

70

Fecha de presentación: noviembre, 2022

Fecha de aceptación: enero, 2023

Fecha de publicación: marzo, 2023

PRINCIPIO

DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA

PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN PERUVIAN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

Eddy Erik Mamani Condori¹

E-mail: eemamani@epg.unap.edu.pe

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4433-8957>

José Domingo Choquehuanca Calcina²

E-mail: jchoquehuanca2456@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3846-9034>

Félix Cristóbal Ochatoma Paravicino²

E-mail: feochatoma87@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8769-0651>

Flor de María Humpiri Núñez²

E-mail: florxhiita@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5533-3433>

¹ Instituto Peruano de Producción Intelectual Puno. Perú.

² Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez. Puno. Perú.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Mamani Condori, E. E., Choquehuanca Calcina, J. D., Ochatoma Paravicino, F. C & Humpiri Núñez, F. M (2023). Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia constitucional peruana. *Revista Universidad y Sociedad*, 15(2), 675-684.

RESUMEN

El sistema jurídico del Perú, se asienta en aportes doctrinarios sobre la Constitución, estado de derecho, democracia, derechos fundamentales, reglas y principios jurídicos. El Tribunal Constitucional peruano, es el máximo intérprete de la Constitución, garante del principio de supremacía constitucional, y custodia de la eficacia de la Carta Magna; sin embargo, han surgido debates relativos a la eficacia de la jurisprudencia constitucional, acerca de la interpretación, y la aplicación del principio de proporcionalidad a través del mecanismo jurídico del test de ponderación. El presente trabajo tiene el objetivo de analizar el desarrollo teórico de reglas y principios, (especialmente el principio de proporcionalidad), de uso frecuente para zanjar conflictos y solucionar controversias de derechos fundamentales, a partir de la jurisprudencia de este Tribunal, mediante una investigación de diseño cualitativo, de tipo descriptivo y el empleo de varios métodos para analizar las relaciones, e interpretaciones esenciales en la doctrina internacional y la jurisprudencia constitucional peruana. Como resultado, se concluye que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, deja claro que el principio de proporcionalidad, constituye un mecanismo de control, y que el test de ponderación, es una importante herramienta para la interpretación, la evaluación de casos concretos y la argumentación de las sentencias correspondientes.

Palabras clave: Principio de proporcionalidad, jurisprudencia, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The legal system of Peru is based on doctrinal contributions on the Constitution, rule of law, democracy, fundamental rights, rules and legal principles. The Peruvian Constitutional Court is the highest interpreter of the Constitution, guarantor of the principle of constitutional supremacy, and custody of the effectiveness of the Magna Carta; however, debates have arisen regarding the effectiveness of constitutional jurisprudence, about the interpretation, and the application of the principle of proportionality through the legal mechanism of the weighting test. The present work has the objective of analyzing the theoretical development of rules and principles, (especially the principle of proportionality), frequently used to settle conflicts and solve controversies of fundamental rights, based on the jurisprudence of this Court, through an investigation of qualitative, descriptive design and the use of various methods to analyze the relationships, and essential interpretations in the international doctrine and the Peruvian constitutional jurisprudence. As a result, it is concluded that the jurisprudence of the Constitutional Court makes it clear that the principle of proportionality constitutes a control mechanism, and that the weighting test is an important tool for the interpretation, the evaluation of specific cases and the argumentation of the corresponding sentences.

Keywords: Principle of proportionality, jurisprudence, fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

El tema de la vinculación de los principios y las fuentes del Derecho en el marco de la Constitución Política del Perú, ha sido argumento recurrente entre juristas, quienes desde las perspectivas de la construcción doctrinaria de reglas y principios (particularmente el principio de proporcionalidad), debaten acerca de cómo evaluar su aplicación, especialmente cuando son materia de controversias ante el órgano jurisdiccional competente.

La legislación peruana, Ver Artículo 1, Ley 28301, establece que el Tribunal Constitucional, es el órgano jurisdiccional competente para dirimir las cuestiones relativas a la interpretación de las normas jurídicas, a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad y la evaluación de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (en sus acepciones amplia y estrecha), a través del mecanismo jurídico del test de ponderación, que disminuye la subjetividad de los magistrados a la hora de evaluar un caso concreto.

El Tribunal Constitucional peruano, está considerado el máximo intérprete de la Constitución, garante del principio de supremacía constitucional, y custodia de la eficacia de la Carta Magna a partir del control constitucional. Parte importante de esta función es velar por la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, compatibles con el estado de derecho y la democracia.

También como máximo órgano intérprete, puede declarar la no aplicabilidad de la norma o contrario *censu*, a partir de una estricta argumentación y justificación que, en su caso, conforman la jurisprudencia, en apoyo a la toma de decisiones y apelando al principio de proporcionalidad.

