
INVESTIGACIONES NACIONALES

Aproximaciones al test de ponderación en la jurisprudencia nacional peruana

Approaches to the weighting test in peruvian national jurisprudence

*Nerio Jorge Callañaupa Escobar*¹

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú

<https://orcid.org/0009-0006-5113-9741>

nerio.callanaupa@unmsm.edu.pe

Presentado: 19/11/2023 - Aceptado: 23/12/2023 - Publicación: 30/12/2023

Resumen

En este artículo examina como es que el Tribunal Constitucional peruano ha importado las categorías teóricas de la jurisprudencia alemana para luego aplicarlos a sus casos, precisamente la lógica del test de ponderación, su estructura y su formato de solvencia frente a un supuesto de colisión de derechos fundamentales. En esa línea, se hace un examen de las principales jurisprudencias que el Tribunal Constitucional ha emitido, para romper en el campo semántico del test de la proporcionalidad, instalando así un nuevo elemento a la cultura jurídica hegemónica de nuestro país, adoptando finalmente el test de ponderación frente al test de la jerarquización.

Palabras clave: Test de ponderación, razonabilidad, proporcionalidad, idoneidad y necesidad.

Abstract

In this article we examine how the Peruvian Constitutional Court has imported the theoretical categories of German jurisprudence and then applied them to its cases, precisely the logic of the weighing test, its structure and its solvency format in the face of a case of collision of rights. fundamental. Along these lines, an examination is made of the main jurisprudence that the Constitutional Court has issued, to break into the semantic field of the proportionality test, thus installing a new element to the hegemonic legal culture of our country, finally adopting the test of proportionality. weighting against the ranking test.

Keywords: Weighting test, reasonableness, proportionality, suitability and necessity.

I. Introducción

Los Estados Democráticos Constitucionales Modernos cuentan con un ordenamiento jurídico conformado por normas, principios e instituciones que garantizan la vigencia efectiva del ejercicio de los derechos fundamentales, pues justamente el fin de todo Estado y sociedad es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, tal cual queda consagrado también en el artículo 1° de nuestra Ley fundamental del año 1993. Como se entiende, el punto basilar de la ingeniería del sistema jurídico queda estructurada, no solamente por normas y principios, sino también, a criterio nuestro, por instituciones que todos ellos, en conjunto, están encaminados al norte de la tutela efectiva de los derechos fundamentales del hombre.

No es nuestra intención analizar el marco teórico de las instituciones, pero sí, para los efectos del presente artículo, repararemos en el marco de las normas y principios, para luego de poner en derecho el test de la ponderación en contraste con el test de subsunción y el test de la jerarquía de derechos, todo ello sobre la plataforma de uno de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales, que es el conflicto o colisión de derechos básicos para la convivencia de los hombres en la sociedad. A su vez, más adelante, analizaremos la estructura del test de la ponderación, sus componentes y las formas en que el Tribunal Constitucional peruano ha aplicado esta fórmula principista alemana, así como su adopción e innovación de lógicas de la proporcionalidad, y finalmente, verter un crítica sinóptica de la tesis del conflicto de derechos fundamentales en correlación con la alternativa de la ponderación.

Naturalmente, y siguiendo la filosofía aristotélica, todo principio de actividad humana que pretende pasar del <<no ser>> al <<ser>> obedece a una causa objetiva y a una finalidad subjetiva del actor. Nuestra causa objetiva subyace en el hecho de que el cúmulo de operadores fiscales y judiciales, en su afán de resolver una causa penal, apelan irremediablemente a un *sentido común* que reina sus elucubraciones, y ese sentido común, evidentemente, no es o no debe ser cualquiera, sino un *sentido común instruido y entrenado* para la toma de decisión; por lo que, en aras de procurar la consolidación de ello, es que se construye el presente artículo, con la finalidad subjetiva nuestra, de forjar la cultura jurídica en la legislación de la razón humana, y así, en su ulterioridad, todos los operadores de derecho de este Distrito Fiscal de Ayacucho podamos tomar mejores decisiones para un mejor servicio en la administración de justicia.

II. Contenido

1. Un modelo de sistema jurídico ideal:

Puntualiza Robert Alexy, que en el sistema democrático constitucional hay dos modelos de su manifestación, *el modelo constitucionalista y el modelo*

legalista (Alexy, 1994, p. 159)., lo que en la literatura jurídica se ha denominado respectivamente, la tiranía de valores y/o principios frente al imperio de la ley. El primer enfoque del sistema jurídico democrático, dio su inicio en el año 1958 cuando el Tribunal Constitucional Federal de Alemania emitió la sentencia Luth, en donde el tribunal indicó que el bloque constitucional contiene un orden objetivo de valores, y, por tanto, las decisiones que emerjan de ello tienen un *efecto de irradiación* (Loc. Cit.) en todo el derecho infraconstitucional.

