

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



**Programa de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y
Constitucionalismo en América Latina**

**TITULO: El test de proporcionalidad y el peligro de su aplicación por el Tribunal
Constitucional Peruano**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derechos
Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina**

Autor: Milagros Alexandra Salvatierra Castro

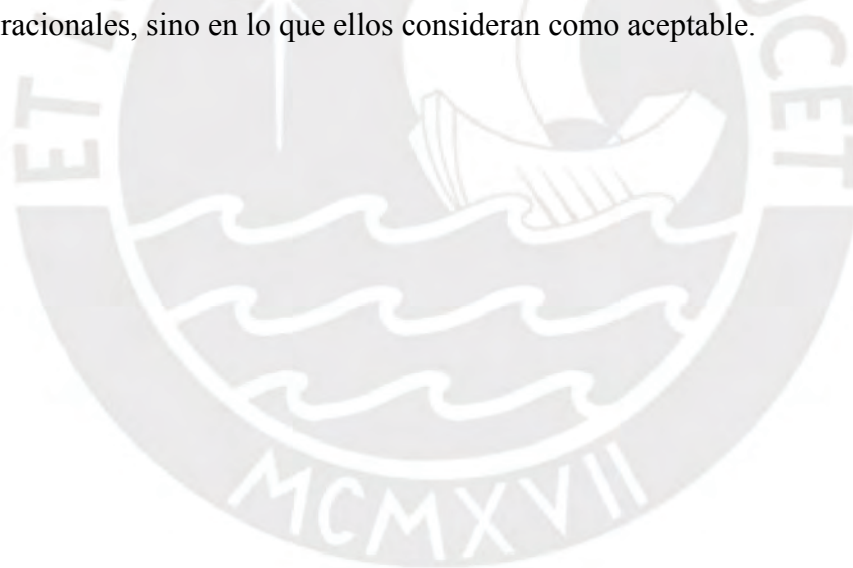
Asesor: Ernesto Aguinaga

Código de alumno: 20100599

2017

RESUMEN

El presente trabajo de investigación pretende analizar brevemente los peligros de la aplicación del principio de proporcionalidad que existen actualmente, los cuales – al parecer – no han sido tomados en cuenta por el Tribunal Constitucional peruano al momento de utilizarlo en los diferentes casos que llegan a dicha institución. La primera parte aborda la teoría, la estructura y los subprincipios que integran al principio de proporcionalidad. En la parte final, se desarrollan los peligros y/o críticas existentes en contra de la aplicación de dicho principio; y, asimismo, un caso específico que llegó al Tribunal Constitucional peruano, que quizás no fue resuelto de la manera más racional y objetiva posible, que desde su publicación hasta el día de hoy genera comentarios negativos. Se concluye que si bien el principio de proporcionalidad es – hoy en día - el principal instrumento con el que cuenta el operador jurídico para determinar si la actuación no es arbitraria o irracional, se advierte que los jueces constitucionales no se encuentran en la capacidad para aplicar de manera eficiente el principio de proporcionalidad, pues ajustan los criterios exigidos por éste principio a la subjetividad de cada uno, con lo cual, podemos decir, que no se basan en argumentos jurídicos ni objetivo o racionales, sino en lo que ellos consideran como aceptable.



1. Introducción

La presente investigación abordará el origen, desarrollo y significado del principio de proporcionalidad y su evolución en la aplicación por parte del Tribunal Constitucional peruano que ha venido formando los lineamientos jurisprudenciales tomando como referencia diferentes casos emblemáticos.

Es de conocimiento que el modo de resolver conflictos entre los distintos principios o fines constitucionales recibe el nombre de ponderación, muchas veces también llamado “razonabilidad”, “proporcionalidad” o “interdicción de la arbitrariedad”¹; el cual, cumple una función argumentativa en la interpretación de los principios fundamentales afectados en un caso concreto, para determinar el significado preciso de las disposiciones constitucionales que los contienen.²

Asimismo, es importante recordar, que el principio de proporcionalidad adquiere relevancia desde el momento en que aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado por otro. Siendo que, lo trascendental estará en determinar de qué manera y con qué requisitos podrán limitarlos. En ese sentido, no se trata de simplemente de limitar a los derechos fundamentales, sino por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo será tutelarlos de la mejor manera posible, expandiendo – en la medida de lo posible – su ámbito de protección, pero con el propósito de que todos los derechos sean compatibles entre ellos, pues supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.³

Durante los primeros años, los encargados de aplicar la ponderación entre el universo de derechos fundamentales existentes, se enfrentaban a las dificultades impuestas por los regímenes autoritarios y dictatoriales que por décadas gobernaron de los distintos países de la región, los cuales representaban un enorme obstáculo para que el principio sea aplicado debidamente. Y si bien, actualmente, dicha dificultad ya no existe en términos generales, son otros los problemas que pueden advertirse, como lo son por ejemplo, la falta de destreza teórica al momento de aplicar las normas de derechos fundamentales, lo cual desencadena sentencias que contienen crasos errores de interpretación;⁴ u otra clase de peligros identificados

¹ PRIETO SANCHÍS, Luis. “El juicio de la ponderación Constitucional”. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Comparado*. Lima: Palestra Editores, 2010, pág. 93.

² SÁNCHEZ GIL, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 20.

³ CARBONELL, Miguel. “Presentación”. En *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010, pág. 10.

⁴ CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010, pág. 10

durante el ejercicio de la ponderación, los cuales muchas veces se derivan de la subjetividad de los operadores jurídicos, quienes no buscan necesariamente orientar su argumentación hacia una corrección de justicia, sino - por el contrario - a intereses o circunstancias personales.⁵

2. Estado Constitucional de Derecho

El concepto de Estado de Derecho suele ser utilizado - muy a menudo - para hacer referencia al principio de legalidad; esto es, pues, el sometimiento del poder a las leyes y normas pre-establecidas. De esta manera, si se da cumplimiento, podremos decir que en tal país hay Estado de Derecho, cuando sus autoridades ejercen el poder de acuerdo a las leyes. Sin embargo, resulta ser un concepto vacío actualmente, pues no basta con que las autoridades y el Estado actúen conforme a la ley general, sino que además, urge que adecuen su actuación al ejercicio del poder a la Constitución. Esto quiere decir que, no queda claro, si dentro de esta expresión, también estamos incorporando a la “Constitución”.⁶

Por esta razón, en la doctrina se distinguen dos conceptos: por un lado, el Estado Legislativo de Derecho, el mismo que se encuentra centrado en la ley, reconociéndosele a la Constitución naturaleza programática y política; y, por otro lado, el Estado Constitucional de Derecho, centrado en la Constitución, reconociéndosele además de su naturaleza programática, fuerza vinculante.⁷

Debemos agregar que existen dos formas de entender el derecho. Para el positivismo jurídico (Estado Legislativo de Derecho), quienes sostienen que el criterio de reconocimiento tanto de su existencia como de su validez es la forma de la producción de las leyes, independientemente de sus contenidos. Por el contrario, para el constitucionalismo jurídico (Estado Constitucional de Derecho), la validez de las leyes está condicionada a la sustancia de las decisiones; es decir, a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia establecidos por las constituciones. Se deduce, entonces, que en el Estado Legislativo de Derecho, la preocupación y los esfuerzos están orientados a establecer las reglas sobre cómo decir el derecho a través de sus leyes; y en cambio, en el Estado Constitucional de Derecho, se añade a las reglas del cómo decir derecho, las reglas sobre qué cosa el

⁵ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. “¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales”. En *Vox Juris*, N° 31, 2016 pág. 81.

⁶ RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. “Estado Constitucional de Derecho, democracia y descentralización”. En *Estado de derecho en el marco de la Descentralización en los Países Andinos*. Lima: Capacides, 2009, pág. 2.

⁷ *Ibidem*.

derecho no puede decir o sobre qué debe decir.⁸ Asimismo, cabe precisar que todos los derechos fundamentales – desde los derechos clásicos de libertad hasta los derechos sociales – equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan los objetivos y la razón social del Estado Constitucional de Derecho.⁹

Nuestro Tribunal Constitucional ha destacado, conforme al artículo 43 de la Constitución, que el Estado peruano es un Estado social y democrático de Derecho; de donde se desprende que, es inherente al Estado Constitucional el reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo y que, su voluntad se plasma en la Constitución Política del Estado.¹⁰

3. La teoría de las normas: la tensión entre reglas y principios

La distinción entre las reglas y los principios jurídicos es uno de los temas más discutidos en la teoría y la filosofía del derecho de las últimas décadas; siendo uno de los puntos más importantes de nuestro trabajo; por lo que, para analizar el paralelismo existente entre las reglas y los principios deberá tomarse en cuenta los trabajos esbozados por dos grandes autores: Ronald Dworkin y Robert Alexy; cuyas obras apoyarán en explicar la estructura de las normas de derecho fundamental.