A sabiendas que el aporte doctrinario sobre la Constitución, estado de derecho, democracia, derechos fundamentales, reglas y principios jurídicos ha permitido estructurar el sistema jurídico del país, se realiza el análisis de estos y otros temas relacionados, a fin de diferenciar el peso del principio de proporcionalidad, respecto a otros principios, así como su utilidad como un instrumento para el Tribunal Constitucional.

Por tanto, el objetivo de este trabajo es explicar el desarrollo teórico de reglas y principios, (especialmente el principio de proporcionalidad), de uso frecuente para zanjar conflictos y solucionar controversias de derechos fundamentales, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

MATERIALES Y MÉTODOS

Para alcanzar el objetivo propuesto, el presente estudio parte de un diseño cualitativo, de tipo descriptivo y el

empleo de métodos del nivel teórico como el Histórico-lógico para analizar las relaciones interpretaciones esenciales enmarcadas en el contexto nacional e internacional. El Analítico-Sintético para el análisis y la síntesis de la bibliografía sobre la Constitución, estado de derecho, democracia, derechos fundamentales, reglas y principios jurídicos, además de 7 resoluciones del Tribunal Constitucional que hacen mención al principio de proporcionalidad; así como el Inductivo-deductivo para la inducción de aspectos que permiten ir de lo general a lo particular en la deducción de los elementos encontrados durante el proceso de investigación y que sirven de apoyo para lograr dicho objetivo.

Constitución, estado de derecho y democracia

No es posible referirse a la Constitución, sin antes mencionar al derecho constitucional, considerado por muchos la más importante rama del derecho, que actúa como rectora y guía de las demás, al agrupar las normas jurídicas que establecen los fundamentos de la estructura de la sociedad y del Estado, los principios organizacionales, objetivos, tareas fundamentales y el curso de las políticas del Estado, así como los principios que regulan las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos (Martín, 2002; Montoya, 2020); entre otros aspectos básicos referendados en la Constitución (Hart H., 1998; Arnold, et al., 2012; De Fazio, 2019).

Entonces, la Constitución constituye la principal fuente del derecho constitucional que ha tratado de ser definida como conjunto de normas que regulan el sistema de gobierno de un determinado país, conjunto de principios que rigen la organización de las instituciones del Estado, entre otras (De Fazio, 2019; Monge, 2021).

En este sentido, la Constitución Política del Perú, establece la jerarquía de las normas del sistema jurídico, pues no son consideradas iguales, según el artículo 51 señala la prevalencia de la norma superior sobre la inferior. Así mismo, en el artículo 102 referente a la función legislativa del Congreso, cuyas leyes y resoluciones, según el artículo 106, poseen categoría orgánica normativa; sin embargo, en su artículo 200, inciso 4, queda claro el principio de supremacía de la Constitución, cuando expresa que una norma contraria a la Carta Magna, puede ser derogada, mediante acción de inconstitucionalidad.

Desde una perspectiva dialéctica y actual, se puede decir que la Constitución es un instrumento jurídico que reviste la forma y la fuente principal del derecho de estado, habida cuenta que el Estado genera todas las normas, en base a la Constitución como fuente que permea de legalidad al resto de las leyes (De Fazio, 2019; Monge, 2021).

Según el mismo autor, la Constitución es un documento de relevancia política y jurídica para cualquier Estado moderno, ya que legaliza el sistema de relaciones políticas y económicas, los principios de la organización del Estado, el sistema orgánico o institucional de poder, la forma del Estado y su estructura territorial, los mecanismos para ejercitar el poder y otros aspectos básicos, de los cuales se deriva que indistintamente se le denomine como: Ley de Leyes, Carta Magna, Ley Fundamental (La Torre, 2020).

Desde el punto de vista sociológico, se considera la Constitución como un fenómeno social, de carácter complejo y objetivo, que determina las bases económicas y sociales del Estado, los principios fundamentales de organización de la sociedad y el Estado; los derechos fundamentales y deberes de los ciudadanos, entre otros aspectos que, dada su complejidad, posee varios enfoques que van desde el normativismo al pragmatismo político, sin dejar de reconocer que en esencia, constituye tanto expresión normativa, como expresión de poder (Hart H., 1998; Arnold, et al., 2012; De Fazio, 2019).

Con este enfoque ecléctico, la vigente Constitución Política del Perú que data del año 1993, reconoce el principio de supremacía de la Carta Magna por encima del resto de las leyes y la sitúa en la cima del ordenamiento jurídico peruano, atendiendo a su contenido y funciones, la superioridad del órgano constituyente y las ideas formales del pensamiento iusfilosófico del normativismo jurídico, atribuidas a Kelsen.