Según esta sentencia que marca un hito histórico en el enfoque del sistema jurídico. La Constitución, no es ya meramente una ley de leyes, o una base de autorización *“para reemplazar la subsunción clásica bajo las reglas jurídicas por una ponderación según valores y principios constitucionales”* (Loc. Cit.). Por su parte, a la segunda posición del legalismo, rechaza el modelo constitucionalista adjetivándolo como una *tiranía de valores (Hartmann, 1926, p. 523).*, según el cual todo parte de la Constitución, y el derecho ordinario solo es una manifestación o plasmación fenoménica de ésta. Son de esta aseveración los autores como Carl Schmitt siguiendo a Nikolai Hartmann quienes propugnan el imperio de ley, subsunción en reversa de ponderación, derecho ordinario autónomo en reversa de la Constitución omnipresente, y finalmente, las normas en relevo de los principios.

Esta dicotomía de elucubraciones trajo consigo el reparo de las normas y principios, así como sus lógicas de practica procesal en su interpretación y aplicación, precisamente en el estadio de una colisión de derechos. En este escenario, irrumpe la tesis del iusfilosofo Robert Alexy (1994), que puntualiza *“ni los principios ni las normas regulan por sí mismo su aplicación”* (p. 173), pues ellos, con mucha razón *“solo representan el costado pasivo del sistema jurídica”* (Loc. Cit), en tanto tal son huérfanos de su completitud, generando su integridad solamente con un *“procedimiento de aplicación”*. Por tanto, el modelo de sistema jurídico ideal, quedaría ocupada, no por el rótulo de los constitucionalistas ni legalistas, sino por un constitucionalismo moderado del sistema jurídico, conformado por normas, principios y procedimientos, ya que estos últimos, *“aseguran la racionalidad de una decisión”* (Alexy, 1994, p. 174) mediante una lógica de argumentación.

1.1. Componentes del sistema jurídico:

El plexo de un sistema jurídico bien entroncada, según la línea de Robert Alexy, esta figurada por reglas, principios y procedimientos; empero, como se ha relatado en el introito de la presente, manejamos un criterio heterogéneo a este razonamiento, a nuestro juicio, la composición del sistema estaría forjada en base a la normas, principios e instituciones, pues es evidente que en el ordenamiento jurídico existen también normas instrumentales y no meramente sustantivas, en donde quepa el quid del procedimiento,

cosa que no sucede con la institución pues contiene un marco diferente a la norma y al principio. No obstante, este específico punto es un elemento que se extrapola al análisis del presente artículo, por lo que nos centraremos únicamente en el examen de la regla y el principio, pues el contraste de estos elementos constituye la piedra angular o uno de “*los pilares fundamentales de la teoría de los derechos fundamentales*” (Alexy, 1994, p. 81), ya que su interiorización permite avizorar la solvencia de un supuesto de colisión o conflicto de derechos, ya sea bajo la técnica de la subsunción, ponderación o jerarquización.

Un principio, a nuestro intelecto, es un razonamiento o juicio que fundamenta, erige y canaliza el soporte estructural y funcional del sistema jurídico, es, por tanto, el fundamento directriz de las normas. Es esa razón, ha de entenderse a un principio como un juicio deontológico, un criterio directriz de carácter general destinado a optimizar la correcta interpretación y aplicación de la regla. Por su parte, el italiano León Petrasizky define a la norma como un “*juicio imperativo – atributivo*”, pues ello impone un deber y simultáneamente otorgan un derecho. La norma jurídica es básicamente un juicio o una regla que regula la conducta humana, ya sea prohibiéndolo (norma negativa), permitiéndolo (normas positivas) o describiéndolo (norma neutral), cuyo incumplimiento acarrea una sanción.

Sin embargo, una definición más importante y hegemónico que la nuestra, es la hilvanada por el iusfilósofo Robert Alexy, quien con su solvencia conceptual recaída en su obra “*Concepto y Validez del Derecho*”, ha llegado al estrellato de la cultura jurídica constitucional, al señalar que “*un principio es un mandato de optimización que ordena y determina que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y las posibilidades fácticas*” (p. 162)., cuya aplicación es, básica y fundamentalmente, una cuestión de racionalidad lógica, fundante (justo) y legítimo. Asimismo, en su obra “*Teoría de los Derechos Fundamentales*” ha señalado que el principio es “*una norma que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales existentes*” (Loc. Cit). En contraste, la regla es un “*mandato definitivo que ordenan y determinan hacer exactamente lo que ella exige*” (Loc. Cit), y está determinada bajo la lógica del tipo. Su aplicación es determinativa y tajante, o sea una cuestión de todo o nada.

2. Dicotomía de la certeza del derecho

La teoría dogmática de los derechos fundamentales tiene un punto clave de análisis a la regla y al principio, pues a partir de los alcances de ella y de su propia divergencia, se logra solventar los problemas que revelan el ejercicio de los derechos colectivos y libertades individuales de las personas, empero sus fórmulas o esquemas de ampliación para la seguridad jurídica, han dado lugar una nomenclatura dicotómica bautiza por los pandectas alemanes como

el test de la ponderación y el test de la subsunción. Ahora bien, los principios son asequibles al test de la ponderación, pues ésta *“es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios”* (Loc. Cit); en contrario sensu, una regla no admite la técnica de ponderación, sino, como enseña el profesor Alexy, *“la subsunción es, para ellas, la forma característica de su aplicación”* (Loc. Cit), pudiendo ser esta aplicación, siguiendo las categorías de Manuel Atienza, en *<<los casos fáciles, los casos difíciles, y los casos trágicos>>*.