3.1. La distinción entre reglas y principios en la teoría de Dworkin

Para Dworkin, la distinción entre las reglas y los principios constituye uno de los más importantes frentes de ataque contra el positivismo jurídico, siendo que se trata de desvirtuar el concepto de aplicación del Derecho propugnado por la teoría positivista, en donde se establece que cuando el juez no dispone de una regla apropiada para decidir sobre un caso o cuando dicha regla es indeterminada; estos casos difíciles (*hard cases*) nos remite a una doctrina de la discreción que no conduce a ninguna parte y no dice nada. Siendo su idea del derecho como un sistema de reglas que ha ejercido su control tenaz sobre nuestra imaginación, y quizás, si nos deshacemos del modelo de reglas, tal

⁸ FERRAJOLI, Luis. “Juspositivismo crítico y Democracia Constitucional”. En *Revista Isonomía*, N° 16, abril 2002, pág. 7.

⁹ *Ibidem*. pág. 11

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 7 de diciembre de 2005 en el EXP 4677-2004-PA/TC sobre proceso de amparo interpuesto por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Fundamento jurídico 12.

vez podamos construir un modelo basado en el respeto a la complejidad y complicación de nuestras propias prácticas.¹¹

Si bien, Dworkin no proporciona una definición clara del concepto de los casos difíciles, para éste, lo mencionado se encuentra en relación con que, frecuentemente, se presentan ante los tribunales ciertos casos, los cuales pueden ser: un caso jurídico difícil a causa de que el juez no tiene a su disposición una norma jurídica que establezca un criterio para resolver, esto es, que no se pueden resolver de manera sencilla bajo una o varias reglas jurídicas, caracterizándose por la incertidumbre del resultado; o, un caso jurídico difícil a causa de que existe un disenso relativo a las soluciones en base en lo permitido o prohibido por el derecho resulta falsa o verdadera.¹²

En efecto, señala que cuando al juez se le presenta un caso difícil, debe trabajar no solo con base en las reglas establecidas previamente por el legislado como posibles criterios de solución, sino también debe basarse en los principios jurídicos, los mismos que funcionarán más como una directriz o brújula, que como un camino preestablecido. Es así que, los principios se derivan del sentido de adecuación desarrollado en la profesión y en los ciudadanos a lo largo del tiempo, y no de una simple decisión del legislador o de un juez anterior.¹³

Al respecto, tanto los principios como las reglas desempeñan una misma función en el ordenamiento jurídico, al regular la conducta humana y utilizadas para construir y fundamentar las decisiones jurisdiccionales; y si bien entre ambos tipos de elementos jurídicos median considerables diferencias, para Dworkin existen otros dos criterios de distinción. En primer lugar, los principios se diferencian de las reglas desde una perspectiva lógica, en relación del carácter de solución que ofrecen, pues éstas le plantean al juez una disyuntiva extrema: p son aplicables por completo o no son aplicables en lo absoluto para la solución de un caso determinado (el dilema del todo o nada). Con lo cual, si el supuesto de hecho previsto por la regla no se verifica, o, concurre una excepción estipulada por ella, el juez debe excluir su aplicación. Por el contrario, los principios no ostentarán - la característica de las reglas - su estructura condicional; compuesta de un supuesto de hecho y

¹¹ DWORKIN, Ronald. “¿Es el derecho un sistema de reglas?”. Versión Castellana de Javier Esquivel y Juan Rebolledo G. *En Cuadernos de Crítica* 5. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas – UNAM, 1977, pág. 54.

¹² DWORKIN, Ronald. “No right answer?”. En *Law Review - New York University*, Volume 53, April 1978, Number 1, pág. 69.

¹³ RIDDALL, J.G. *Teoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, pág. 139-141

de una sanción; pues éstos no establecen claramente su aplicación en las diferentes circunstancias de la realidad, ni mucho menos sus excepciones o consecuencias jurídicas que deben producirse tras su aplicación.¹⁴

En segundo lugar, los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas jurídicas: la dimensión de peso específico o importancia; referido a la manera en cómo se aplican los principios y las reglas por parte de los operadores jurídicos, es decir, los jueces; los cuales pueden construir y fundamentar jurídicamente las soluciones para los casos concretos, en donde diversos principios se encuentran en conflicto. Siendo que, el juez deberá tomar en cuenta la importancia relativa de cada uno, cuya decisión adoptada no implicará un juicio de valor abstracto sobre la subordinación de un principio a otro, sino un juicio relativo al caso específico, donde el principio que ostente el mayor peso determinará el sentido de la decisión. En efecto, las reglas se encuentran desprovistas de dicha dimensión; con lo cual, la regla se aplicará o no al caso específico; y si el supuesto de hecho previsto por la regla tiene lugar en la realidad, la regla se aplicará y todas las demás reglas del sistema quedarán excluidas. Por tanto, el juez no deberá sopesar las reglas para determinar cuál tiene un mayor peso, sino deberá declarar la invalidez de una de las reglas en conflicto, fundamentándose en los siguientes criterios: superioridad, posterioridad y especialidad.¹⁵

3.2. La distinción entre reglas y principios en la teoría de Alexy

Para Alexy, existen dos tipos básicos de normas que componen los sistemas jurídicos modernos: las reglas y los principios. Ahora bien, existe una diferencia entre ambos, siendo las reglas, normas que ordenan definitivamente algo, esto es, son *mandatos definitivos*, al ordenar algo para que se satisfagan determinadas condiciones; aunque puedan revestir una forma categórica, como lo es, por ejemplo, una prohibición absoluta de tortura. Con lo cual, lo decisivo será que si una regla tiene validez y es aplicable, constituirá un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que en ella se exige; y si no se hace, la regla se incumple. De tal forma que, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, al depender de las posibilidades fácticas y jurídicas;

¹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*. Colombia: Universidad Externado, 2014, pág. 729.

¹⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. Ob. cit. pág. 731.

esto es, son *mandatos de optimización*, caracterizados porque pueden ser cumplidos en diferentes grados, pues la medida de cumplimiento ordenada dependerá no solo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.¹⁶

Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica, estos son: la subsunción y la ponderación. Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación.¹⁷ Siendo ésta última la que requiere mayor investigación, debido a que presenta tres problemas a tratar: estructura, racionalidad y legitimidad¹⁸, motivo por el cual, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico básico para la aplicación jurídica, en especial para la aplicación de los derechos fundamentales.¹⁹

En consecuencia, la diversa forma de aplicación de los principios y las reglas, van a repercutir en la manera en cómo se resuelven los conflictos entre reglas y las colisiones entre los principios jurídicos. Por un lado, un conflicto se puede advertir cuando en un mismo sistema jurídico existen dos normas que tienen la misma jerarquía, datan de la misma época, tienen la misma generalidad o especialidad y establecen deberes jurídicos contradictorios entre sí; en otras palabras, no puede ser determinarse según los criterios de jerarquía, posterioridad y especialidad, pues solo puede ser solucionado mediante la introducción a una de las reglas de una cláusula de excepción.²⁰

Por otro lado, será distinta la manera en cómo se resuelven los conflictos entre los principios jurídicos, pues uno de ellos tendrá que ceder ante el otro.²¹ No obstante, lo mencionado no quiere decir la declaración de invalidez - mediante la aplicación de los criterios de jerarquía, posterioridad o generalidad - de uno de los principios en colisión; sino que uno de los principios deberá preceder al otro; esto es, el principio que ostenta mayor peso prevalece frente al otro, pero esto no será para siempre, únicamente para el caso en particular.²²

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra Editores, 2010, pág. 458

¹⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. En *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010, pág. 38

¹⁸ ALEXY, Robert. Ob cit. pág. 13.

¹⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. Ob cit. pág. 38

²⁰ *Ibidem* pág. 735

²¹ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 89.

²² BERNAL PULIDO, Carlos. Ob cit. pág. 735

Ahora bien, cabe precisar que el concepto de ponderación es objeto de variadas discusiones teóricas y prácticas. Uno de los problemas más emblemáticos es si la ponderación es un procedimiento racional para la aplicación de normas jurídicas y útil para justificar toda clase de decisiones judiciales. Además, se observa también un segundo problema, el cual se refiere a la legitimidad del juez, y en especial del Tribunal Constitucional, para aplicar los principios mediante la ponderación, pues se ha sostenido que la ponderación no es nada más que un juicio arbitrario y que ni los jueces ni el Tribunal Constitucional están revestidos de suficiente legitimidad constitucional para aplicar los principios mediante este procedimiento. Si ellos lo hacen, sin lugar a dudas restringen, e incluso usurpan, las competencias atribuidas por la Constitución a otros poderes el Estado.²³

En definitiva, será determinante analizar si la ponderación puede concebirse como un procedimiento racional para la aplicación de las normas jurídicas, para lo cual debe tomarse en cuenta por qué se pone en tela de juicio la racionalidad de la ponderación, hasta qué punto puede ser racional la ponderación y cómo puede ser esto posible.