Conforme a este ideario, la Constitución tiene diferentes funciones que resaltan su relevancia social y jurídica, entre estas:

- Función política: esta es la más importante de las funciones, pues en ella se resumen el resto. Por medio de la Constitución se regula el ejercicio del poder, se establece quienes lo ejercitan y a través de qué órganos.
- Función jurídica: la Constitución es el núcleo del ordenamiento jurídico, como norma jurídica suprema establece principios fundamentales para todas las ramas del Derecho.
- Función organizativa: define la estructura del Estado, su jerarquía y el sistema de relaciones existentes entre los órganos e instituciones estatales, así como entre estos y los ciudadanos.
- Función legitimadora: el Estado se legitima a sí mismo, por medio de los mecanismos establecidos en la Constitución, sobrentendidos como actos jurídicos apegados al estado de derecho y a los principios de la democracia.

En la Constitución peruana (como en otras de América Latina y el mundo), se entremezclan conceptos y valoraciones respecto al estado de derecho, la democracia, los derechos fundamentales y otras concepciones que enlazan la teoría constitucional con la teoría del Estado, para tratar de solventar complejos problemas desde la perspectiva filosófica, jurídica y social (Atienza & Ruiz, 1991; Monge, 2021).

Un importante elemento teórico-conceptual de alcance práctico, es el problema de estado de derecho, que refleja la evolución histórica de las ideas y acontecimientos desde el período de la Ilustración (marcado por las contradicciones del pensamiento de Rosseau y Montesquieu sobre temas como el poder, su ejercicio y límites, la democracia, la ley etc.), hasta arribar a la formulación actual, que considera como estados de derecho, a aquellos estados que ejercen su poder dentro de los límites que supone no violar los derechos fundamentales de la persona y actuar con apego a las normas de derecho establecidas (Hart H., 1998;

El estado de derecho, puede ser interpretado como un principio medular de la actuación del Estado, que, en esencia, consiste en subordinar las decisiones y acciones estatales la Ley (encabezada por la Constitución), y que debe primar en las acciones del resto de los órganos e instituciones estatales, las organizaciones políticas y sociales, así como a toda la ciudadanía.

Otro elemento teórico-conceptual medular por su alcance práctico es la idea que todo estado de derecho debe ser democrático per se, donde se considera la democracia, como una cualidad intrínseca que define las características esenciales de las relaciones sociales, en los ámbitos político, económico y cultural (Hart H., 1998; De Fazio, 2019; Pérez & Cabrejo, 2021).

La democracia, como cualidad definitoria de las características esenciales del complejo de relaciones sociales de una sociedad dada, ha transitado por diversos modelos desde la democracia clásica de las antiguas civilizaciones griega y romana, hasta las más actuales elaboraciones de democracia desarrollista, democracia protectora y la extendida democracia representativa, que sucintamente hace alusión a que el clásico "gobierno del pueblo" se ejerza a través de representantes elegidos por este (Hart H., 1998; Monge, 2021).

También se relaciona con conceptos como legitimidad y gobernabilidad, que se establece a partir de la instauración del poder por medio de los mecanismos establecidos y su validación continua a través de una gestión eficaz y eficiente que responda a las crecientes necesidades de la sociedad, en sentido general (Martín, 2020).

Estado de derecho y democracia, son dos constructos teóricos estrechamente relacionados, al punto que generalmente se acepta que todo estado de derecho debe ser democrático, o sea, la existencia de una verdadera democracia, implica la existencia del estado de derecho (Montoya, (2020); y que la ausencia de este socava la legitimidad del Estado y pone en duda el sistema de relaciones entre este y sus ciudadanos, especialmente en lo que concierne al respeto a los derechos fundamentales (Atienza & Ruiz, 1991; De Fazio, 2019; Monge, 2021).

Los derechos fundamentales

Cualquier discusión teórica sobre los derechos fundamentales, debe tomar en cuenta circunstancias como el momento histórico y los intereses políticos y axiológicos, para tratar de definir las características y el alcance de las complejas y dinámicas relaciones que se establecen entre la persona como ser individual y la sociedad, como ente colectivo (De Fazio, 2019; Monge, 2021).

Como parte importante de la sociedad, la forma del Estado y su orientación socio-política, está en dependencia de la forma en que están concebidas y estructuradas las relaciones entre las personas, los grupos sociales, y la sociedad con el Estado, así como las relaciones entre las personas, los grupos sociales y la sociedad (Montoya, 2020; La Torre, 2020).

De ahí que, desde la perspectiva constitucional, cuando se analiza la temática de los derechos, sea posible hallar términos como: derechos constitucionales, derechos humanos y derechos fundamentales (Monge, 2021); y otras acepciones, en dependencia del enfoque de que se trate, por ejemplo:

- Enfocados en el contenido de los derechos: civiles, económicos, políticos y sociales.
- Enfocados en el ámbito de su ejercicio: derechos de ámbito personal y derechos de ámbito público.
- Enfocados en el proceso histórico evolutivo: derechos de primera, segunda y tercera generación.
- Enfocados en el sujeto titular de derechos: derechos individuales y colectivos.
- Enfocados en el modo de ejercitarlo: derechos de autonomía, de participación, de prestación, etc.

