ha pasado a la calidad de cosa juzgada, tutelado también como derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes”.

⁹² En la argumentación del Magistrado Landa Arroyo, se lee: “la supuesta “temporalidad”, que sustenta la *levedad* de la intervención del legislador en el derecho fundamental a la cosa juzgada y en el derecho a la ejecución a las resoluciones judiciales firmes, se viene convirtiendo más bien en una situación permanente, tal como se puede apreciar de lo siguiente:

- De conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 28288, publicada el 17-07-2004, se prorroga hasta el 31-12-2004, el plazo establecido en el presente numeral 4.1.
- De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 28448, publicado el 30-12-2004, se *amplía en forma improrrogable hasta el 31-12-2005*, el plazo establecido en el presente numeral.
- De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 28662, publicada el 30 Diciembre 2005, se *amplía en forma improrrogable hasta el 30 de setiembre de 2006*, el plazo establecido por el numeral 4.1 del artículo 4 de la presente Ley, modificada por las Leyes núms. 28448 y 28288, respectivamente.
- De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 28885, publicada el 23 setiembre 2006, se *amplía hasta el 31 de diciembre de 2008*, el plazo establecido en el presente numeral.
- De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 29299, publicada el 17 diciembre 2008, se *amplía, hasta el 31 de diciembre de 2010*, la protección patrimonial contenida en el presente numeral. “Así en el fundamento 6 del Voto Singular.

dicha medida el objetivo constitucional no sería posible de realizar, en la medida que una empresa cuyos bienes se encuentran próximos a ser ejecutados difícilmente podría conseguir las alianzas económicas necesarias para su reactivación. *Esto muestra que con una leve intervención en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, se logra por otro lado un grado de satisfacción elevado a favor de los derechos y fines constitucionales a los que busca proteger la medida de protección legal de la industria azucarera en el norte del país.*” (Fundamento N° 33, cursiva agregada)

De nuevo aquí, el Tribunal “construye” una relación entre una *intensidad* que considera *leve* para la restricción y un nivel de *satisfacción* que califica como *elevada*. Esta manera de presentar la solución es a todas luces dirigida, pues una vez superado el test de necesidad, el Tribunal pareciera no encontrar parámetro que logre desviar la dirección del fallo hacia la convalidación de la medida de restricción. De lo que se puede concluir, también en este caso, que el test de ponderación sigue pendiente de un desarrollo exigente de argumentación por parte del Tribunal que logre vencer la crítica de falta de racionalidad que ha sido dirigida de manera insistente.

- *Un caso de intervenciones corporales*

Un último caso solo para confirmar lo poco exigente que resulta la argumentación del Tribunal en la etapa de ponderación. Aquí se trataba de una decisión judicial que al amparo del artículo 211º del nuevo Código Procesal Penal⁹³, obligaba a un procesado a someterse a la prueba de ADN en el marco de un proceso penal que se le había instaurado como presunto autor del delito de violación de la libertad sexual (STC 815-2007-PHC/TC).

La doctrina identifica a las intervenciones corporales como actos de investigación que tienen como objeto de indagación al propio cuerpo del imputado⁹⁴. A decir del Tribunal, “los actos de intervención corporal suponen una restricción de los derechos fundamentales de los justiciables, siendo uno de ellos el derecho a la intimidad personal (consagrado en el artículo 2, inciso 7, de la Norma Fundamental)”⁹⁵

La demanda había también incluido al derecho a la integridad física y el riesgo en la salud, pues argumentaba que se trataba de una persona con problemas de salud, aun

⁹³ *Artículo 211.- Examen corporal del imputado.-* El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Con esta finalidad, aun sin el consentimiento del imputado, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas, siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado. La diligencia está condicionada a que no se tema fundamentalmente un daño grave para la salud del imputado, para lo cual, si resulta necesario, se contará con un previo dictamen pericial.

⁹⁴ Cfr. QUISPE FARFÁN, Fany. “El registro personal y las intervenciones corporales”. En: AA. VV. *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2005, pp. 413 y ss.

⁹⁵ STC 815-2007-PHC FJ 10.

cuando no aparece acreditado este extremo en los fundamentos del TC⁹⁶. En cualquier caso, el Tribunal asume que se trata de un conflicto entre intimidad y persecución penal: a decir del Colegiado, el “objetivo último” de la medida de intervención en la intimidad, lo constituye el,

“no dejar impute la comisión de un delito, y, en consecuencia garantizar el interés público en la investigación del delito, bien jurídico que en definitiva merece atención por parte del Estado”.