4. Sobre el principio de proporcionalidad

El test de proporcionalidad tiene diversas denominaciones que sugieren ser sinónimas en la jurisprudencia constitucional peruana, dentro de las cuales encontramos al llamado “test de razonabilidad”; “test de razonabilidad o proporcionalidad”, “test de igualdad”. Así, a manera de ejemplo, se puede observar cómo en un solo párrafo de identificaron tres nombres a la mencionada figura:

“52. Sobre la base del test de razonabilidad o proporcionalidad [STC 0027-2006-AI/TC], este Colegiado considera pertinente aplicar el test de igualdad, 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 [STC 0004-2006-PI/TC].”²⁴

²³ HABERMAS, J. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998, pág. 327

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 01 de febrero de 2010 en el EXP 0003-2008-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno Regional de Cusco, don Hugo Eulogio Gonzáles Sayán, contra las leyes 29164 y 19167.

Concretamente, la identificación de los anteriores nombres, estos son, test de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad se expone en la siguiente sentencia:

“73. Este Tribunal ya se ha pronunciado acerca del desarrollo del Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad), indicando que “El test de razonabilidad o proporcionalidad [...] es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad.”²⁵

Siendo que, la recepción del test de proporcionalidad es considerada por el Tribunal como una posibilidad de utilizar un método que discrimina lo objetivo y razonable de lo que evidentemente no lo es:

“43. Ahora bien, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es el test de razonabilidad”²⁶

Se equipara a un mecanismo de aseguramiento de la justicia y control de la actuación del Estado, toda vez, que es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior de justicia; por tanto, constituye un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, más aún cuando se estaría afectando el ejercicio de los derechos fundamentales.²⁷

Cabe resaltar que para la ponderación los derechos fundamentales son relativos; con lo cual, su interpretación se tiene que hacer teniendo en cuenta sus límites y alcances; de ahí que al aplicar el test de proporcionalidad, sea posible determinar qué derecho y en función de qué circunstancias prevalece en cada caso concreto.²⁸

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de noviembre de 2007 en el EXP 0027-2006-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados de Ica, contra el Congreso de la República.

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 de enero de 2010 en el EXP 01473-2009-PA/TC sobre proceso de amparo interpuesto por Austral Group S.A.A., y otros contra la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 03 de junio de 2005 en el EXP 0050-2004-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cusco, por el Colegio de Abogados del Callao y más de 5,000 ciudadanos, contra las leyes 18389 y 28449.

²⁸ PRIETO SANCHÍS, Luis. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima, 2003, pág. 188.

Siendo que el principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que se enfrentan a la posibilidad de ser limitados; pero la cuestión importante es determinar de qué manera y con qué requisitos se puede limitar los derechos. Con lo cual, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelar los derechos de la mejor manera posible, expandiendo su ámbito de protección, pero que sean compatibles entre ellos. En ese sentido, este principio constituye el límite de los derechos fundamentales, el mismo que supone una barrera frente a las intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.²⁹

4.1. Marco Conceptual

Al ser detectada una incompatibilidad entre dos normas; es decir, cuando se da un juicio en el que se comparan la Ley y la Constitución, la solución será – comúnmente - dada mediante un criterio jerárquico de resolución de antinomias. No obstante, esta imagen simple del control constitucional de las leyes no es el razonamiento que siguen los Tribunales Constitucionales, sino uno más complejo; debido a dos razones: en primer lugar, por la indeterminación de los contenidos materiales de la Constitución, al dificultar hacer lo que ella misma ordena, prohíbe o permite a la luz del supuesto a decidir.³⁰ Por ello, se suele decir que ante los supuestos planteados ante los Tribunales, la constitución habla con voz incierta, pues aun sabiendo perfectamente bien qué significa una expresión en concreto, pueden surgir dudas acerca de su aplicabilidad al caso en cuestión, que en consecuencia, generan la posibilidad de que surjan problemas.³¹

En segundo lugar, la complejidad del razonamiento que involucra el juicio de constitucionalidad de las leyes se debe al hecho que la Constitución suministra orientaciones normativas incompatibles entre sí, pues se puede observar que establece preceptos susceptibles de entrar en conflicto o colisión; por lo que suele decirse que en estos casos, la Constitución habla con muchas voces. La respuesta por parte de los Tribunales Constitucionales ante estos supuestos, será emplear una estructura argumentativa conocida

²⁹ CARBONELL, Miguel. “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pág. 10.

³⁰ LOPERA MESA, Gloria Patricia. “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”. En *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010, pp. 158-159.

³¹ MORESO, José Juan. *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pág. 89

como el principio de proporcionalidad a fin de resolver este tipo de colisiones.³²

De modo que, la solución de los conflictos entre normas de un mismo ordenamiento constitucional, no puede obtenerse privilegiando a la posterior sobre la anterior, pues éstas fueron establecidas al mismo tiempo; como tampoco se resolverá por medio del principio de jerarquía, debido a que se encuentran a un mismo nivel; ni por el criterio de especialidad al existir casos en donde la estructura de las disposiciones constitucionales, la “ley especial” no es de utilidad inmediata. Y como, la solución del universo de conflictos normativos no debe abandonarse a la intuición o a la buena voluntad de los jueces constitucionales, es que se requiere de tal principio.³³

El principio de proporcionalidad es un concepto jurídico que aparece con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones de los Tribunales Constitucionales, y en específico, del nuestro; sobre todo, utilizado en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre actuaciones por parte de los poderes públicos que interfieren en el ámbito de los derechos fundamentales.³⁴ La “ponderación” es, entonces, la técnica mayormente utilizada por los jueces constitucionales para dar una solución cuando se enfrentan ante un conflicto entre los principios constitucionales.³⁵

Por lo tanto, el modo de resolver los conflictos entre principios recibe el nombre de ponderación, también muchas veces llamado de diferentes formas: “de razonabilidad”, “proporcionalidad” o “interdicción de la arbitrariedad”, siendo la que mejor se ajusta al uso jurídico la que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. En efecto, siempre existen razones en pugna, intereses o bienes en conflicto y normas que suministrarán justificaciones diferentes al momento de adoptar una decisión. Y muchas veces, la solución adoptada por medio de la ponderación, no será necesariamente el equilibrio entre dichos intereses, razones o normas, pues para tal equilibrio, deberá implicar un sacrificio parcial y compartido, esto es, el triunfo de alguno de ellos en el caso del conflicto ponderado., pues

³² LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit. pág. 159.

³³ SÁNCHEZ GIL, Rubén. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010 , pág. 218.

³⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. Ob cit. pág. 51

³⁵ GUASTINI, Ricardo. “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010 , pág. 78

ponderar es buscar la mejor decisión cuando en la argumentación concurren diversas razones justificatorias conflictivas que ostentan el mismo valor.³⁶

5. Estructura del test de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad no solo constituye un principio que guarda una relevancia constitucional, sino también una estructura, toda vez que es una estrategia argumentativa para resolver conflictos de derechos. Como se ha dicho, la ponderación es solo una estructura compuesta por tres elementos, por medio de los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para poder establecer cuál de éstos deberá determinar la solución para el caso específico. Por lo cual, cuando nos referimos a su estructura, ya no se habla de “principio”, sino del “test de proporcionalidad”.³⁷

Robert Alexy estableció una estructura de tres niveles para aplicación del test de proporcionalidad, cuyo punto de partida es la consideración de los derechos fundamentales como principios. Y en tanto principios, los derechos fundamentales constituyen mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas. Teniendo en cuenta la verificación respecto de las posibilidades de hecho en que pueden ser cumplidos los derechos fundamentales, dependerá de los subprincipios de idoneidad y necesidad. En cambio, el análisis respecto de las posibilidades de cumplimiento de los derechos fundamentales en cuanto a sus posibilidades jurídicas, dependerá del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.³⁸

En cuanto al objeto del test de proporcionalidad, éste se encuentra constituido por el establecimiento de una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso en concreto, que actuaría como una premisa mayor para dar respuesta al caso formulado. De ahí que, el test de proporcionalidad reducirá los márgenes de discrecionalidad en la delimitación del contenido de los derechos fundamentales calificados como principios. Conforme a lo dicho, la estructura estará compuesta por: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, siendo éste último subprincipio, donde se centra la discusión de los últimos tiempos a nivel dogmático.³⁹

³⁶ PRIETO SANCHÍS, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010, pág. 93-94.

³⁷ GRANDEZ CASTRO, Pedro. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores, 2010, pág. 346.

³⁸ ALEXY, Robert. Ob. cit. pp. 92-93.

³⁹ GRANDEZ CASTRO, Pedro. Ob. cit. pág. 347.