Esta distinción de los casos fáciles y los casos difíciles, *“juega un papel esencial en lo que cabría denominar teorías estándar de la argumentación jurídica, y también, más en lo general, en la teoría contemporánea del derecho”* (Atienza, 1997, p. 246). Para los novísimos, en la óptica de la teoría de la argumentación jurídica, el caso fácil alude a que un supuesto de hecho material es encuadrado y de forma sencilla en el supuesto formal, no requiriéndose mayor interpretación de la norma que subsume el hecho. Es una aplicación simple, sencilla y pura del derecho en el hecho. Por el caso difícil, no es una aplicación automática del derecho, sino que requiere una mayor profundización en a la interpretación de los elementos normativos y descriptivos del tipo penal. El caso fácil, indica Atienza, acarrea un *“consabido silogismo judicial* (Loc. Cit), en el caso difícil, se importa una *“lógica de razón practica deductiva”* (Loc. Cit).

El caso trágico, importa *“aquellos supuestos en donde no cabe encontrar una solución judicial que no sacrifique un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral”* (Atienza, 1991, p. 251)., en otros términos, constituye un caso, en donde no cabe otra alternativa más que un *“equilibrio mínimo”* (Atienza, 1989, p. 101). y óptimo, advirtiendo en este último caso, a nuestro criterio, uno de tipo endógeno -situación en donde el derecho prevé una alternativa de solución, no obstante, ello es contrario al ordenamiento moral del juzgador-, y otro de tipo exógeno -en derecho no prevé ninguna alternativa de solución concreta, no obstante, es solventable a través de los principios-. En corolario, advirtiendo este contexto, pueden, entre las reglas, emerger un conflicto, en tanto que, entre los principios, pueden emerger una colisión, pero no un conflicto, ya que los principios son valores positivados formalmente en el ordenamiento jurídico equiparables a un derecho iusfundamental. Así Ronald Dworkin señala *“los principios y valores son lo mismo, una es de ropaje deontológico, y otra es de ropaje axiológico”* (Dworkin,1990, p. 26).

3. Un panorama de los derechos fundamentales en conflicto/colisión.

La primera tesis que ha de poner en relieve es que en la teoría dogmática de los derechos fundamentales el conflicto de las normas es equiparada al conflicto de los derechos, y la colisión de principios es equiparada a la colisión

de derechos fundamentales, no habiendo conflicto de principios, pues como lo hemos indicado precedentemente, el conflicto implica declarar inválido un extremo y válido el otro, lo cual no sucede con los principios, pues ambos son válidos, en tanto que las normas, al entrar en conflicto, una es válida y la otra no; así, Alexy señala que el conflicto de normas puede ser solventada *“mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida”* (Alexy, 1993, p. 67).

Sea pacífico o no, está posición de la tesis de equiparación de normas a los derechos, lo cierto es que, desde una perspectiva técnica y no científica, se asume como válida y cierta esta proposición por tradición jurídica del origen del constitucionalismo moderado, pues en la Constitución del 93, la norma positivada reconoce a un derecho justamente para ampararlo, protegerlo y propugnarlo, razón por el cual, deviene su lógica de equiparación, ya que la norma no crea un derecho, sino meramente las reconoce formalmente, adoptando con ello una sección razonable de la visión del iusnaturalismo. Ahora, es evidente también que los derechos fundamentales al momento de ser ejercidos en la vida proactiva, pueden llegar a chocar o colisionar, así el profesor Gregorio Peces-Barba, enseña que *“en caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar cómo se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales”* (Peces Barba, 1994, p. 594).

Frente a una colisión de derechos, conflicto de derechos, tensión de derechos o casos trágicos como otros prefieren llamarlo, existe un binomio de criterios test para solucionarlo, primero, el test de jerarquización, y segundo, el test de la ponderación. Según el primer test, los derechos fundamentales deben de estar estructurados en una tabla tasada de derechos, bajo un orden de prelación y según el orden de importancia, es decir, habría *“derechos fundamentales comunes y derechos fundamentales supremos (Troper, 1996, p. 255)”* en donde el juzgador solo recurra a esta tabla para solventar el problema; empero, esta posición no es aceptada por el Tribunal Constitucional del Estado peruano, ya que *“no hay derechos superiores y derechos inferiores, todos están en igual condición”* (Exp. N° 06712-2005-PHC/TC.); además su determinación sería arbitraria bajo una convención de las lógicas del legislador, además, la preferencia del juzgador sería por un derecho preferido que tiene la prerrogativa de estar en el orden de prelación superior, sacrificando y arrasando del todo al derecho que está en un rango menor en la tabla de derechos pretasados, lo cual no es subsiste para la lógica de la razón práctica.