A los efectos del presente trabajo, se ha de decir que la teoría de los derechos fundamentales tuvo acogida por diversos filósofos que desarrollaron y distinguieron las normas entre principio y reglas, las tesis planteadas por cada autor se diferencian por el tipo de argumento, De

Fazio (2019); identifica las tesis fuertes y las débiles, en este sentido, destaca que las tesis débiles en su conjunto, afirma la existencia de diferencias entre principios y reglas a diferentes niveles; en cambio, las tesis fuertes no establecen diferencias sustanciales entre principios y reglas. A continuación, se sintetizan los pensamientos más discutidos sobre principios y reglas.

- **Teoría de Herbert Hart:** exponente de la filosofía de Derecho del siglo XX, destaca en el positivismo jurídico contemporáneo, según Hart (1998); las reglas confieren facultades legislativas, que definen la forma de las normas jurídica, que pueden ser reformuladas para representar la especificidad de ciertas condiciones comunes. En el V Capítulo titulado: El derecho como una unión de reglas primarias y secundarias, indica "Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas..." (Hart, 1998, p. 101); asimismo, considera que las reglas de primer tipo (primarias), implican un movimiento y son aquellas que establecen derechos y deberes, las de segundo tipo (secundarias), prevén actos que permiten la modificación de los poderes y potestades, establecidos en las reglas primarias. Las reglas primarias son órdenes o mandatos que se encuentran respaldados por una amenaza de sanción, mientras que las reglas secundarias funcionan por un mecanismo que se encuentra dividido en tres momentos fundamentales: a) reconocimiento de las reglas primarias, b) facultad de introducir cambios o modificaciones, y c) facultad de autorización a sujetos privados o públicos. De acuerdo a Caracciolo (1991); el planteamiento de Hart, representa la integración creativa de las tesis sobre las reglas de reconocimiento y los postulados kelsenianos sobre las normas básicas para explicar los criterios de validez jurídica de las relaciones entre persona y Estado para ejercitar los derechos fundamentales, donde "...la existencia de un sistema jurídico depende de la utilización de criterios de validez jurídica" (Caracciolo 1991, p. 295).
- **La teoría de Dworkin:** este investigador, diferencia los principios de las normas, una norma puede ser obligatoria y su aceptación es mediante la conducta, también esta puede llegar a ser obligatoria de manera muy diferente, en ese sentido acorde a Hart distingue que una norma puede ser aceptada y válida; sin embargo, el término principio se refiere a todo "el conjunto de los estándares que no son normas" (Dworkin, 1989, p. 72). Asimismo, este autor establece que existe una distinción para el principio y norma mediante la lógica, ya que ambas apuntan a decisiones referentes la obligación jurídica, así también una norma jurídica puede

tener excepciones; por otro lado, un principio enuncia una razón en una sola dirección, también puede haber principios que apuntan en dirección contraria. Los principios poseen una dimensión, un peso o importancia, cuando los principios interfieren o colisionan se resuelve acorde al peso relativo de cada uno, regla que se traslada al ámbito de las normas jurídicas, por ello se aplica la misma condición de dar validez a las normas con mayor peso, siguiendo las regulaciones establecidas por el propio sistema jurídico. La argumentación de Dworkin sobre el principio y reglas, enuncia de la siguiente forma:

- El derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos.
 - El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de “derecho”, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parece apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”.
 - Decir que alguien tiene una “obligación jurídica” equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga. (Dworkin, 1989, pp. 65-66).
- **La teoría de Robert Alexy:** en cuanto a normas y principios, Alexy (1993) argumenta que existe una distinción para la teoría de los derechos fundamentales entre reglas y principios, puesto que esta distinción constituye un punto de partida a la racionalidad. Por otro lado, indica los criterios para la distinción entre reglas y principios, “...a menudo no se contraponen regla y principio sino norma y principio o norma máxima. Aquí las reglas y principios serán resumidos bajo el concepto de norma...” (Alexy, 1993, p. 83); el jurista añade que, acorde al criterio podría generalizarse en que la primera norma podría ser principio y la segunda como regla, por otra parte, la distinción entre norma creada y desarrollada, además establece tres tesis sobre distinción: la primera distinción entre regla y principio, en el que reza, que todo intento de dividir las normas en dos clases, es vano debido a la pluralidad; la segunda tesis sostiene que puede dividirse de manera relevante de reglas y principios, pero esta solo es de grado, por último que la división en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no solo una diferencia gradual sino cualitativa. También

expresa el punto decisivo de distinción entre reglas y principios, los principios son normas que ordenan; por tanto, son mandatos de optimización; en cuanto a reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no, si es válida debe ser exigida, la regla contiene determinaciones, por ello la distinción entre regla y principio es cualitativa.

