

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica

¿DEBEN NECESARIAMENTE PONDERAR LOS JUECES
AL EJERCER CONTROL DIFUSO?

CRÍTICA A LA CONSULTA 1618-2016-LIMA NORTE

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Autor:

Christian Pavel Sánchez Pérez

Asesor:

Dr. Pedro Paulino Grández Castro

Lima, 2021.

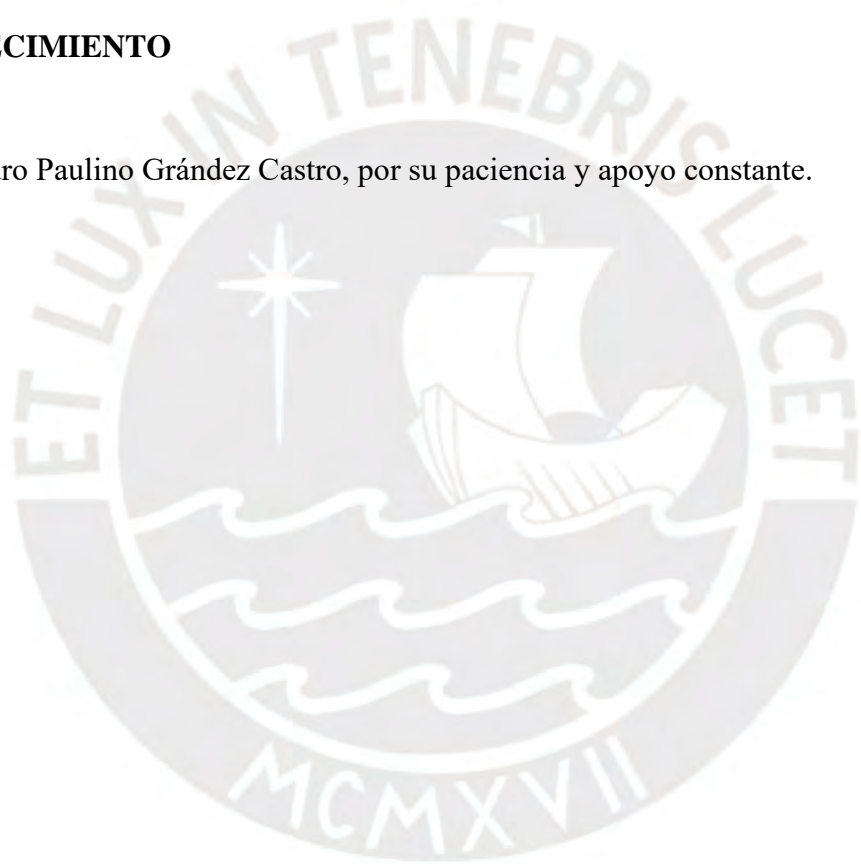


DEDICATORIA

A mis padres, con amor.

AGRADECIMIENTO

Al Dr. Pedro Paulino Grández Castro, por su paciencia y apoyo constante.