Por último, con respecto a los subprincipios restantes, esto es, de idoneidad y de necesidad, se advierte que con ellos se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, evitables sin costo para otros principios.⁴⁰ Siendo calificada la decisión como óptima cuando las medidas que se tomen sean las adecuadas o eficaces para promover el fin perseguido, siempre y cuando no existan otros medios que permitan obtener lo mismo pero con menores riesgos y/o lesiones para los derechos involucrados. Con lo cual, el control de las posibilidades fácticas no es propiamente un control jurídico, sino más bien, se busca la racionalidad práctica, en la medida en que se involucran cuestiones como el entendimiento racional común para la evaluación de los medios, los fines y de las posibilidades reales para su realización.⁴¹

6. Sobre los subprincipios de la proporcionalidad

El principio de proporcionalidad no se define como un principio, en el sentido de una norma jurídica que imponga un mandato de optimización, por el contrario, es un conjunto de tres reglas que ordenan ser cumplidas cuando concurren los supuestos en los que debe ser aplicado este principio, y que prohíben ser aplicadas cuando tales supuestos no se presentan.⁴² De modo que, para su adecuada aplicación, el principio de proporcionalidad comprende de tres aspectos establecidos para satisfacer la medida legislativa orientada a intervenir lícitamente los derechos fundamentales: idoneidad, necesidad y proporcionalmente en sentido estricto.

6.1. Idoneidad

El primero de los subprincipios exige la identificación de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativa que limita un derecho fundamental, siendo solo constitucionalmente válida si tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional y tipifica conductas que lesionen realmente o pongan en situación de peligro tales bienes jurídicos. Con lo cual, podemos decir que nos encontramos ante un bien jurídico merecedor de protección por parte del Estado, si concurren la relevancia constitucional del bien jurídico y la dañosidad social.⁴³

⁴⁰ ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. Traducción de Carlos Bernal Pulido. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, 2002, pág. 13.

⁴¹ GRANDEZ CASTRO, Pedro. Ob .cit. pág. 348.

⁴² BERNAL PULIDO, Carlos. Ob cit. pág. 756.

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 15 de diciembre de 2006 en el EXP 0012-2006-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Decana del Colegio de Abogados de Lima, contra determinadas normas del Decreto Legislativo N° 961 – Código de Justicia Militar Policial. Fundamento Jurídico 32.

Cabe mencionar que pueden proponerse dos versiones del subprincipio de idoneidad: una versión fuerte o de la idoneidad en sentido amplio; y una versión débil o de la idoneidad en sentido estricto; cuya diferencia se basa en la circunstancia de que un medio puede ser idóneo en diversos grados para alcanzar un fin, los cuales se proyectan en diferentes perspectivas. Si bien la idoneidad presupone que entre el medio y el fin debe existir una relación positiva: el medio debe facilitar la obtención del fin. No obstante, dicha relación puede tener una mayor o menor intensidad cuando se mira desde diferentes puntos de vista. De manera que, desde el punto de vista de la eficacia, un medio puede ser más o menos eficaz para la obtención de su fin; desde la perspectiva temporal, un medio puede contribuir con mayor o menor rapidez a la obtención de su fin; desde la perspectiva de la realización del fin, un medio puede contribuir para que se realicen más o menos aspectos relativos al fin; y, desde el punto de vista de la probabilidad, un medio puede contribuir con mayor o menor seguridad para alcanzar la finalidad propuesta.⁴⁴

De tal forma, dependerá de la posición que se adopte con respecto a las variables planteadas que podrá defenderse una versión más fuerte o más débil del subprincipio de idoneidad. Con respecto a la versión más fuerte, la medida legislativa deberá ser considerada idónea solo si contribuye con mayor eficacia, rapidez y seguridad para la obtención del fin. Por el contrario, de acuerdo con la versión más débil, la idoneidad de una medida adoptada por el Parlamento dependerá de que ella tenga una relación positiva de cualquier tipo con el fin legislativo, esto es, que facilite su realización de modo alguno (cualquier eficacia, rapidez, plenitud y seguridad).⁴⁵

Asimismo en jurisprudencia relevante, se ha establecido que la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Tratándose del análisis de una relación medio-fin,⁴⁶ es decir, de lo que se trata es de constatar que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el

⁴⁴ BERNAL PULIDO, Carlos. Ob cit. pp. 913-914.

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 19 de octubre de 2005 en el EXP 0045-2004-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 3 de la Ley N° 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. Fundamento Jurídico 38.

objetivo impuesto, pues debe contribuir de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.⁴⁷

En otras palabras, la idoneidad se orienta a verificar si la medida legislativa examinada constituye un medio idóneo para contribuir con el logro del fin que con ella se persigue, esto es, cuando sea posible establecer algún nexo de causalidad positiva entre la medida adoptada por el legislador y la creación de un estado de cosas en el que se incremente la realización del fin legislativo respecto del estado de cosas existentes antes de la intervención al derecho fundamental en concreto; en cambio de no suceder así, la medida carecerá de idoneidad cuando su relación con el fin sea de causalidad negativa, pues dificulta su consecución, o cuando al implementarla resulta indiferente a la realización del fin perseguido.⁴⁸

6.2. Necesidad

En cuanto al segundo subprincipio de la proporcionalidad, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Al respecto, requiere, de un lado, analizar la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y, de otro lado, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.⁴⁹

Cabe precisar, que nos encontramos ante un principio comparativo y de naturaleza empírica, en la medida en que el legislador debe buscar medidas menos gravosas, pero igualmente eficaces.⁵⁰ En la medida en que, guarda relación en constatar si a la “luz del razonamiento lógico, de datos empíricos

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 9 de diciembre de 2006 en el EXP 003-2005-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 5186 ciudadanos, convocados por el Movimiento Popular de Control Constitucional, debidamente presentados por Walter Humala, contra los Decretos Legislativos 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927. Fundamento Jurídico 69.

⁴⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit. pág. 162.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de junio de 2005 en el EXP 0050-2004-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por RENIEC representados por Juan Peña Figueroa, Víctor Lazo Cárdenas y Adolfo Juan Arbulú Castro; y por más de cinco mil ciudadanos con firmas debidamente certificadas por RENIEC representados por el doctor Carlos Blancas Bustamante, contra las Leyes N° 28389 y N° 28449 Fundamento Jurídico 109.

⁵⁰ AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en materia penal*. Madrid: Edersa, 1999, pág. 239.

no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar los fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta insuficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derecho para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”.⁵¹

Por cuanto, una vez que ha sido acreditada la idoneidad de la medida legislativa, la argumentación continúa con la aplicación del segundo subprincipio de necesidad, toda vez, que se llevará a cabo una comparación entre la medida y los demás medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su idoneidad para promover el fin perseguido y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención. Siendo tal medida necesaria cuando, efectivamente, no exista medio alternativo alguno que – siendo igualmente idóneo – resulte más benigno al mismo tiempo. De tal forma, que se trata de un examen de eficiencia, debido a que resulta ser una comparación con otros medios que puedan alcanzar la finalidad promulgada con el menor sacrificio posible de otros principios en juego.⁵²

6.3. Proporcionalidad en sentido estricto

Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, su definición tiene que ver con las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental, las cuales deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin legislativo, cuyo objetivo será fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y su fin. Si el derecho fundamental adquiere la prioridad, la norma iusfundamental adquirirá una validez definitiva y la norma legal deberá ser declarada inconstitucional. En cambio, si la prioridad es atribuida al fin, la norma iusfundamental perderá cualquier tipo de validez y la norma legal será declarada conforme a la Constitución.⁵³

Según lo enunciado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, implica que para la

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Español 55/1996, de fecha 28 de marzo, en las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en contra de los artículo 1.1, 9.3 y 10.1 del apartado 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/1984.

⁵² LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit. pág. 164.

⁵³ BERNAL PULIDO, Carlos. Ob cit. pp. 962-963.

intervención del legislador en el derecho fundamental específico sea considerado como legítima, el grado de realización del fin constitucionalmente legítimo, debe ser – por lo menos – equivalente al grado de afectación del derecho afectado.⁵⁴

De este modo, este subprincipio exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: en primer lugar, aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; y en segundo lugar, aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de tal forma que el primero de estos deba ser, por lo menos equivalente a la segunda.⁵⁵

Por cuanto, una vez que ha quedado acreditada la idoneidad y necesidad de la medida legislativa examinada, la aplicación del principio de proporcionalidad culmina con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, en donde intervendrán; por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la medida y; por otro, los principios que ordenan la protección de los bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Con lo cual, se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros resulta compensado por el grado de satisfacción de los segundos.⁵⁶

Ahora bien, para determinar el peso que ha de asignarse a cada uno de los principios que se encuentran en juego o conflicto, debe atenderse a tres variables: el grado de afectación o satisfacción derivado de la medida enjuiciada, el peso abstracto de la importancia material de los derechos fundamentales afectados y de los bienes jurídicos protegidos; y la seguridad de las premisas empíricas que sustentan los argumentos a favor y en contra de la intervención.⁵⁷

Por otro lado, para establecer la intensidad que afecta a los derechos fundamentales la imposición de la medida legislativa enjuiciada, debe

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 9 de diciembre de 2006 en el EXP 003-2005-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 5186 ciudadanos, convocados por el Movimiento Popular de Control Constitucional, debidamente presentados por Walter Humala, contra los Decretos Legislativos 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927. Fundamento Jurídico 72.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 15 de diciembre de 2006 en el EXP 0012-2006-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Decana del Colegio de Abogados de Lima, contra determinadas normas del Decreto Legislativo N° 961 – Código de Justicia Militar Policial. Fundamento Jurídico 32.