Establecido así el conflicto, llama la atención que el Tribunal al analizar la indispensabilidad de la medida, haya reconocido que, “no cabe duda alguna que los actos de intervención corporal constituyen una *intromisión grave* en los derechos fundamentales protegidos por nuestra Constitución”. No obstante, a la hora de ponderar los derechos en conflicto la argumentación se torna confusa, al sugerir el Tribunal que también el grado de realización sería alto, con lo que a lo más tendríamos un empate entre intervención (grave) frente a un nivel elevado de satisfacción.

“(…) el Tribunal Constitucional estima que, en los actos de investigación corporal, el grado de realización del fin de relevancia constitucional (que, como se mencionó anteriormente, lo constituye el interés público en la investigación del delito) *es, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad* (que se realizaría en la medida que al tomarse dichos actos de investigación, se obtendrían datos que forman parte de la esfera jurídica privada del demandante). *En ese sentido, la medida cuestionada aprobaría el examen de proporcionalidad en sentido estricto, resultando constitucional*”⁹⁷ (cursiva agregada).

Esto llevaría a establecer una regla de ponderación contraria a la que se ha venido formulando hasta aquí, pues conforme a la argumentación que presenta el Tribunal en este caso, cuando la intervención es alta y el grado de satisfacción elevado, la medida de intervención estaría autorizada constitucionalmente, con lo cual la carga de la argumentación a la que se refiere ALEXY no tendría sentido⁹⁸.

Hay, sin embargo, un problema adicional que el Tribunal no advierte en este caso. Este consiste en no haber incorporado todos los derechos en conflicto y, sobre todo, en haber infravalorado el principio estrella comprometido en todo proceso penal como es el de presunción de inocencia. Unido a ello, la relevancia que adquiere en este contexto la actividad probatoria de los órganos de persecución, puesto que sin una mínima actividad probatoria por parte de los entes estatales, el nivel de sospecha es equivalente al nivel de inocencia que se vería comprometido con la prueba del ADN.

En otras palabras, si no existen otros elementos de prueba concomitantes, producto de las investigaciones realizadas a nivel preliminar, y si se espera de que sea la prueba del ADN la única que pretenda legitimar el proceso abierto, entonces la solicitud de

⁹⁶ Así se lee en los antecedentes: “Alega que la diligencia ordenada por el juzgado, en la medida que supone una restricción del derecho a la integridad física del recurrente, implica que no exista otro medio probatorio idóneo para poder dilucidar los hechos materia de investigación, lo que no se ha dado en el caso de autos, además de haber acreditado fehacientemente su enfermedad mediante certificados médicos, por lo que considera abusiva la actuación del Ministerio Público”.

⁹⁷ Fundamento de cierre del Tribunal.

⁹⁸ Según ALEXY, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, cit. pp. 511 y ss.

intervención corporal a través de dicha prueba supondría una intervención intolerable a la luz del principio de presunción de inocencia que no ha sido introducida en el análisis de ponderación del TC. Esto porque de ser así, el Estado pretendería suplir sus funciones de investigación del delito, imponiendo una carga demasiado alta al procesado, sin que haya motivos razonables que sustenten dicha intervención.

En el modelo alexiano de ponderación, esto está relacionado con la variable sobre la seguridad o probabilidad de las premisas empíricas, esto es, la relación entre la intervención y el nivel de satisfacción real del derecho que resulta favorecido o promocionado con la intervención. Según esta variable en el análisis de ponderación,

“Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención”.

A partir de esta regla, en el presente caso debe tenerse en cuenta que a mayor intervención (el propio TC reconoce que se trata de una intervención grave), mayor debiera ser el grado de sospecha del procesado respecto de la imputación, de modo que una intervención corporal que pone en riesgo su integridad e incluso su salud como se afirma, solo podría estar autorizada a la luz de esta regla si existieran otros elementos de prueba que vinculen al procesado con los hechos materia de la investigación.