- **La teoría de Atienza y Ruiz:** sobre el tratamiento de los principios y reglas en la teoría de los derechos fundamentales, en Atienza & Ruiz (1991); se señala que “estas distinciones de carácter interno, los principios deben distinguirse hacia afuera (externamente) de otras pautas de comportamiento que integran un Derecho” (p. 106). Los principios poseen expresiones desde lo jurídico y también como principios generales del derecho, ambos autores establecen diversos sentidos de principios como: a) principio en sentido de norma muy general, b) redactado en términos particulares vagos, c) como norma programática o directriz, d) como norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico, e) como norma especial importante, f) como norma de elevada jerarquía, g) como norma dirigido a los órganos de aplicación jurídica, por último h) como regula iuris.

En apoyo de los anteriores argumentos doctrinales sobre el tratamiento de los principios y reglas en la teoría de los derechos fundamentales, es necesario apelar a una breve explicación de las fuentes del derecho, su vigencia temporal y espacial, así como su interpretación.

Las fuentes del derecho

De los trabajos de Atienza, y Ruiz (1991); Hart (1998); La Torre (2020) y De Pérez, y Cabrejo (2021); se infiere que las fuentes del derecho, constituyen los métodos y procedimientos de carácter formal por medio de los cuales se concretan las normas jurídicas y se señala su fuerza obligatoria, estas pueden ser clasificadas en: materiales y formales. Entre las principales fuentes formales del derecho, se encuentran:

- La Ley: que, en su más amplio sentido, abarca todas las normas jurídicas aprobadas por las autoridades estatales competentes, son de obligatorio cumplimiento por todas las personas y tienen el objetivo de regular las relaciones sociales para canalizarlas hacia el bien común.
- La costumbre: conjunto de actos o conductas uniformes y reiteradas a través del tiempo y aceptadas por el consentimiento popular (consensus populus).
- Jurisprudencia: iuris prudentia o arte de la argu-

mentación, que como fuente de derechos se basa en la interpretación de los tribunales competentes acerca de la aplicación de la ley. Cuando se crea jurisprudencia, esta se convierte en obligatoria y todos los tribunales inferiores deben acatarla y aplicarla.

- Doctrina: consistente en las opiniones, críticas, y estudios de académicos e investigadores del Derecho, aunque carece de valor legal, ejerce gran influencia, tanto en los legisladores como en los operadores del derecho.
- Principios generales del derecho: constituyen generalizaciones o abstracciones teóricas incorporadas a la propia legislación y tomadas fuentes del derecho natural o del derecho romano.

Estas fuentes han servido de basamento tanto para la construcción teórica del Derecho, como para su construcción práctica y además, tienen importancia a los efectos de determinar la vigencia temporal y espacial de las normas jurídicas, así como su interpretación (Atienza & Ruiz, 1991; Hart, 1998; Pérez & Cabrejo, 2021).

Y es que toda norma jurídica tiene un ámbito temporal de validez, planteándose el problema de su vigencia temporal, cuando una de ellas es modificada o subrogada por otra sin hacer declaración expresa. Entonces, ante el supuesto de derogación o modificación tácitas, corresponde determinar si la nueva ley debe aplicarse: a) a los hechos jurídicos anteriores a ella; b) a los efectos producidos, c) a los efectos posteriores a la fecha de entrada en vigor, y d) solamente a los hechos futuros. En estos casos, pueden ser de aplicación los principios de retroactividad o irretroactividad, aunque generalmente rige el principio: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, es decir, la ley general posterior no deroga la ley especial anterior (Alexy, 1993; La Torre, 2020).

Para la solución de posibles conflictos en la aplicación espacial de las normas jurídicas, es usual aplicar el principio de la territorialidad, por el cual el Derecho rige para todas las personas que se encuentren dentro del territorio estatal (La Torre, 2020).

La necesidad de interpretar surge cuando la norma adquiere un sentido vital, en su fase dinámica, cuando su sentido está enfocado en un caso concreto de la vida real, es decir, al instante de su aplicación, cuando es necesario encontrar su sentido. En algunas oportunidades la determinación del sentido de la norma se deduce del análisis de la hipótesis jurídica planteada por el legislador, pero existen muchas disposiciones legales sumamente complejas, obscuras, insuficientes y hasta formuladas

defectuosamente, que necesitan una labor de análisis para ser aplicada a los casos concretos de la vida real.

En tales circunstancias, se apelan a las fuentes del Derecho para lograr un verdadero y exacto conocimiento de la norma jurídica, proceso donde es imprescindible atender a la base real de la norma, las relaciones humanas que pretende regular, las posiciones doctrinales, la jurisprudencia y los principios del derecho, entre ellos el principio de proporcionalidad, unos de los más importantes pues no puede concebirse un orden jurídico que carezca de ella (Arnold, et al. 2012; La Torre, 2020).

Principio de proporcionalidad

Vale ratificar que el ordenamiento jurídico del Perú, instaura el Tribunal Constitucional, como órgano jurisdiccional supremo para dirimir las disputas o desacuerdos surgidos en durante la aplicación de la legalidad, especialmente el principio de proporcionalidad (Arnold, et al., 2012).