⁵⁶ LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit. pág. 172.

⁵⁷ ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. Traducción de Carlos Bernal Pulido. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66, 2002, pág. 37.

tomarse en consideración los criterios siguientes: en primer lugar, el alcance de la intervención, siendo que la intensidad de la afectación del derecho será mayor cuantos más sean los modos de ejercicio que se ven afectadas por la medida. En segundo lugar, la probabilidad de que se produzca la intervención, mayor en el caso de las afectaciones que se desencadenan como consecuencia directa y necesaria de la medida legislativa y menor en el caso en que constituyen solo potenciales afectaciones o amenazadas al derecho fundamental en específico. En tercer lugar, la duración de la intervención en el derecho fundamental, que tiene relación en cuanto mayor sea la duración de la pena establecida en la norma enjuiciada, mayor será la intensidad de la intervención en los derechos afectados por ésta. Finalmente, la comparación con la sanción prevista para delitos de similar naturaleza en el propio ordenamiento como en el derecho comparado, siendo la afectación de los derechos considerada intensa cuando la sanción prevista en la norma enjuiciada sea mayor que la establecida en otros ordenamientos para el mismo caso o en el derecho interno para hechos similares.⁵⁸

De manera que, una medida legislativa será proporcionada en sentido estricto cuando cualitativamente el beneficio que se obtiene el fin legislativo promovido por ella es mayor o igual al perjuicio que ocasiona al derecho fundamental.⁵⁹

7. Los peligros del principio de proporcionalidad

7.1. El peligro de la irracionalidad y subjetividad

Podemos decir que la objeción de irracionalidad constituye la crítica más fuerte a la ponderación, la misma que sirve de fundamento para las demás críticas en contra de la ponderación, que la acusan de ser un procedimiento subjetivo, una figura retórica que esconde decisiones arbitrarias e incluso de ser un procedimiento mediante el cual se comparan magnitudes inconmensurables.⁶⁰

La causa de la subjetividad y de la irracionalidad no se haya en la aplicación errada de dicho principio en un caso específico o en la jurisprudencia de un determinado Tribunal Constitucional, sino que el fenómeno es más complejo, pues surge del hecho que el principio de proporcionalidad no admite ninguna aplicación racional. Siendo la razón de ésta crítica, radica en que dicho

⁵⁸ LOPERA MESA, Gloria Patricia. Ob. cit. pp. 172-173.

⁵⁹ SÁNCHEZ GIL, Rubén. Ob. cit. pág. 222.

⁶⁰ PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. Op. cit. pág. 82.

principio no constituye más que un argumento formal y vacío, además, de ser una metáfora carente de todo punto de referencia objetivo, un tópico ininteligible, que ostenta una gran capacidad para enmascarar las valoraciones subjetivas e irracionales del Tribunal Constitucional, las cuales no pueden ser explicadas ni controladas mediante criterios jurídicos. En consecuencia, toda aplicación resulta ser arbitraria e incontrolable, y su fundamentación jurídica, un artificio retórico de camuflaje de una decisión adoptada por razones emotivas, políticas o de diversa índole, pero en resumidas cuentas, ajenas al Derecho.⁶¹

La crítica de Jürgen Habermas se encuentra dirigida sobre la legitimidad de las decisiones del Tribunal Constitucional alemán, sosteniendo que el peligro no se encuentra en el cambio de paradigma, sino en que se encuentra amenazada por la aparición de nuevos criterios metodológicos, siendo el nuevo criterio que pone en grave riesgo la legitimidad de las decisiones de la jurisdicción constitucional, la teoría de los valores que es la base para la reconstrucción de los derechos fundamentales como principios pasibles de ser ponderados.⁶²

Por su parte, Bockenforde considera que el problema consiste en que el principio de proporcionalidad no constituye por sí mismo un criterio objetivo y racional para resolver las colisiones entre derechos fundamentales ni tampoco puede fundamentarse en ningún criterio jurídico que cumpla con tales características.⁶³

7.2. La falta de claridad conceptual del principio de proporcionalidad

Esta segunda objeción guarda relación con la crítica tratada anteriormente, aunque basado en el hecho que no ofrece criterios inteligibles para la ponderación; es decir, que la aplicación del principio de proporcionalidad y la solución de problemas jurídicos a través de la ponderación consiste en el ejercicio de una técnica de poder, mediante la cual se producen decisiones que no son susceptibles de control desde un punto de vista jurídico; y, por consiguiente, resultan ser subjetivas e irracionales.⁶⁴

⁶¹ BERNAL PULIDO, Carlos. op. cit. pág. 204.

⁶² PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander. Op. cit. pág. 82.

⁶³ BERNAL PULIDO, Carlos. op. cit. pág. 207

⁶⁴ Idíbem, pág. 221.

Al respecto, cabe decir que esta irracionalidad se deriva de varios factores, entre los cuales se destaca la falta de claridad de los términos con los que se define el principio de proporcionalidad, dado que, así como otras expresiones conexas utilizadas en la jurisprudencia constitucional que sirven para describir el procedimiento de la ponderación y sus resultados, no tiene un significado unívoco y comprensible. En efecto, expresiones como “razonable”, “idóneo”, “importante”, “proporcionado”, “adecuado”, “necesario” o “indispensable” no están dotadas de un sentido depurado en el uso común; dando lugar a confusiones y/o dudas, al ser utilizados como criterios decisivos para optar por una u otra solución.⁶⁵

Siendo esta crítica una de las más utilizadas – frecuentemente - para atacar al principio de proporcionalidad, basándose en que la ambigüedad hace que el referido principio carezca de contenido preciso, que sea un criterio vacío, poco consistente, ajeno a la dogmática y crítico. Asimismo, se le acusa de tener un talante formal, esto es, de no estar dotado de un contenido semántico del cual pueda extraerse una única solución jurídica para cada caso en que haya de ser aplicado. Y si bien, el principio de proporcionalidad exige que las medidas legislativas de intervención en los derechos fundamentales sean proporcionadas, o en el sentido contrario, prohíbe que éstas sean desproporcionadas; empero, el propio principio no establece qué es lo proporcionado ni lo desproporcionado. Por consiguiente, la definición de tales términos se convierte en un “misterio por resolver”. Ante lo cual, cabe realizarse la pregunta: ¿en quiénes recae dicha tarea? En el propio juez, quien debe determinar cómo ha de definirse lo idóneo, lo necesario y lo proporcional, abriéndosele un amplio horizonte para desplegar su subjetividad.⁶⁶

7.3. La inconmensurabilidad

Según ésta crítica, la aplicación del principio de proporcionalidad es irracional porque dentro de su marco se trata de comparar dos magnitudes, las cuales no son susceptibles de comparación, en otros términos, lo que se trataría de hacer es medir lo que no es susceptible de ser medido y en comparar lo incomparable.⁶⁷

⁶⁵ LEISNER, Walter. *Der Abwagungsstaat : Verhältnismässigkeit als Gerechtigkeit?*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, pág. 119.

⁶⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. op. cit. pág. 222

⁶⁷ FRANTZ, Laurent B. “Is the First Amendment Law”. En *California Law Review*. Volume 51, Issue 4, Article 3, 1963, pág. 748.