III. COLOFÓN: ALGUNOS PROBLEMAS PENDIENTES

Pese a la entusiasta recepción de la técnica de la ponderación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no debe dejar de resaltarse las permanentes frustraciones que genera su puesta en práctica en manos de un Tribunal al que no es posible ni conveniente, someterlo a otros controles que no sean los que provengan de la crítica pública a sus decisiones. Esto ha llevado a que en otros contextos se asista a un encendido debate en torno a la falta de racionalidad u objetividad de los pasos que conforman el test de proporcionalidad, lo que según se afirma, llevaría a un decisionismo encubierto de argumentación.

En primer lugar, se ha mencionado que “(l)a ponderación (*Abwägung*), como método, no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso”⁹⁹. Puede aceptarse que no son pocas las ocasiones en las que los tribunales invocan el principio de proporcionalidad o razonabilidad sin un esfuerzo argumentativo. Sin embargo, este cuestionamiento no ataca al test sino, en todo caso, al mal uso del test.

En la jurisprudencia del TC peruano, este cuestionamiento también es válido. La prueba de su validez radica en las no pocas ocasiones en que el Tribunal bajo el test de proporcionalidad llega a soluciones dispares en casos sustancialmente similares. Así por ejemplo, en dos casos idénticos de expulsión de alumnos de centros de estudios superiores por haber incurrido en faltas conforme al reglamento, las respuestas del Tribunal han sido diametralmente opuestas.

En un primer momento, el TC optó por remitirse al principio de legalidad sin evaluar en el fondo la proporcionalidad de la medida. Así, en el Caso Luz Sáenz

⁹⁹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “El juicio de ponderación y sus partes: crítica de su escasa relevancia” (en línea). Página de Juan A. García Amado <<http://www.geocities.com/jagamado/>>

Lumbreras (STC 01182-2005-AA), la demandante, una estudiante expulsada de un centro de formación industrial (SENATI), interpone una demanda de amparo contra el Director de este centro de formación invocando, entre otros, su derecho a la igualdad ante la ley y el principio de legalidad, pues su expulsión de debió a que fue encontrada besándose con su enamorado en uno de los ambientes de la institución, situación que fue calificada por las autoridades de dicho centro como una “falta grave”. La institución emplazada invocó, en efecto, un artículo de su reglamento, que cataloga como falta grave a los “actos reñidos con la moral y las buenas costumbres”. El TC peruano convalidó la expulsión de la estudiante refugiándose precisamente en el principio de legalidad, aunque invocando el *test de proporcionalidad*:

“(…) el Tribunal Constitucional considera que no es inconstitucional la sanción cuestionada —*aun cuando la demandante considere excesiva y desmesurada su aplicación*— dado que su imposición denota la estricta observancia del principio de legalidad, puesto que se aplicó la sanción que estaba previamente contemplada en la norma que sanciona como prohibida la falta en la que incurrió la demandante”¹⁰⁰.

Si bien lo que se cuestionaba era el grado de certeza del enunciado señalado en el reglamento, el TC resuelve afirmando que, al no haber una relación necesaria entre el principio de legalidad con el de taxatividad, las precisiones en la descripción de las conductas pueden hacerse “mediante las reglas básicas del sentido común, toda vez que la Moral es la ciencia que trata del bien en general”¹⁰¹. A la hora de responder al cuestionamiento sobre la proporcionalidad de la medida de expulsión el tribunal en forma por demás cuestionable considera que:

“[...] con respecto a la alegada desproporción de la sanción de expulsión impuesta, ya que la recurrente: “[...] se ha venido desempeñando con eficiencia, respeto, cumpliendo con el pago de sus cuotas ordinarias, no habiendo sido sancionada, ni cometido falta disciplinaria alguna durante su permanencia académica”, es importante subrayar que la medida de expulsión prevista en el inciso e) del numeral 9 del Reglamento Interno era la única sanción *posible* a imponerse a los alumnos infractores”¹⁰².

De este modo el Tribunal pareciera supeditar el *test de proporcionalidad* al principio de legalidad. Este pronunciamiento confirmaría las quejas del profesor GARCÍA AMADO sobre la poca rigurosidad en la argumentación que apela al *test de proporcionalidad*. No obstante se trata, a todas luces, de un problema de argumentación imputable al Tribunal y no a la técnica en sí.

En otro caso similar (STC 00535-2009-AA, Caso Oroya Gallo), en el que el recurrente solicitó igualmente su restitución en la Universidad San Ignacio de Loyola de la que había sido expulsado por habersele encontrado consumiendo marihuana, el Tribunal, siempre bajo el paraguas de la proporcionalidad, llegó no obstante a un resultado opuesto. Pese a ser el caso en líneas generales similar (el problema de la falta precisión en la regulación de medidas sancionadoras), el TC esta vez con buen criterio,

¹⁰⁰ STC 01182-2005-AA, fundamento 18, segundo párrafo.