En verbigracia, si se advierte una colisión entre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, el test de jerarquización de derechos parece tener fallas en su óptima solvencia a este problema,

pues los matices para determinar la hegemonía de un derecho sobre otro es variopinto, complejo y siempre hay razones por el cual se pueda impugnar u objetar la tesis de la hegemonía de un derecho, en corolario, advirtiendo esta situación, el principio de proporcionalidad o test de la ponderación alemana se posiciona como una alternativa lógica de solución mas subsistente al formular o establecer un equilibrio de contrapesos entre los derechos que entran en colisión, sin dejar de lado, que este principio estructura también *“un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder”* (Sapag, 2008, p. 170), más allá del balance de contrapesos de los principios, pues recordemos que la Sentencia Luth emitida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán es la que le otorgó este sentido semántico de test.

4. El principio de proporcionalidad o test de la ponderación.

A nuestro entender, el principio de proporcionalidad constituye pues una herramienta de control de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales y legales que una autoridad ostenta, por tanto, es una *“lógica de moderación de poder”* (Fernández, 2008, p. 277), o una lógica de balance y equilibrio en la intervención del Estado frente a un caso concreto. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha indicado que este principio *“no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material”* (EXP. N.º 0010-2000-AI/TC), lo cual, en el caso peruano, esta positivado como principio general del derecho en el artículo 200º de la Constitución Política, y en tanto tal, se aplica a todo el ordenamiento jurídico. En efecto, es un rasgo matriz o un parámetro de actuación de todo Estado Constitucional de Derecho al igual que el debido proceso y el principio de legalidad, con la clara precisión que la proporcionalidad o la ponderación no es una cuestión de todo o nada, de lo válido o lo inválido, de lo superior o inferior, sino de una cuestión de balance y de una *“tarea de optimización de derechos”* (Alexy, 1993, p. 289). Esta es, indica Prieto Sachis (2002), finalmente, la ley de la ponderación, *“optar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones conflictivas y del mismo valor”* (p. 212).

Ahora, a decir de la ciencia jurídica alemana, su estructura comporta de juicios, criterios o principios que canalizan su adecuada implementación en cada supuesto de hecho material, comportando las etapas sucesivas de análisis *“los sub principios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en estricto sensu”* (Op. cit., p. 91-92), esta es la fórmula clásica que la doctrina y jurisprudencia alemana han heredado al sistema jurídico del Civil Law, adoptando así el Tribunal Constitucional esta nomenclatura tríplica que compone el principio de proporcionalidad; no obstante, de la jurisprudencia desarrollada por esta Alta Corte Constitucional, han añadido en dicha estructura, el principio de razonabilidad, esbozando una acuñación teórica con matices diferentes a la

proporcionalidad, pero que honestamente, a decir nuestro, no encontramos una clara y precisa dilucidación entre la proporcionalidad y la razonabilidad, más que una relación de género y especie, pues una decisión proporcional y balanceada es siempre razonable, o un acto estatal será razonable siempre que ello sea proporcional o equilibrada.

El subprincipio de la idoneidad, en la intervención del Estado o en la restricción o limitación de un derecho solo es posible siempre que favorezca la satisfacción de otro derecho fundamental. García Amado señala que *“la limitación de un derecho fundamental solo es constitucionalmente admisible si efectivamente sirve para favorecer a otro derecho fundamental”* (García Amado, 2007, p. 253). Es pues un análisis de fin legítimo, pues la afectación de un derecho solo es en tanto y en cuanto se optimice la consecución máxima de otro derecho. El principio de necesidad, invoca un análisis de medios, pues se busca el medio alternativo menos gravoso para el derecho en tensión, es decir, su base de legitimidad en la intervención estatal, está ligada a lo estrictamente imprescindible, ya que la medida que se adopta es única posible y la menos gravosa en la restricción o limitación de un derecho comprometido con otro.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, o ley de la ponderación como se conoce *erga omnes* en Alemania, está comprendida, indica Alexy (1993), por dos criterios², *a) cuanto mayor es el grado de afectación de uno de los derechos, mayor debe ser la satisfacción del otro, y b) cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención* (p. 89). En esa línea, consideramos que la ley de la ponderación es eminentemente una ley de optimización de derechos, pues obliga al juzgador limitar un derecho en lo más mínimo siempre que se satisfaga un derecho en lo máximo, ese es el meollo de la ponderación, pues como dijimos anteriormente, este modelo no es una cuestión de todo o nada, de lo válido o lo inválido, sino de una cuestión de *“balance óptimo de derechos”*. En este paradero, y vista la acuñación teórica de estos sub principios, es oportuno examinar cómo es que el Tribunal Constitucional peruano ha abordado el test de la ponderación en la forja de la jurisprudencia nacional.