Para los autores que sostienen el argumento de la inconmensurabilidad, cuando nos referimos a “ponderar”, se alude a la acción de atribuir un determinado valor o peso a dos intereses o bienes que entran en conflicto en un caso en específico, por el cual se decide cuál debe prevalecer, y para dar una solución a un problema constitucional determinado. No obstante, para ellos, la ponderación solo será considerada como racional, cuando los elementos que se ponderan ostenten un denominador común, que establece el patrón bajo el cual se comparan y valoran.⁶⁸

Siendo que, en el campo de los derechos fundamentales no existe denominador común alguno, pues éstos no pueden ser sopesados desde ningún tipo de criterios. En otras palabras, con el examen de proporcionalidad no es posible establecer si la intervención o menoscabo a un derecho fundamental determinado se compensa por las ventajas que ofrece la medida restrictiva, pues no contamos con un metro, ni un patrón idóneo para establecer la magnitud o grado de estos menoscabos o beneficios obtenidos (ventajas o desventajas), ni mucho menos, precisar cuál de los derechos fundamentales o bienes jurídicos debe prevalecer en cada caso en concreto.⁶⁹

Para ilustrar mejor, en un posible caso en donde se debate la constitucionalidad de una medida legislativa que resulta permitida por la libertad de información, pero prohibida por el derecho al honor; aplicando el principio de proporcionalidad – supuestamente - podríamos saber cuál de los derechos debe prevalecer. Sin embargo, la realidad sería otra, pues no existe criterio alguno para determinar cuál de los derechos fundamentales en conflicto reviste mayor importancia, ni en el caso en particular ni en general; y, tampoco se cuenta con ninguna escala viable para medir y comparar los beneficios y perjuicios ocasionados.⁷⁰

8. Desarrollo del test en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

En un primer momento del desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad, la distinción entre éste y razonabilidad no estaba clara, en la medida en que eran vistos como un “par conceptual”. Así, por ejemplo, en la STC 408-1997-AA se puede advertir lo mencionado, en donde el Colegiado establece lo siguiente:

⁶⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. op. cit. pág. 227

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ BERNAL PULIDO, Carlos. op. cit. pág. 228

*“Que, en efecto, el hecho de que el demandado pueda aplicar sanciones sobre el demandante **no supone para nada el desnaturalizar los principios de razonabilidad y proporcionalidad ínsitos a toda medida sancionatoria.** Si el demandado invoca el artículo 26° inciso b) del Decreto Legislativo N° 276 así como el artículo 155° inciso b) del Decreto Supremo N° 005-90-PCM que ciertamente contemplan la sanción de suspensión sin goce de haber impuesta al demandante mediante la cuestionada Resolución N° 041-96-P/CSJLL, es absolutamente arbitrario y desproporcionado que las razones que sirven de sustento a dicha decisión no hayan sido meritadas en relación con otros dispositivos como son el artículo 27° del mismo Decreto Legislativo N° 276 o los artículos 151° y 154° del igualmente citado Decreto Supremo N° 005-90-PCM. (...)”⁷¹*

Posteriormente, trataría de hacer una distinción analítica estableciendo que si bien la doctrina suele hacer distinciones entre las estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales: el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, utilizados para orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino sea justa; no obstante, existe una similitud entre ambos principios, toda vez, que una decisión que se adopta en el marco de una convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En consecuencia, pareciera que el principio de razonabilidad sugiere una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión.⁷²

En contraste con el anterior lineamiento jurisprudencial, el Tribunal decide incluir dentro de la estructura del test de proporcionalidad el análisis de razonabilidad, manifestando que la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento para la restricción; por lo que, “por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales”.⁷³

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 6 de noviembre de 1998 en el EXP 408-1997-AA/TC sobre proceso de amparo interpuesto por don Juan Pedro Vaca Ávalos contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad. Fundamento jurídico 4.

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de octubre de 2004 en el EXP 2192-2004-AA/TC sobre proceso de amparo interpuesto por don Gonzalo Antonio Costa Gómez y doña Martha Elizabeth Ojeda Dioses contra la resolución de la Sala Especializada en lo Civil de Tumbes. Fundamento Jurídico 15.

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 de febrero de 2005 en el EXP 2235-2004-AA/TC sobre proceso de amparo interpuesto por don Grimaldo Saturdino Chong Vásquez contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Fundamento jurídico 6, segundo párrafo.

Por tanto, la razonabilidad se integra al principio de proporcionalidad, como exigencia para determinar la finalidad de la intervención; siendo entonces, el principio de razonabilidad comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad.⁷⁴

9. Casos emblemáticos del Tribunal Constitucional peruano

9.1. Caso Ley Antitabaco

a. Hechos o Antecedentes

a.1. Argumentos de la parte demandante

Con fecha 30 de noviembre de 2010, la parte demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley N° 28705 – Ley General para la protección y control de los riesgos del consumo de tabaco – modificada por el artículo 2 de la Ley N° 29517. Siendo que en específico se cuestiona la prohibición del consumo de tabaco en todos los espacios públicos cerrados del país, prohibiendo la existencia de establecimientos exclusivos para fumadores y; asimismo, la prohibición del consumo del mismo en las áreas abiertas de los establecimientos educativos para adultos.

En su pretensión, los demandantes sostienen que el artículo 8 de la Constitución se limita a establecer un mandato de regulación para el consumo de tabaco, mas no establece prohibición alguna; con lo cual, el Estado puede establecer ciertas restricciones al consumo del mismo con miras a proteger el derecho a la salud, pero no puede prohibirlo como queda regulado con mencionada ley. En tal sentido, mencionan que a la luz del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco, no podría prohibirse su consumo en tanto la Constitución permite expresamente el consumo de tóxicos sociales.

En primer lugar, manifiestan que se afecta irrazonablemente el derecho de las personas fumadoras al libre desenvolvimiento de la personalidad, al impedirseles fumar, pues dicho accionar no afectaría los derechos de los no fumadores en ninguno de los casos en los cuales ha quedado establecida la prohibición; puesto que consideran que el Estado no puede sancionar a las personas que en el marco de su autonomía han decidido

⁷⁴ GRANDEZ CASTRO, Pedro. Ob .cit. pág. 351.

libremente fumar en lugares acondicionados exclusivamente para ello. Por tanto, dicha medida sería razonable cuando su ejercicio afecta los derechos de las personas no fumadoras; sin embargo, lo mencionado no tiene sentido toda vez que éstas deciden libremente concurrir a un lugar al que solo asisten voluntariamente otras personas fumadoras.

En segundo lugar, aducen que se vulnera manifiestamente los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa al optar por la alternativas más restrictiva de los derechos de los fumadores; ya que, no existe una justificación razonable y objetiva de por medio para establecerse la prohibición absoluta de contar con establecimientos exclusivos para fumadores. Si la finalidad es proteger los derechos de los no fumadores y de los trabajadores bastaría con imponer una medida que garantice sus derechos, como lo es, por ejemplo, permitir la existencia de áreas para fumadores especialmente acondicionadas tomando como referencia el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para los Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo, sin prohibir el funcionamiento de este tipo de establecimientos.

Por tanto, concluyen que las medidas adoptadas no resultan ser idóneas para garantizar el derecho a la salud de los no fumadores. De esta forma, la disposición cuestionada no superaría el subprincipio de idoneidad, conformante del principio de proporcionalidad. Asimismo, se sostiene que no es razonable que se prohíba el consumo de tabaco en establecimientos exclusivamente para fumadores, donde trabaja personal fumador, no genera ninguna afectación al derecho a la salud de los no fumadores, al no ser clientela de estos locales; constituyendo la mencionada prohibición una discriminación a los fumadores mostrando intolerancia hacia su elección. Igualmente, si el consumo del tabaco no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores en espacios abiertos dentro de locales dedicados a la educación adulta como universidades, institutos y escuelas de postgrado; no es razonable que se prohíba; motivo por el cual, la norma no supera el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

Un punto importante desarrollado en la demanda, está referido a la falta de actuación por parte del Estado a fin de realizar mayores esfuerzos para cumplir las medidas establecidas con la vigencia de la legislación anterior, la cual establecía medidas menos restrictivas de los derechos de los fumadores y de los derechos a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, pues permitía el consumo de tabaco en espacios abiertos y la

posibilidad de un área no mayor del 10% del local para fumadores en los espacios cerrados, la cual debía encontrarse separada del área de no fumadores y; dentro de los valores máximos permisibles para sustancias tóxicas y contar con mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo, los que impedían la contaminación del área de no fumadores.

De manera que para la parte demandante, restringir el marco regulatorio debido a la falta de fiscalización por parte de las municipalidades es hacer responsables a los administrados por las limitaciones de la Administración, vulnerando con ello el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los fumadores, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Más aún cuando se comprueba que existen medidas alternativas, sobre todo, menos restrictivas por las que se pudo optar; tales como por ejemplo, permitir la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador o prohibir el consumo del tabaco en los centros educativos únicamente cuando en estos acudan menores de edad o en los espacios cerrados. Por tanto, la norma incoada no genera un estado superior de protección para los no fumadores, restringiendo innecesariamente el derecho de los fumadores, motivo por el cual no supera el subprincipio de necesidad.

Por último, se sostiene que no es razonable que se prohíba el consumo de tabaco en establecimientos exclusivamente para fumadores, pues si en dicho lugar trabaja personal fumador, no genera ninguna afectación al derecho a la salud de los no fumadores, al no ser clientela de estos locales; con lo cual, la prohibición constituye una discriminación a los fumadores mostrando intolerancia hacia su elección. Así tampoco, el consumo de tabaco no genera ninguna afectación a la salud de los no fumadores en espacios abiertos dentro de locales dedicados a la educación adulta como universidades, institutos y escuelas de postgrado; no es razonable que se prohíba; motivo por el cual, la norma no superaría el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

En suma, refieren que al prohibir el consumo de tabaco en lugares exclusivamente para fumadores, se está promoviendo de forma indirecta que aumente el consumo de tabaco en los hogares de los fumadores, con lo cual, se afecta de manera directa a los niños y niñas de padres fumadores, e incitándoles a fumar en imitación del modelo.

a.2. Argumentos de la parte demandada

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, al considerar que no vulnera la Constitución, citando las disposiciones del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco - tratado sobre el derecho a la salud del cual somos parte – que obligaría al Perú a dictar medidas idóneas para lograr el cumplimiento de dos fines que son los siguientes: 1) reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco; y 2) reducir de manera continua y sustancial la exposición al humo del tabaco, siendo éstos los objetivos de la disposición impugnada.