¹⁰¹ Ídem, fundamento 15, segundo párrafo.

¹⁰² STC 01182-2005-AA, fundamento 17.

ordenó la reincorporación del expulsado, tras considerar la medida como desproporcionada.

En esta sentencia, se evalúa la razonabilidad de la medida, no solo en términos formales, como ocurrió en el primer caso, sino que se determina que ésta es el resultado de una buena práctica argumentativa en la aplicación del test de proporcionalidad: Una medida es razonable cuando es consecuencia de la aplicación del test de proporcionalidad¹⁰³. La diferencia sustancial radica en que ahora sí se entra a evaluar la constitucionalidad de la aplicación del reglamento, determinando, a diferencia de la sentencia anterior, que la falta de certeza no puede suplirse con actos ejercidos fuera de un control. En tanto no se consideraron las circunstancias, la medida resulta, a juicio del TC, desproporcionada:

“Al respecto, este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional”¹⁰⁴.

Es al recurrir a la evaluación de la proporcionalidad que desarrolla la justificación de los principios en colisión, lo cual significa una mejora sustancial en la motivación y un mayor compromiso en la tutela de los derechos fundamentales. Esto —justificar los principios para evaluar la proporcionalidad de la medida— no es del todo negativo, como concluye GARCÍA AMADO¹⁰⁵, quien como recordamos al inicio de este apartado, cree que la dependencia del *test* respecto de la interpretación de los principios en conflicto, constituye un problema metodológico de dependencia.

De este modo creemos que el debate se traslada a la propia visión que se tenga del Derecho. Es el punto de partida conceptual sobre el Derecho lo que determina ver en esta propiedad del *test* de proporcionalidad una virtud o un defecto¹⁰⁶. Lejos de ahondar en una discusión teórica entre el dogmatismo y el instrumentalismo jurídicos,

¹⁰³ Ver *supra*. Cita de la STC 00535-2009-AA, fundamento 15.

¹⁰⁴ STC 00535-2009-AA, fundamento 13.

¹⁰⁵ Cabe recordar que para GARCÍA AMADO, la proporcionalidad y sus tres subprincipios tienen escasa relevancia porque dependen de la labor del intérprete, ya sea para identificar los principios subyacentes en las disposiciones en conflicto y realizar el cálculo del triunfo de uno en desmedro del otro (en el plano de la idoneidad), así como para ubicar la medida alternativa (en el plano de la necesidad) y de la dependencia a todo lo anterior en el último análisis de la proporcionalidad en sentido estricto. Ver GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “El juicio de ponderación y sus partes: crítica de su escasa relevancia”. Ob. cit.

¹⁰⁶ Así, GARCÍA AMADO explica su concepción del Derecho: “Me sumo a la que llamo concepción lingüística del derecho. Es aquella que ve el derecho como un conjunto de enunciados dotados de significado (más o menos determinado) y provenientes de ciertas instancias o fuentes “reconocidas” como productoras de normas por el propio ordenamiento jurídico y, en última instancia, por la sociedad de que se trate”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “El argumento teleológico: las consecuencias y los principios”. (en línea). Página de Juan A. García Amado <<http://www.geocities.com/jagamado/>>

queda decir que el problema de la técnica jurídica promueve una mayor dinámica y conexión entre la realidad social y el Derecho de usar a las instituciones como herramientas de cambio en función al ensayo y error¹⁰⁷.