5. La ponderación en la jurisprudencia nacional constitucional.

5.1. Sobre el principio de razonabilidad:

Los magistrados del Tribunal Constitucional en el caso de reforma del régimen de pensiones, recaído en el Expediente N° N.º 0050-2004-AI/TC, señaló 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 (fs. 109)”, y en esa razón, hace entender que tanto el principio de proporcionalidad como el principio de razonabilidad son prácticamente análogos, empero si verificamos la casilla o asiento positivo de su regulación, advertimos que en el cuarto párrafo del artículo 200° del texto constitucional el legislador hace entender que ambos principios son distintos, pues usa el conector lógico de “y”, lo cual supone copulación de razonamientos distintos.

Así también en el caso Espinoza Soria, caso recaído en el Expediente N° 1803-2004-AA, el Tribunal ha manifestado 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”*; empero, no ha embozado hasta su coyuntura *“una distinción clara entre la proporcionalidad y la razonabilidad”*(Rubio Correa, 2005, p. 251), ya que a criterio de esta jurisprudencia constitucional, ambas categorías teóricas entroncaban *“estructuras conceptuales inescindibles”*, tal cual se aprecia del tenor de la STC N° 408-1997-AA.

No obstante, en el Expediente N° 2192-2004-AA el Tribunal ha precisado que la proporcionalidad y la razonabilidad son manifestaciones lógicas distintas, advirtiéndose este último en el resultado de la operación argumentativa, que es la decisión, en tanto que la proporcionalidad es la trayectoria o el procedimiento para llegar a ese resultado, pues la lógica del juzgador supera los niveles de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, así el TC señala literalmente:

“(…) 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” (fs. 15).

Posteriormente, esta sindicación conceptual fue reformulada por el TC, reformando su criterio entorno a una reestructuración conceptual,

efectuando con ello una reinserción del principio de razonabilidad dentro del principio de proporcionalidad, ya que en la Sentencia recaída en el Expediente N° 045-2004-AI, se puntualiza que *“(…) el principio de razonabilidad se exige que una 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”*.

Mas adelante, en el fundamento 29 de la aludida sentencia, el tribunal precisa que *“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”*, y justamente, bajo este parámetro de razonamiento es que actualmente se esquematiza el principio de proporcionalidad, estructurando su contenido bajo las nomenclaturas de razonabilidad, idoneidad, necesidad y ponderación en strictu, juicio éste que también puede volver a advertirse en la sentencia del Caso Chong Vásquez, sentencia recaída en el Exp. N° 2235-2004-AA/TC del 18 febrero de 2005.

5.2. Sobre el principio de la idoneidad

El Tribunal Constitucional, al respecto de este principio, ha esbozado su reflexión indicando que ello *“(…) comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél”*. Es decir, este principio importa un análisis de medio a fin, lo que significa que el medio adoptado por el juzgador sea oportuno y asequible y/o adecuado para alcanzar los fines legítimos constitucionales. En aras de expresar mejor este principio, considero conveniente relatar un caso en donde la colisión de derechos iusfundamentales fueron resueltos en aplicación de este principio, así tenemos el caso denominado “Calle de las pizzas”, en donde la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari interpuso demanda de inconstitucionalidad contra las Ordenanza Municipal N.º 212-2005 y la Ordenanza Municipal N.º 214-2005, emitida por el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Miraflores.

Las referidas ordenanzas restringieron el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada “Calle de las pizzas”, estableciéndose que los locales debían cesar sus actividades en el siguiente horario: *De domingos a jueves a la 01:00 horas del día siguiente, los días viernes, sábado y vísperas de feriado a las 02:00 horas del día siguiente,*

pudiendo aperturar sus locales a las 07: 00 de la mañana, ello con el objeto de resguardar la tranquilidad y seguridad de los vecinos mirafloresinos . El Tribunal Constitucional, advertida el supuesto de hecho recaído en el Exp. N° 0007-2006-PI/TC, se preguntó ¿puede garantizarse la vida y la integridad estableciendo una restricción de la hora máxima de apertura de un establecimiento? ¿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?

La respuesta, a estas dos interrogantes fueron negativas, efectuando un análisis de idoneidad, los magistrados indicaron que *“la restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la Municipalidad”*. Como se observa, la relación de medio y fin no era congruente, pues la intervención del Estado en el derecho de los titulares de los locales, constituía un medio que no permitía alcanzar los fines que la municipalidad perseguía, en esa línea, el Tribunal señaló: *“La protección de la integridad, la vida y la seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales así como de los concurrentes a ellos puede proveerse a través de la implementación de un adecuado servicio de la Policía Nacional y del servicio de Serenazgo de la propia Municipalidad e, incluso, establecerse como deber de los propios establecimientos comerciales, resultante de los servicios que brindan. En suma, la protección de aquellos derechos puede lograrse a través de un mayor y más adecuado servicio de seguridad, mas no a través de la restricción de los horarios de atención nocturnos y de madrugada”,* por lo que, como se observa este principio es vital e ineludible para el test de la proporcionalidad como estructura medular que permite una lógica equilibrada del fallo jurisdiccional.