Las ideas acerca de la proporcionalidad, surgen en los Estados Unidos entre 1882 y 1914, período en el que se desarrollan procesos encaminados a equilibrar el ejercicio del poder público, frente a los derechos fundamentales de las personas, fue iniciado y desarrollado por la jurisdicción administrativa, encargada entonces de racionalizar las relaciones entre el poder público y los ciudadanos. A pesar del que Estados Unidos poseía un soporte para la protección de los derechos de las personas, aún no existía una base sólida para limitar la acción de los órganos e instituciones estatales donde “la proporcionalidad pasó a transformarse en un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales” (Ignacio & Zúñiga, 2012, p. 68).

Según Sapag (2008); las leyes deben guardar razonabilidad y/o proporcionalidad, para el autor, la razonabilidad comprende una garantía constitucional frente al Estado punitivo, donde la razonabilidad del derecho tiene como finalidad la verdad y la justicia. Sin embargo, la razonabilidad, se enfrenta a una dicotomía entre el Estado y el Derecho, expresada porque es el Estado quien implementa las leyes que componen el sistema de justicia penal, y por otro lado, la Constitución, mediante su función organizativa, tiende a garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales.

De esa dicotomía, se deduce la necesidad de sancionar y sin vulnerar los derechos, de lo cual emergen garantías de control, como las que permiten al tribunal evaluar la validez de la normatividad, en uso de la ponderación, mecanismo que permite garantizar los derechos a través de la racionalidad (Arnold, et al., 2012).

Para este autor, la proporcionalidad, exige la gradualidad en la intensidad de la sanción, que requiere cierta limitación al exceso, mediante la concurrencia de tres sub principios: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad concurre con otros principios para su cumplimiento, por tanto, para satisfacer la aplicación de la medida de forma lícita es necesaria la presencia de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, "sub principios" que se explican a continuación:

- **Sub principio de idoneidad:** también es considerado como adecuación, ajusta la medida limitativa acorde al fin perseguido, con el límite al derecho fundamental (Ignacio & Zúñiga, 2012). Asimismo, esta exige la identificación de un fin de relevancia constitucional en la medida regitativa que limita un derecho fundamental, siendo válida solo ante la protección de un bien jurídico de relevancia constitucional y tipifica conductas que lesionen realmente o ponga en situación de peligro tales bienes jurídicos (Arnold, et al., 2012). En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Exp. N° 0012-2006-PI/TC, 2006, fundamento 32, indica que "la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez determinado tal fin, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin". El Estado protege un bien jurídico meritoriamente acorde a la relevancia constitucional. Del caso, el Tribunal Constitucional considera sobre el principio de idoneidad, la identificación de un fin de relevancia constitucional, luego de determinar, el Tribunal verifica si la medida legislativa es idónea, esto es, el bien jurídico que se pretende proteger.

La medida de restricción debe ser fundamentada para justificar la limitación de derecho. En la investigación de Castillo (2005); sobre la idoneidad, se establecen dos exigencias: la primera que tenga un fin constitucional permitido y socialmente relevante, y la segunda la medida se adecuada para el logro de ese fin, por ello, el Tribunal Constitucional ha aplicado más de una vez el principio de idoneidad para proporcionar una medida, en el test de proporcionalidad como primer juicio se formula la idoneidad, así como la legitimidad del fin y por ultimo si alcanza la finalidad perseguida. También se propone dos versiones sobre la idoneidad, versión fuerte o de sentido amplio y versión débil o sentido estricto, siendo la diferencia en que un medio puede ser idóneo en diversos grados para alcanzar un fin fundamental (Ignacio & Zúñiga, 2012). La idoneidad consta de dos elementos, la primera alude a la ley tenga un fin constitucional y que la afectación sea adecuada para perseguir el fin (Arnold, et al., 2012); así el principio de idoneidad permite a que los derechos fundamentales tengan eficacia.

- **Sub principio de necesidad:** siguiendo a (Ignacio & Zúñiga, 2012); "la medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido, de que no debe existir otro medio menos oneroso para lograrlo" (p. 184). Ante la superación de la idoneidad es necesario que supere el siguiente juicio de necesidad, también es denominado como juicio de indispensabilidad, consiste "en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces" (Castillo, 2005, p. 12). Su realización es para lograr la finalidad perseguida, para la jurisprudencia este sub principio, en materia de Derecho Penal indica que:

"debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que, por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables, constituye una de las contribuciones fundamentales de la filosofía de la ilustración ya referida" Exp. N° 0012-2006-PI/TC, 2006, fundamento 32.

Se considera para este principio no debe presentarse otra medida alterna o recurso para imitar el derecho a la libertad de la persona. También cabe añadir que la medida no solo debe ser idónea material y funcional limitar derechos, además debe imponer medidas restrictivas, solo para elegir la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar la finalidad (Ignacio & Zúñiga, 2012). Esto implica que la necesidad obliga a que se adopten diversas alternativas y la discrecionalidad.