De la misma forma, en cuanto al argumento que el referido Convenio solo contiene propuestas, manifiesta que no es correcto afirmar lo referido, puesto que establece obligaciones generales para los Estados Partes, a fin de prevenir y reducir el consumo de tabaco, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco. Se enfatiza que el precepto solo establece la prohibición de fumar en determinados lugares como los establecimientos dedicados a la salud o a la educación, las dependencias públicas, los interiores de los lugares de trabajo, los espacios públicos cerrados y cualquier medio de transporte, siendo erróneo afirmar que es una tesis absoluta de prohibición.

Por un lado, en cuanto al argumento de considerar arbitraria la prohibición del funcionamiento de establecimientos exclusivamente para fumadores, pues solo trabajaría personal fumador, manifiesta que el artículo impugnado prohíbe fumar en los “interiores de los lugares de trabajo”, incluso en el caso de que trabaje personal fumador. Con lo cual, se advierte que los demandantes estarían pretendiendo el reconocimiento de una excepción a la referida prohibición, además que en tal supuesto el personal fumador estaría mucho más expuesto a las consecuencias del tabaquismo, pues no solo tendría que soportar tales consecuencias en los momentos en que decide fumar, sino también en los momentos en los que no puede fumar por estar trabajando. Con lo cual, las personas fumadoras no estarían ejerciendo su derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad en armonía con el derecho a la salud de los trabajadores del lugar, aún cuando se trate de personal fumador.

Por otro lado, refieren que el impedimento a personas adultas el consumo de tabaco en una universidad que cuente con amplios espacios abiertos y

no se afecten los derechos de terceros, resulta totalmente contradictorio el permitir la realización de un acto que trae devastadoras consecuencias para la salud humana, en un lugar pensado estrictamente para prestar un servicio público – como lo es la educación - que tiene por finalidad el desarrollo integral de la persona humana y proporcionarle conocimientos para lograr una mayor calidad de vida; mas aún cuando a dichos centros acuden también menores de edad. En consecuencia, resulta coherente que los ambientes se encuentren libres de humo de tabaco, a fin de contribuir a la reducción de su consumo y a la protección contra la exposición al humo de tabaco; de dicha forma, se garantiza la plena vigencia del derecho a la salud. Siendo una limitación razonable del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

Los espacios libres de humo constituyen un medio que no solo es idóneo para reducir la exposición al humo de tabaco, sino también para reducir su consumo. Del mismo modo, manifiesta que el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad como todo derecho, no es absoluto, por lo que debe ejercerse en armonía con los derechos fundamentales de otras personas y los bienes de relevancia constitucional.

Siendo que el ejercicio de la libre iniciativa privada no debe atentar contra los intereses generales de la comunidad, mientras que el ejercicio de la libertad de empresa no debe poner en riesgo la salud de las personas.

Considera que el fin constitucionalmente legítimo de las medidas adoptadas es garantizar el derecho a la salud, pero no solo de los no fumadores, sino también de los fumadores, lo cual resulta evidentemente urgente ante la propagación de la epidemia del tabaquismo que produce enfermedades devastadoras. En tal sentido, no es correcto sostener que con la medida impugnada en los hogares los menores se encuentran más expuestos al humo de tabaco, pues según la Organización Mundial de la Salud, el efecto es justamente el opuesto al reducirse el consumo de tabaco, debido a que previene de la iniciación en su consumo al atacar el corazón de su aceptabilidad social, fomentando que los fumadores dejen de fumar más eficazmente que los propios esfuerzos dirigidos hacia los fumadores.

La norma que se encontraba vigente, esto es, la anterior a la norma impugnada, se admitía la habilitación de áreas designadas para fumadores en los locales públicos, lo cual era insuficiente para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud, pues no existe mecanismo alguno que sea

eficaz al 100% para impedir el paso del humo hacia la zona de no fumadores y los sistemas de ventilación no son capaces de evitar suficientemente la presencia de sustancias tóxicas en el ambiente. Conforme al Dictamen del Proyecto de Ley N.º 2996/2008-CR y N.º 3790/2009-PE que antecedieron a la dación de la norma impugnada, así como de acuerdo a sendos Informes de la Organización Mundial de la Salud y de la Organización Panamericana de la Salud, el medio utilizado por ella es el único medio efectivo para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud. Con lo cual, no puede considerarse a la legislación anterior como una medida alternativa, al no ser idónea para garantizar el derecho a la salud, motivo por el cual la norma supera el subprincipio de necesidad conformante del principio de proporcionalidad.

De la misma forma, la creación de establecimientos exclusivos para fumadores, donde labore únicamente personal fumador, de ninguna forma es una medida idónea para proteger la salud, pues los trabajadores fumadores estarían expuestos a las consecuencias del tabaquismo no solo en los momentos en que deciden fumar, sino también los momentos en los que no pueden hacerlo por estar trabajando.

Refiere que cuando la parte demandante propone un seguro de riesgo para los trabajadores de estos establecimientos, no solo reconoce que el trabajar en estos lugares es una actividad de riesgo, sino que propone una medida que no conduce a la reducción del consumo de tabaco, ni a la protección frente a la exposición al humo de tabaco, por lo que tampoco es una medida alternativa frente a la adoptada.

Por último, considera que si se realiza una comparación entre el grado de realización de la protección del derecho a la salud y el grado de afectación de los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, puede concluirse que la medida impugnada resulta proporcional en sentido estricto.

b. Con respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad

Para el caso en específico, el Tribunal señala en su fundamentación que con la imposición de las prohibiciones de crear espacios públicos cerrados solo para fumadores y de fumar en las áreas abiertas de los establecimientos dedicados a la educación que sean solo para adultos, las mismas restringen solo en menor grado los derechos fundamentales cuestionados, es decir, al libre desarrollo de la personalidad, a la libre

iniciativa privada y a la libertad de empresa, y, en contraposición a ello, alcanzan en un nivel altamente satisfactorio la protección del derecho fundamental a la salud. En otras palabras, debe prevalecer el derecho a la salud sobre los demás derechos alegados; pues con dichas medidas, se reduce significativamente el consumo de una sustancia con alto efecto adictivo y sumamente dañino no solo para la salud de quien fuma, sino también para quien no lo hace.⁷⁵

Para afirmar lo mencionado en el párrafo anterior, sostiene la siguiente estrategia: a) los derechos no son absolutos, b) el derecho a la salud es un derecho fundamental y el Estado, en virtud del convenio, se comprometió a garantizarlo en lo que atañe a su relación con el consumo del tabaco; c) el derecho al libre desarrollo de la personalidad admite intervenciones o interferencias, siempre y cuando éstas sean legítimas; es así como, d) prohibir la creación de locales cerrados exclusivamente para fumadores es una interferencia legítima, pues se trata de una medida ínfima que redundará en un beneficio mucho mayor: la de proteger la salud de los fumadores y los no fumadores.⁷⁶ Al respecto, resulta racional y válido que quiera protegerse la salud de los no fumadores que trabajan en los establecimientos cerrados para fumadores, pero ¿sucede lo mismo con la finalidad de proteger la salud de los fumadores? ¿es constitucionalmente exigible?

Ante lo cual, reiteramos que con ello lo que se plantea es una medida paternalista, la cual como bien se ha manifestado anteriormente, no podría ser considerada como válida. No obstante, para que sí sea calificada como tal, existen tres excepciones, las cuales son las siguientes:

“a) No es posible que en el ejercicio de su autonomía el ser humano renuncie o anule dicha autonomía. En otras palabras, no cabe que en ejercicio de su libertad el ser humano desconozca su condición de fin en sí mismo, para obligarse a ser exclusivo objeto o medio para la consecución de fines ajenos. En una frase, no cabe negar la dignidad del ser humano en ejercicio de la libertad;

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 19 de julio de 2011 en el EXP 00032-2010-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por 5,000 ciudadanos, contra la Ley 28705. Fundamento jurídico 141.