5.3. Sobre el principio de la necesidad

Este principio de necesidad, denominada también, como principio de indispensabilidad, implica *“adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental”*(Expediente N° 0050-2004-AI/TC., fs. 19). Es, por tanto, *“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”* (Exp. N° 0045-2004-AI/TC, fs. 39). Y, en aras de observar la forma en como el Tribunal Constitucional aplicó este principio, procedemos a examinar un caso mediático, esto es, el caso de Magaly Medina Vela vs. la vedette Mónica Adaro, caso recaído en el Exp. N° 06712-2005-PHC/TC.

El supuesto de hecho material, de acuerdo al expediente anterior, se tiene que: *“El día 31 de enero de 2000, en el programa televisivo Magaly TV, se transmitió un vídeo editado que contenía imágenes que revelaban datos íntimos de doña Mónica Adaro Rueda (querellante en el proceso penal), y se le apreciaba manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino, identificado posteriormente como don Eduardo Martín Arancibia Guevara. Tal reportaje fue anunciado como ‘Las Prostivedettes’, y fue difundido a través de un canal de televisión de señal abierta. En el curso del proceso penal, se estableció que fueron los querellados, el productor del programa (don Ney Guerrero Orellana) y la conductora del mismo (doña Magaly Jesús Medina Vela), quienes contrataron a la persona que se aprecia en las imágenes para que indujera a la querellante a mantener relaciones sexuales por medios que son objeto del reportaje televisivo. Para el plan de los denunciados se contó con el previo ocultamiento de los dispositivos de filmación y grabación de audio en el ambiente en el cual iban a mantener relaciones sexuales”*. Este hecho comprendía una colisión de derechos fundamentales entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la vida privada de la vedette.

Al respecto, el Tribunal indicó que, si bien existía una supuesta red de prostitución clandestina, de acuerdo al principio de necesidad, *“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 (Exp. N° 06712-2005-PHC/TC., fs. 49)”*, es decir, más allá lo de estrictamente necesario e indispensable, ya que el hecho se agotaba con informar a las autoridades competentes para que investigaran el supuesto de prostitución ilegal, empero, transmitirlo a través de un medio televisivo era más que incensario, máxime que, indica el tribunal, *“una periodista no es fiscal o juez para que en su investigación, calificar figuras delictivas y, sobre la base de ello, afectar derechos fundamentales ilícitamente (Ibidem).”*

5.4. Sobre el principio de la proporcionalidad en strictu sensu.

El principio de la proporcionalidad en strictu sensu equiparada a la nomenclatura de la ley de la ponderación, centra su ángulo basilar en el apotegma bautizada por Robert Alexy (1993), refiriéndose a este principio principalmente por la siguiente concreción jurídica: *“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”* (p. 138). Esta es la estructura medular del test de proporcionalidad alemana. Test, que como indicamos en el introito del presente trabajo, fue importando a nuestra jurisprudencia nacional con igual o idéntico contenido semántico, tal es así que los mismos magistrados del Tribunal Constitucional, en el caso PROFA,

han señalado 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*” (Exp. N° 0045-2004-AI/TC, fs. 40).

A fin de observar la plasmación fenoménica de esta categoría, encontramos en la jurisprudencia un caso en donde el derecho a la intimidad y la integridad física colisionó con el derecho a la persecución del delito, se trata de un caso recaído en el Expediente N° 00815-2007-PHC/TC, en donde la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaura solicitó al Juzgado de Investigación Preparatoria la presencia del investigado a las instalaciones del Laboratorio Biomolecular y de Genética del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público a fin de que se le practique la intervención corporal al imputado, en aras de obtener una muestra de ADN de su cuerpo, en conformidad con el artículo 211° del Código Procesal Penal, ello en la investigación por un delito de Violación Sexual, a lo que el investigado se resistió alegando estar en en pésimas condiciones de salud, surgiendo así una colisión de intereses de carácter fundamental.

El tribunal, en su fundamento 11 de la sentencia propia, señaló 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 (Expediente N° 00815-2007-PHC/TC)*”, advirtiéndose con ello una aplicación del test de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, ya que si bien, se ve la afectación del derecho a la intimidad o integridad de la persona, entendida esta como “*un derecho que impide cualquier intrusión, así como toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre*”; empero, dicha afectación permite en lo máximo satisfacer otro derecho equivalente a ello, como lo es el derecho a la persecución y eficacia del Derecho Penal, como un interés general de carácter fundamental, lo cual implica no dejar impune un delito que ha afectado el bien jurídico de la libertad sexual.

No obstante a esta posición de los magistrados del Tribunal Constitucional, observamos que en la referida sentencia no se ha analizado un punto de quiebre central para el menoscabo legitimado del derecho constitucional a la intimidad o integridad, como lo es pues el grado de sospecha que pesa sobre el imputado o bien el nivel de desvanecimiento de la presunción de inocencia, pues, efectivamente si al momento en que se requiere la intervención caporal para la extracción de ADN, no se tiene mínima corroboración periférica de la sindicación delictiva, y advirtiendo que el investigado padece de una enfermedad que pone en riesgo su salud, entonces, la intervención no estaría legitimada; en supuesto contrario, cuando

exista mínima corroboración periférica, la intervención si sería conducente, ya que también se ve comprometido el derecho a la persecución penal para el esclarecimiento de los hechos, aspectos estos que el tribunal pudo haber analizado en la referida sentencia para despejar nuevas problemas que ulteriormente puedan surgir entorno a este objeto de pronunciamiento.