- **Sub principio de proporcionalidad:** en sentido estricto, comprende aquella ventaja que se obtiene a partir de los derechos fundamentales, las cuales deben compensar los sacrificios que esta para sus titulares, puesto que se trata de comparar entre la importancia del derecho fundamental y la realización del fin (Arnold, et al., 2012). Según Ignacio & Zúñiga (2012); existe un criterio que se traduce en la necesidad de reprobado el daño que era real y efectivo, y no solo una sospecha o presunción, en otras palabras, hubo un riesgo cierto y actual y que desea proteger con el límite impuesto al derecho fundamental. En materia de jurisprudencia se ha decidido que este expresa dos intensidades:

"Aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de modo tal que el primero de estos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda" Exp. N° 0012-2006-PI/TC, 2006, fundamento 32.

Para Castillo (2005); este sub principio se asienta en dos cuestiones: la primera referida a lo razonable, puesto que la medida que afecta un derecho y supere el juicio de idoneidad y necesidad, también requiere superar el juicio de proporcionalidad, lo cual exige que deba tener una **relación razonable** con el fin; es decir debe existir un equilibrio entre las ventajas y las desventajas; la segunda supone el juicio complementario, acorde a la **relación razonable** se debe llegar a admitir que a mayor beneficio (ventaja) se permita mayor costo (desventaja).

Sin embargo, en otra sentencia del tribunal, Exp. N° 0050-2004-AI/Tribunal Constitucional, fundamentos 25 a 34, se establece el principio de proporcionalidad **strictu sensu**, “debe analizar si la realización del fin perseguido es proporcional a la intervención del legislador en el derecho fundamental”.

Según palabras de Pérez & Cabrejo (2021); ante una probable colisión entre normas y principios del Derecho, la ponderación sopesará ambos y dará pie a una decisión racional, esto implica a que los derechos y principios no son absolutos en un estado de derecho.

Estos autores consideran que mediante la proporcionalidad se optimiza el significado de los derechos; desde esta posición, creen que los conflictos entre principios y derechos se generan a partir de la aplicación de normas al caso, donde dos normas pueden ser incompatibles y sostienen que el Tribunal Constitucional u otros tribunales de menor jerarquía, pueden resolver tal conflicto mediante la técnica jurídica de ponderación.

Siguiendo a Pérez & Cabrejo (2021); este principio pasó a convertirse en una herramienta esencial para los tribunales de Perú y de América Latina, centrándose en prohibir aquellas acciones derivadas del poder ejecutivo, en el sentido de limitar dichas acciones a fin de proteger los derechos fundamentales, asimismo los derechos poseen doble dimensión subjetiva (exige al Estado cumplir con determinadas prestaciones) y objetiva (son elementos consecutivos y legitimador de todo ordenamiento jurídico) lo cual fue reconocido en la correspondiente Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 3330-2004-AA.

El principio de proporcionalidad ha sido estudiado por el Tribunal Constitucional, para la solución de conflictos o controversias de derechos fundamentales que han implicado a diversas materias del Derecho, mediante el uso de un test de ponderación, que facilita a sus magistrados pronunciar sentencias que hacen parte de la jurisprudencia de este tribunal. Así, a partir de su atribución interpretativa constitucional ha establecido la técnica jurídica del test de ponderación, para evitar la arbitrariedad en las decisiones de tribunales de menor jerarquía, de esta

forma el uso de la racionalidad abarca la proporcionalidad (Ignacio & Zúñiga, 2012).

Esta técnica jurídica, se ha establecido con apego al artículo 200 de la Constitución Política peruana, que en su último párrafo establece “el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo”, en consonancia, el Tribunal Constitucional ha emitido Sentencia que determina el principio de proporcionalidad como “un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho” Ver Exp. N° 0010-2000-AI/Tribunal Constitucional, fundamento 138. En ese sentido, el principio establece si una exigencia u orden se encuentra acorde al valor de la justicia.

El uso de la proporcionalidad en el mismo tribunal, expresa que se ha considerado como un mecanismo jurídico que permite el control de actos. Exp. N° 00012-2006-AI/Tribunal Constitucional, fundamento 31. Es así, el Tribunal requiere examinar adecuadamente un principio o derecho que colisiona acorde a los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Sapag, 2008; Pérez & Cabrejo, 2021).

Desde este punto de vista, los autores de este trabajo pueden indicar que la idoneidad implica que el derecho sea correcto y adecuado para contribuir a la obtención de un fin legítimo, la necesidad refiere para que sea correcto, es necesario que esta sea la más benigna (que su afectación sea menor) de las posibles medidas; por último, la proporcionalidad se justifica por la importancia de la intervención de la autoridad para satisfacer otro derecho. Esto permite que los actos que están siendo examinados a partir de la proporcionalidad, tengan intervención racional del tribunal, lo cual permite garantizar derechos fundamentales ante la ausencia normativa en el sistema jurídico.