⁷⁶ CAMPOS BERNAL, Heber Joel. “¿Puede el Estado prohibirme fumar (o hacer todo lo posible para que no lo haga)?”. En: *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, 2011, Tomo 44. pág. 114.

b) Cabe restringir la libertad del ser humano en su propio beneficio, cuando tal restricción sea de grado ínfimo y tenga por objeto evitar la producción de un daño objetivo, grave e irreparable a un derecho fundamental titularizado por la persona restringida en su autonomía; y

c) Una medida jurídica paternalista se encuentra justificada cuando puede determinarse razonable y objetivamente que la persona que va a ser sujeto de ella, por alguna razón, tiene limitada la libre manifestación de su voluntad y al restringirse su libertad se evita razonablemente un daño objetivo, grave e irreparable a sus derechos fundamentales.”⁷⁷

En definitiva, debe concluirse que tal medida es errónea, toda vez que en virtud del principio del daño, no se puede intervenir en las decisiones de terceros, siempre y cuando exista una razón racional, es decir, de mayor peso que lo posibilite; como por ejemplo, en el caso del uso del cinturón de seguridad. Además, que atentaría contra el contenido esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual está directamente vinculado con la optimización del principio de autonomía, pues no basta con que una conducta sea considerada lesiva, desde un punto de vista moral, para que sea declarada inválida, se requiere, a su vez, que tenga impacto en terceros o que atente contra lo que, en esencia, la motiva: el libre albedrío. Sobre este último aspecto el Tribunal Constitucional ha hecho una observación y ha dicho que el consumo del tabaco no responde al ejercicio del libre albedrío, pues constituye una adicción que, al igual que otras, como el alcohol o la cocaína, no puede ser controlada de motu proprio por el consumidor. El problema con este argumento es que si fuera cierto entonces todas las otras adicciones, a saber, las vinculadas al alcohol, la cocaína, las apuestas, etc., también tendrían que ser prohibidas, lo cual, como indica la experiencia reciente, parece un poco improbable.⁷⁸

Por otro lado, vale mencionar que existen muchas objeciones acerca de la racionalidad de la ponderación, siendo las más prominentes las que se refieren a la indeterminación de la ponderación, la inconmensurabilidad a que se enfrenta su aplicación y la imposibilidad de predecir sus resultados.⁷⁹ En la primera de las objeciones se resalta que la ponderación

⁷⁷ CAMPOS BERNAL, Heber Joel. Ob. cit. pág. 114.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, pág. 45.

no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder al carecer de un concepto claro y de una estructura jurídica precisa,⁸⁰ pues no existe criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que puedan ser utilizadas para controlar las decisiones judiciales de los jueces quienes ponderan principios, por ello, se dice que la ponderación es una estructura formal y vacía, basada exclusivamente en meras apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del propio juez; las cuales constituirían la balanza con la que se pondera, y como consecuencia, la ponderación no podría ofrecer la única respuesta correcta para los casos en los que es aplicada.⁸¹

En cuanto a la segunda objeción, esto es, la inconmensurabilidad en la ponderación, señala que la ponderación es irracional toda vez que implica una comparación entre dos magnitudes que no serían comparables, debido a sus radicales diferencias, ni una medida común entre ellos que permitiera determinar el peso que les corresponda en cada caso, pues no existiría una “unidad de medida” o una “moneda común que posibilite la ponderación” entre los principios que entran en conflicto en cada caso.⁸²

Finalmente, en cuanto a la imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación, pues estos serían particulares y dependerían de las circunstancias de cada caso en específico y no de criterios generales. En ese sentido, las decisiones judiciales que surgen de la ponderación conformarían una jurisprudencia ad hoc, la se orienta a magnificar la justicia del caso en concreto, mientras sacrificaría la certeza, la coherencia y la generalidad del derecho.⁸³

En conclusión, debe quedar en claro que quien fuma, es decir, los fumadores, asumen poner en riesgo su salud, lo mismo sucede, por ejemplo, en que lo hacen los deportistas que practican algún deporte extremo o del torero que en cada espectáculo se enfrenta a un bravo toro de lidia, y como es evidente, nuestra sociedad o el Estado, no decide prohibir ninguna de estas o tomar medidas para desincentivarlas. Es más, las políticas adoptadas por el Estado – caracterizadas muchas veces por prohibir cada vez más – resultan manifiestamente ineficientes pues generan los efectos contrarios. Lo que quizás debería hacerse en que los

⁸⁰ LEISNER, Walter. *Der Abwagungsstaat*. Berlín: Duncker & Humblot, 1997, pág. 171.

⁸¹ BERNAL PULIDO, Carlos. *Ob. cit.* pág. 45.

⁸² ALENIKOFF, Thomas Alexander. “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *En Yale Law Journal*, núm, 96, 1987, pág. 973.

⁸³ BERNAL PULIDO, Carlos. *Ob. cit.* pág. 47.

consumidores de cigarrillos internalicen el costo que les genera fumar, a través de los espacios exclusivos para fumadores, los cuales deberán estar acondicionados, en otras palabras, para reducir los efectos contaminantes del humo del tabaco; lo cual estaría expresado en un mayor precio para los fumadores, los cuales quieren darse el gusto de fumar un cigarrillo.

10. Conclusiones

- La realidad nos demuestra que vamos a encontrar muchos casos en donde los derechos fundamentales se encuentran en colisión, esto es, una medida legislativa puede intervenir en un derecho fundamental; y para definir su constitucionalidad, existe una herramienta hermenéutica llamada: el principio de proporcionalidad; el cual fue pensado para determinar si la intervención del poder político al derecho fundamental en cuestión, resulta ser una medida constitucionalmente dada o no.
- El principio de proporcionalidad se ha convertido en el principal instrumento con el que cuenta el operador jurídico para determinar si la actuación estatal deber tener cobertura constitucional por no ser arbitraria y ajustarse del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Y si dicha medida, se ajusta a las exigencias de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y de respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental en concreto.
- El principio de proporcionalidad, como se puede advertir líneas arriba, se encuentra bajo el peligro de ser empleada o aplicada por los Tribunales Constitucionales de manera irracional y subjetiva; y que, en consecuencia, generan una serie de confusiones y oscuridades que pueden encontrarse en la doctrina y la jurisprudencia.
- El Tribunal Constitucional peruano no ha sido ajena a la aplicación del principio de proporcionalidad en varias situaciones en las que se encontraba en juego algún derecho fundamental. Sin embargo, se advierte una falta de unidad en su línea jurisprudencial y, sobre todo, de claridad y precisión. Buena muestra de ello se aprecia en la aplicación del principio de proporcionalidad en la sentencia conocida como “Ley antitabaco”, en la cual, mediante argumentos pocos felices se establece que la medidas legislativas han sido dadas conforme a la Constitución.
- En conclusión, es evidente que los jueces constitucionales no se encuentran en la capacidad para aplicar de manera eficiente el principio de proporcionalidad,

pues ajustan los criterios exigidos por éste principio a la subjetividad de cada uno, con lo cual, podemos decir, que no se basan en argumentos jurídicos ni objetivo o racionales, sino en lo que ellos consideran como aceptable.

11. Bibliografía

AGUADO CORREA, Teresa

1999 *El principio de proporcionalidad en materia penal*. Madrid: Edersa.

ALEXY, Robert

1993 *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

2002 “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”. Traducción de Carlos Bernal Pulido. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 66.

2010 *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Lima: Palestra Editores.

ALEINIKOFF, Thomas Alexander

1987 “Constitutional Law in the Age of Balancing”, En *Yale Law Journal*, núm, 96.

BERNAL PULIDO, Carlos

2008 “La racionalidad de la ponderación”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

2010 “La racionalidad de la ponderación”. En *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.

2014 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*. Colombia: Universidad Externado.

CAMPOS BERNAL, Heber Joel

- 2011 “¿Puede el Estado prohibirme fumar (o hacer todo lo posible para que no lo haga)?”. En: *Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Tomo 44.

CARBONELL, Miguel

- 2008 “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”. En *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- 2010 El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo. Lima: Palestra Editores.

DWORKIN, Ronald

- 1977 “¿Es el derecho un sistema de reglas?”. Versión Castellana de Javier Esquivel y Juan Rebolledo G. En *Cuadernos de Crítica* 5. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas – UNAM.
- 1978 “No right answer?”. En *Law Review - New York University*, Volume 53, April, Number 1.

GUASTINI, Ricardo

- 2010 “Ponderación: Un análisis de los conflictos entre principios constitucionales”. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.

GRANDEZ CASTRO, Pedro

- 2010 “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.

HABERMAS, J.

- 1998 *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta.

LEISNER, Walter

1997 Der Abwagungstaat. Berlín: Duncker & Humblot.

LOPERA MESA, Gloria Patricia

2010 “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”. En *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.

MORESO, José Juan

1997 *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PRIETO SANCHÍS, Luis

2003 *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Palestra, Lima.

2010 “El juicio de ponderación constitucional”. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.

PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander

2016 “¿Peligros de la ponderación? La racionalidad de la ponderación en la interpretación de los derechos fundamentales”. En *Vox Juris*, N° 31.

RIDDALL, J.G

1999 *Teoría del Derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa.

RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos.

2009 “Estado Constitucional de Derecho, democracia y descentralización”. En *Estado de derecho en el marco de la Descentralización en los Países Andinos*. Lima: Capacides.

SÁNCHEZ GIL, Rubén

- 2010 “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”. En *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.
- 2014 *El principio de proporcionalidad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