De otro flanco, como apéndice sustancial, conviene remitirnos al primer pronunciamiento jurisprudencial vinculante de la prisión preventiva como una medida de coerción procesal en donde el Estado interviene y afecta el derecho a la libertad de tránsito y el derecho a la presunción de inocencia del imputado, esto es, la Casación N° 626-2013, Moquegua, de fecha 30JUN2015, en donde los supremos, incorporaron a los presupuestos de la prisión preventiva del artículo 268° de la Ley penal adjetiva, dos requisitos más, *“la proporcionalidad y la duración de la medida”* (Casación N° 626-2013, Moquegua, de fecha 30JUN2015), cuestión que es altamente disputable, pues el análisis de la proporcionalidad, asunto que nos interesa en el presente artículo, es una cuestión indivisible a la discrecionalidad del juez, además, ello se ve aún más rebatible en el supuesto de que ulteriormente se declare fundada un requerimiento de prolongación del plazo de la prisión preventiva, habida cuenta que el plazo impuesto inicialmente fue impuesto a la luz de una lógica proporcional.

Empero, independientemente de ello, en el Distrito Fiscal de Ayacucho, aun cuando los pronunciamientos de la Sala Penal de Apelaciones no constituyan *per se* una jurisprudencia, estimamos oportuno esbozar sucinta y tangencialmente la forma en que el test de ponderación ha venido aplicándose en nuestra área geográfica; así en el Auto de Vista, de fecha 10JUN2022, recaído en el caso del Expediente N° 1381-2021-92, se advierte que el tribunal efectuó un análisis de la proporcionalidad de la prisión preventiva, bajo la estructura tríptico de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en *strictu sensu*, empero, no existe un apartado dedicado al análisis del principio de la razonabilidad de la medida cuando este principio compone también la estructura del test de la proporcionalidad, pues el Tribunal Constitucional, en el fundamento 9 del Expediente N° 045-2004-AI, ha puntualizado lo siguiente:

“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” (fs. 17).

Si bien, en la doctrina y jurisprudencia alemana la estructura del test de ponderación obedece al marco del examen de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en *strictu sensu*, empero los magistrados del Tribunal

Constitucional, al momento de importar este lenguaje dogmático, procedió a rebautizarlo agregando en ello, el principio de razonabilidad en el marco de su estructura primitiva teutónica, por lo que, el argumento de los jueces ordinarios, sin ánimos de generar displicencia o formular una disputa, debe también recorrer el análisis de principio de razonabilidad, principalmente en su faz de la imposición del plazo de la prisión preventiva, pues su determinación e imposición de 9 meses, 18 meses y 36 meses, no es automático ni meramente legal, sino razonable, ya que cada caso tiene sus particularidades y pautas de distinción en su coyuntura fáctica y procesal.

Creemos que, para ello, el juez debe de examinar *“una serie de criterios y pautas que ayudarán a establecer en cada caso concreto la duración razonable de una concreta detención preventiva”* (Castillo-Córdova, 2005, p. 19), pues en criterios del Tribunal, *“cada situación específica, permite al juez determinar la afectación del derecho constitucional a no ser privado de la libertad preventivamente más allá del tiempo razonablemente necesario”* (Expediente N.º 2915-2004-HC/TC, fs. 17). En efecto, este examen de razonabilidad del plazo no debe ser desmerecido en el análisis de la proporcionalidad, siendo un deber inexorable para la autoridad jurisdiccional, pues el plazo, profiriendo con la misma letra capital que señala el Tribunal Constitucional, *“debe ser tan solo la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con la que se ha decretado la prisión preventiva; por lo tanto, si la medida ya no cumple los fines que le son propios, es preciso revocarla de inmediato”*.

A la postre de este desasosiego meramente académico, tenemos el también el Auto de Vista, de fecha 31OCT2023, recaído en el Expediente N° 00321-2020-98, el Auto de Vista, de fecha 28SET2023, recaído en el Expediente N° 00968-2021-31 y el Auto de Vista, de fecha 31ENE2023, recaído en el Expediente N° 001132-2022-58, en donde los jueces ordinarios han trascordado la atención al principio de razonabilidad, pues se advierte en sus argumentos que hay apartados dedicados únicamente al principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en strictu sensu, que valga la atingencia, son eficaces en su examen cualificado de medios, balances y fines legítimos de la media, empero, causa una agitación subjetiva en nosotros, que dichos autos de vista estén huérfanos en el examen del test de la razonabilidad, por lo que, atendiendo ello es que tratamos de levantar una voz, con fines meramente académicos, el test de razonabilidad del plazo de la prisión preventiva sintonice su examen dentro del test de la proporcional, ya que con ello, la practica procesal en este respecto, quedaría completa.