Por lo tanto, como se ha sostenido, el *test* de proporcionalidad no pretende ser un método autónomo con cuya sola invocación se pueda solucionar los problemas de colisión de principios. En función a la justificación constitucional, la trascendencia de su rol no radica en la infalibilidad de los resultados, sino en la promoción de un ejercicio argumentativo mayor que el de la subsunción, debido a la naturaleza de las normas en conflicto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal. Segunda Edición, CEC.
2. ALEXY, R. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Traducción de Carlos Bernal. Universidad Externado de Colombia, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, N.º 28, Bogotá, 2003.
3. ALEXY, Robert. "La formula del peso". En: CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ (directores). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Cuaderno de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional (en prensa).
4. ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002, Postscript (tiene traducción al castellano de C. BERNAL PULIDO como: "Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 66, 2002.
5. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal. Segunda Edición en Castellano. Madrid: CEC, 2007.
6. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Segunda Edición.
7. ATIENZA, Manuel. "Para una razonable definición de "razonable". En: *Doxa*, N.º 4, Alicante, 1987.
8. BARNES, Javier. "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar". En: *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 5, especial dedicado al estudio del Principio de proporcionalidad. Madrid: INAP, 1998.
9. BARNES, Javier. "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario". En: *Revista de Administración Pública*, N.º 135, septiembre-diciembre 1994,
10. BERNAL PULIDO, Carlos. "Estructura y límites de la Ponderación". En: *Doxa*, N.º 26, Alicante, 2003.
11. BERNAL PULIDO, Carlos. "La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N.º 045-2004-PI/TC". En: *Palestra del Tribunal Constitucional*, N.º....
12. BERNAL PULIDO, Carlos. "Tribunal Constitucional, Legislador y Principio de Proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 74, 2005.
13. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 2003.
14. BERNAL, Carlos. "El neoconstitucionalismo a debate". En: *Temas de Derecho Público*, N.º 76, Universidad Externado de Colombia, 2007.

¹⁰⁷ A grandes rasgos, la concepción instrumental del Derecho mira con recelo las abstracciones predeterminadas, pues no contribuyen a alcanzar el fin principal de aquél: la solución de casos. El ver al Derecho como una "caja de herramientas" que se encuentra a disposición del hombre, quien deliberadamente lo ha configurado así, permite arribar a soluciones que maximicen la satisfacción de todos. La explicación proviene de un razonamiento en función a problemas concretos, en cuyo punto de partida se encuentran valores e intereses sociales ampliamente compartidos. Ver PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. "El instrumentalismo pragmático: tesis fundamentales". En: *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*. Lima: Palestra Editores, 2008, pp. 99 y ss.

15. BOROBOSKY, M. *La estructura de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal. Universidad Externado de Colombia.
16. CLÉRICO, Laura. "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto". En CARBONELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ (directores). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. En: *Cuaderno de análisis y crítica de la jurisprudencia constitucional* (en prensa).
17. DWORKIN. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999.
18. Entrevista a César Landa. En *Foro Jurídico* N° 06, Lima, 2006.
19. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores, 2006.
20. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "El argumento teleológico: las consecuencias y los principios". (en línea). Página de Juan A. GARCÍA AMADO <<http://www.geocities.com/jagamado/>>
21. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. "El juicio de ponderación y sus partes: crítica de su escasa relevancia" (en línea). Página de Juan A. GARCÍA AMADO <<http://www.geocities.com/jagamado/>>
22. GUASTINI, Ricardo. "Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales". Traducción de Pedro Grández Castro. En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*, N.º 8, Año 2, Lima, 2007.
23. INDACOCHEA, P, Ursula. *Aproximación al concepto de ponderación y su aplicación por el tribunal Constitucional peruano entre los años 1996 a 2006*. Tesis para optar el título de Abogado, PUCP, Diciembre de 2006.
24. LOPERA MESA, Gloria Patricia. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: CEC, 2005.
25. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*. Lima: Palestra, 2007.
26. MORESO, J.J. "Alexy y la aritmética de la ponderación". En: *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
27. PEGORARO, Lucio. "La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: Un análisis comparado". En: *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia* 7. Lima: Palestra Editores, julio 2007.
28. PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. "El instrumentalismo pragmático: tesis fundamentales". En: *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*. Lima: Palestra Editores, 2008.
29. PRIETO SANCHÍS, Luis. "Diez argumentos sobre neoconstitucionalismo, juicio de ponderación y derechos fundamentales". En: Luis Ortega y Susana de la Sierra (Coords). *Ponderación y derecho administrativo*. Marcial Pons, 2009.
30. PRIETO, Luis y GARCÍA AMADO. *Teoría del Neoconstitucionalismo*. Edición de Miguel Carbonell.
31. Quispe Farfán, Fany. "El registro personal y las intervenciones corporales". En: AA.VV. *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2005.
31. RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2005.
32. WALDRON, Jeremy. *Derecho y desacuerdos*. Traducción de Luis Martí y Agueda Quiroga. Marcial Pons, Colección Filosofía y Derecho.