También se determina la naturaleza del principio de proporcionalidad como un mecanismo de control, ante la existencia de una medida desproporcional procedente del Estado, que afecte lo derechos fundamentales o el bien constitucional. Ver Exp. N° 0012-2006-PI/Tribunal Constitucional, fundamento 32.

En el caso de acción de amparo, el Tribunal Constitucional desarrolla el principio de proporcionalidad en donde se precisa en primer lugar la razonabilidad como aquel acto estatal: “...debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran; así, la jurisprudencia exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél”.

Respecto a la proporcionalidad, se considera "...exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho causante del acto estatal". Exp. N° 0090-2004-AA/Tribunal Constitucional, fundamento 35.

En ese sentido, el principio de proporcionalidad viene a constituirse como tema en la Constitución como elemento de garantía a partir del control constitucional sobre las decisiones de otros órganos del Estado, con apego a los sub principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos (Ignacio & Zúñiga, 2012; Pérez & Cabrejo (2021).

Según estos últimos autores, el principio de proporcionalidad como elemento de garantía y control constitucional, se observa a partir de dos sentencias: Exp. N° 0003-2008-PI/ Tribunal Constitucional y en relación a Sentencias N° 0027-2006-AI, y N° 0004-2006-PI del tribunal sobre el test de proporcionalidad, se considera procedente su aplicación a través de seis pasos: verificación de la diferenciación legislativa (juicio de racionalidad); determinación del nivel de intensidad de la intervención en la igualdad; verificación de la existencia de un fin constitucional en la diferenciación; examen de idoneidad; examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto.

Por consiguiente, como se indicó en párrafos anteriores la estructura de esta herramienta de valoración jurídica está constituida por: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. La decisión de optimización es cuando las medidas consideradas sean adecuadas o eficaces para el fin perseguido, siempre en cuanto que no existan otros medios que permitan obtener lo mismo con menores riesgos y/o lesiones (Sapag, 2008; Arnold, et al., 2012; Pérez & Cabrejo, 2021).

CONCLUSIONES

El principio de proporcionalidad se aplica por el Tribunal Constitucional, mediante el uso del llamado test de ponderación, para emitir sentencias que hacen parte de la jurisprudencia de este tribunal en la solución de conflictos o controversias de derechos fundamentales que implican a diversas materias del Derecho. De modo que el test de ponderación, deviene importante herramienta jurídica para una correcta interpretación de los principios que deben de ser sopesados y la argumentación de las sentencias correspondientes.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece que el principio de proporcionalidad, constituye un mecanismo de control, cuando la existencia de una medida

desproporcional por parte del Estado afecte los derechos fundamentales o el bien constitucional. Este principio viene a constituirse como elemento de garantía, pues el Tribunal opta por el control, al concluir que a partir del control constitucional la decisión debe poseer los sub principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos.

El Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias estableció en materia de jurisprudencia, la importancia del principio de proporcionalidad y su interpretación, en donde demuestra establecer la fuente normativa (estructura normativa) con la finalidad de jerarquizar las normas, además ha posicionado la razonabilidad como la verdad y justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M., y Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 10, 101-121.
- Arnold, R., Martínez, J.I. y Zúñiga, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Estudios Constitucionales*. 10(1), 65-116.
- Caracciolo, R. (1991). Sistema jurídico y regla de reconocimiento. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. 9, 295-306.
- Castillo, L. (2005). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. [Tesis de Grado Licenciado en Derecho]. Universidad de Piura.
- De Fazio, F. (2019). Teoría de los principios: Fortalezas y debilidades. *Derecho PUCP*. 83, 305-327.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. (2a ed.). Editorial Ariel.
- Hart, H. (1998). *El concepto de derecho*. Ed. Abeledo-Perrot.
- Ignacio, R., y Zúñiga, F. (2012). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional. *Estudios constitucionales*. 10(1), 65-116.
- La Torre, M. (2020). *Derecho y Conceptos del Derecho. Tendencias Evolutivas desde una perspectiva europea*. Ed. Instituto Universitario Europeo.
- Ley 28301 de 2021. Orgánica del Tribunal Constitucional. Julio de 2021. D. O No. 28301

- Monge, G. (2021). Tratamiento de los deberes constitucionales de la persona en el Perú: Una introducción. *Forseti*. 9(13), 46-62.
- Martín, A. (2020). Pleyers, G. (2019): Movimientos sociales en el siglo XXI. Perspectivas y herramientas analíticas. *Política y Sociedad*. 57(1), 289-291.
- Montoya, R.S. (2020). Bioética, derecho a la salud y virtudes judiciales: dilemas e interrogantes giratorias sobre el COVID-19. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. 4(5), 95-109.
- Pérez, O., y Cabrejo, J.R. (2021). Principios de proporcionalidad y razonabilidad en la individualización fundamentación en la sentencia penal. *Revista Ciencia y Tecnología*. 17(2), 63-70.
- Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado. Un estudio comparado. *Dikaion*. 22(17), 157-198.