III. A manera de conclusión

Es evidente que las leyes de la ponderación legados por la jurisprudencia alemana constituyen una herramienta útil y estratégica para resolver casos difíciles o trágicos, en donde dos derechos de igual importancia se ven expuesto al momento de efectuarse el ejercicio material, siendo esta

alternativa de solución la más óptima y lógica que el Estado de Derecho Constitucional tiene en su mesa doctrinal y jurisprudencial. Ello, en razón a que la tesis de la jerarquización de derechos al catalogar un derecho como supremo y otro derecho como inferior dentro de una “*tabla jerárquica de derechos fundamentales*”, según un orden de prelación, esta desconociendo el fundamento de todo derecho, que es la dignidad humana, pues por esta razón, todos los derechos son equiparables y no estratificados, razón por el cual, el desplazamiento de derechos según su importancia no es recibida en nuestro ordenamiento constitucional.

No obstante, el test de ponderación como herramienta de solvencia al conflictivismo de derechos fundamentales, somete a este problema a una suerte de reducción de la entidad de los derechos fundamentales, sin que ellos sean suprimidos, eliminados o desplazados del ordenamiento jurídico, lo cual, al momento de su aplicación no está exenta de subjetividades, ya que los pasos o etapas que requiere la implementación del principio de proporcionalidad no tiene garantías objetivas de aplicación, quedando ello al pleno desarrollo de la argumentación jurídica como mecanismo de justificación y motivación. En segundo momento, se critica también que la ponderación no tiene autonomía, ya que es un decisionismo de pura razón practica vestida de argumentación e interpretación de las normas constitucionales, pudiendo en esa razón dejar espacios abiertos para que el Tribunal apele al principio de legalidad, y en otras ocasiones al principio de razonabilidad o proporcionalidad.

Lo cierto es que las decisiones jurisdiccionales, independientemente de que el test de la ponderación sea una virtud o un defecto de nuestro ordenamiento, es que obedecen a garantías que pretenden reducir el nivel o grado de error que puede tener una decisión, lo cual permite las leyes de idoneidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en sentido estricto, como garantías de control de la arbitrariedad, pues, a nuestro criterio no existe decisiones portadoras de la verdad legal, sino decisiones perfectibles que reducen en lo máximo el nivel de falibilidad de una decisión, y eso es lo que permite el test de la ponderación, alcanzar un equilibrio razonable de una decisión; por lo que, en el momento actual del avance de nuestra cultura jurídica peruana, estimamos que el test de ponderación, al servir como herramienta de racionalidad de las decisiones, comporta una alternativa idónea y óptima para la forja de nuestra jurisprudencia nacional.

Referencias bibliográficas

- Alexy, Robert. (1994). *Concepto y Validez del Derecho*. Alemania. Editorial Gedisa,
- Alexy, Robert. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1ra edición.
- Bernal Pulido, Carlos. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- Castillo-Córdova, Luis. (2005). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano. Lima – Perú. Revista Peruana de Derecho Público.
- Dworkin, Ronald. (1990). El derecho en serio. 2da edición. España.
- Fernández Nieto, Josefa. (2008). Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: Una perspectiva desde el Derecho Público Común Europeo, Madrid,
- Manuel Atienza. (1997). Los límites de la interpretación constitucional, Revista española de derecho constitucional. España,
- Manuel Atienza. (1989). Sobre las razones del derecho. Revista española de derecho constitucional. España.
- Manuel Atienza. (1991). Las razones del derecho, teoría de la argumentación jurídica. Centro de estudios constitucionales, España, Madrid.
- Peces Barba, Gregorio. (1999). Curso de derechos fundamentales. Teoría general, Madrid, Universidad Carlos-III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- Rubio Correa, Marcial. (2005). La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial.
- Sapag, Mariano A. (2008), “El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del estado”.
- Sanchís., I. Prieto. (2002). Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores.
- Troper, Michael. (1996) “La noción de principio supraconstitucional. Análisis y derecho”. Revista de Derecho de la Universidad de Génova. Italia.

EXPEDIENTES:

- Expediente N° 06712-2005-PHC/TC
- Expediente N° 0010-2000-AI/TC
- Expediente N° 050-2004-AI/TC
- Expediente N° 1803-2004-AA/TC
- Expediente N° 2192-2004-AA/TC
- Expediente N° 045-2004-AI/TC
- Expediente N° 0007-2006-PI/TC.
- Expediente N° 0050-2004-AI/TC
- Expediente N° 06712-2005-PHC/TC
- Expediente N° 2915-2004-HC/TC

Notas al final

1 Fiscal Superior de la Cuarta Fiscalía Superior Penal de Ayacucho. Magister en técnicas especiales de litigación oral, por la Universidad de California Western School Of Law EE.UU. Actualmente viene realizando estudios de doctorado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Correo electrónico: nerio.callanaupa@unmsm.edu.pe.

2 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob. cit., Pág. 89.