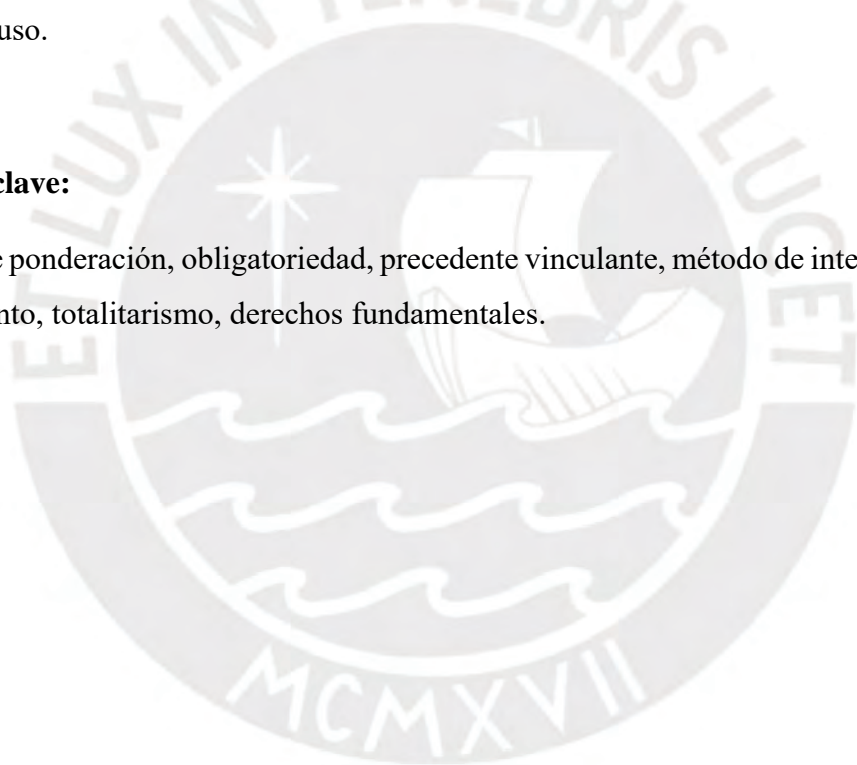


RESUMEN

El presente trabajo pretende explicar a través del método dogmático si los jueces al ejercer control difuso deben aplicar necesariamente el test de proporcionalidad conforme lo ordenado en el precedente vinculante, Consulta Nro. 1618-2016-Lima Norte. Asimismo; se explica la aplicación de la teoría conflictivista de derechos fundamentales y la implicancia jurisprudencial en el control difuso para el Derecho peruano. Se arriba a la conclusión de que, si bien el análisis de ponderación es un método de interpretación constitucional global, este no es el único, debiendo priorizarse la libertad interpretativa y no buscar obligar a los jueces a razonar de una única manera. Más aún si para ello no existe justificación alguna y concurre un vacío jurisprudencial de motivación respecto de que haya otro nivel de igual exigencia para la aprobación de la sentencia que realiza control difuso.

Palabras clave:

Análisis de ponderación, obligatoriedad, precedente vinculante, método de interpretación, razonamiento, totalitarismo, derechos fundamentales.



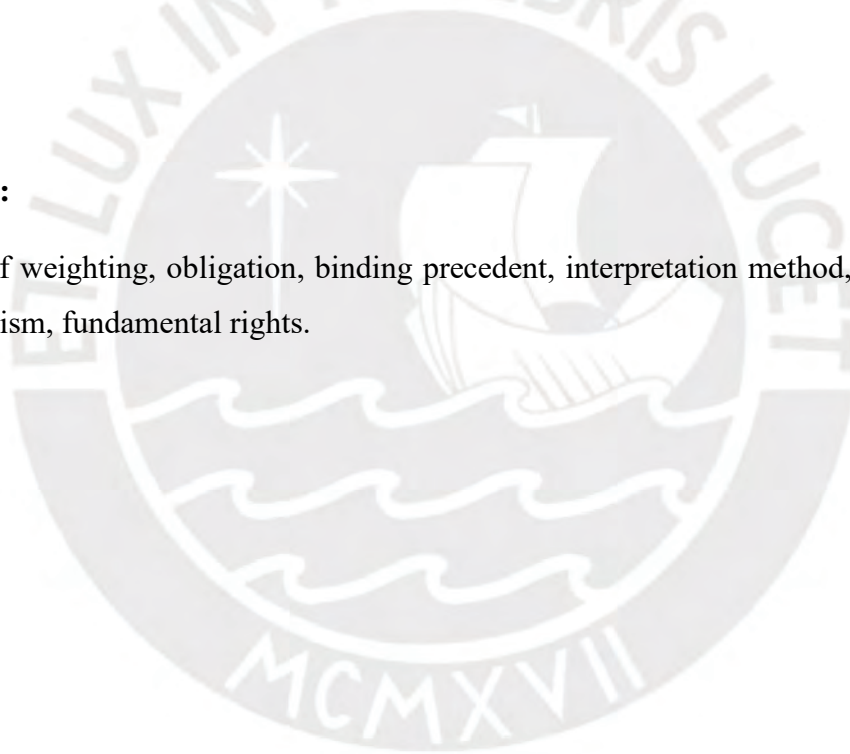
ABSTRACT

The present research aims to explain, through the dogmatic method, whether judges, when exercising diffuse control, must necessarily apply the proportionality test according to the mandates of the binding precedent, query Nro. 1618-2016-Lima Norte. Also; the application of the conflictivist theory of fundamental rights is explained, as well as the jurisprudential implication in diffuse control for peruvian law.

It comes to the conclusion that, although weighting analysis is a constitutional global interpretation method, this is not the only one, so interpretive freedom must be prioritized, not forcing judges to reason in a single way. Even more, if there is no justification for this and there is a case-law vacuum of motivation with respect to the existence of another level of equal requirement for the approval of the statement that performs the diffuse control.

Keywords:

Analysis of weighting, obligation, binding precedent, interpretation method, reasoning, totalitarianism, fundamental rights.



ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	2
ASPECTOS METODOLÓGICOS	2
I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN.....	2
II. PLANTEAMIENTO DE LAS PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.....	4
2.1. Pregunta principal.....	4
2.2. Preguntas secundarias.....	4
III. PLANTEAMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	4
3.1. Objetivo principal.....	4
3.2. Objetivos secundarios	4
IV. PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.....	5
CAPÍTULO II:.....	6
DESARROLLO TEÓRICO	6
I. EL CONTROL DIFUSO	6
1.1. La función de la Corte Suprema en el control difuso	6
1.2. Hacer la consulta es una vieja tradición de jerarquía. Separación de la Corte Suprema y los Jueces.	8
1.3. Corte concentrada de control difuso: ¿Quién hace el control difuso? el Juez o la Corte Suprema	9
II. CÓMO FUNCIONA EL CONTROL DIFUSO EN EL ESCENARIO ORIGINAL.....	10
III. LA IMPOSICIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD	12
3.1. La exigencia de la proporcionalidad a la hora de ejercer el control difuso	12
3.2. Perspectiva crítica sobre el análisis de proporcionalidad.....	16
3.3. ¿Cómo funciona el análisis de proporcionalidad?.....	18
3.4. La sujeción de los jueces ordinarios a lo ordenado en la Consulta Nro. 1618-2016, Lima Norte.....	19
3.5. ¿Qué teoría de derechos fundamentales presupone este test?.....	20
IV. EL CONTROL DIFUSO ES MÁS QUE LA PROPORCIONALIDAD	23
4.1. La proporcionalidad es solo una forma de razonar	24
4.2. La Corte se equivoca al generalizar.....	28
CONCLUSIONES.....	30
RECOMENDACIONES.....	31
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	32

INTRODUCCIÓN

El test de proporcionalidad, como método argumentativo, ha merecido un importante reconocimiento mundial, especialmente en la ingente jurisprudencia de las más altas Cortes de Estado. Para su aplicación dogmática, es necesario recurrir a la teoría conflictivista de derechos fundamentales; mientras que, para su aplicación jurisprudencial, es utilizada como uno de los posibles métodos de solución de casos concretos.

En este marco controversial, el Tribunal Constitucional Peruano, ha justificado los criterios para su aplicación a los casos concretos en todas las esferas del derecho público y privado. Siguiendo esta línea argumentativa, la Corte Suprema de Justicia ha determinado como doctrina jurisprudencial vinculante, que, ante un eventual control difuso constitucional, es obligatoria la aplicación del test de proporcionalidad¹ u otro de igual nivel de exigencia.

Ello, sin preocuparse por las serias implicancias dogmáticas en la imposición de la teoría conflictivista de derechos fundamentales y el marcado totalitarismo jurisprudencial que dicha práctica impone, por lo que resulta necesario revalorar otro nivel de exigencia argumentativa, cuya significancia involucre una teoría o teorías de derechos fundamentales y la libertad hermenéutica de argumentación de los jueces. Pues existe libertad de razonar al momento de solucionar un caso concreto.

¹ Resulta relevante indicar que la doctrina en general la describe como “análisis de proporcionalidad”.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN

El presente estudio versa sobre el análisis del test de ponderación como mecanismo argumentativo utilizado por la Corte Suprema de Justicia del Perú conforme lo regulado en el artículo 138 de la Constitución Peruana: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”, a fin de alcanzar la debida motivación frente al control de legalidad que ejercerse la judicatura ordinaria al momento de realizar control difuso.

El Tribunal Constitucional Peruano, a través del caso Rosa Martínez García (2011), estableció una estructura metodológica para motivar adecuadamente el control de constitucionalidad de las leyes, debiendo verificarse el control de la constitucionalidad de las leyes y, en especial, el principio de proporcionalidad (F.j 15) que, a efectos de ser desarrollado, indica (f.j. 26):

La inaplicación de la ley a un caso concreto, resulta de vital importancia identificar aquel contenido constitucionalmente protegido, así como la manifiesta incompatibilidad de la norma legal respecto del mencionado contenido constitucional, procedimiento en el que resultará importante superar el control de proporcionalidad, entre otros que se estime pertinente, de modo que se argumente correctamente la decisión judicial.

Paso seguido, desarrolla la identificación de la medida en el caso concreto, idoneidad [i) el objetivo y finalidad de la intervención de los derechos fundamentales; ii) adecuación de la medida], necesidad y el examen de ponderación o proporcionalidad en estricto.

Siguiendo esta línea interpretativa, la Corte Suprema de Justicia del Perú, en la Consulta Nro. 1618-2016, expidió doctrina Jurisprudencial vinculante, estableciendo como criterio obligatorio para el control de legalidad:

iv. En esencia el control difuso es un control de constitucionalidad en concreto que conlleva la inaplicación al caso particular, por lo que es exigencia ineludible iniciar identificando los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención, **para así poder aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual nivel de exigencia**, examinando si la medida legal en cuestión, supera el examen de idoneidad (de medio a fin), el examen de necesidad (de medio a medio), y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (cuanto mayor la intensidad de la intervención o afectación del derecho fundamental, debe ser mayor el grado de satisfacción u optimización del fin constitucional) **(resaltado mío)**

Esta línea interpretativa se ha mantenido en diversas consultas que buscaron inaplicar sendos preceptos legales y justifican como fundamento, el precedente vinculante antes citado, en el que, de manera mecánica, los jueces dirimen su razonamiento a la aplicación del test de proporcionalidad².

Al respecto, es importante precisar que la Corte Suprema no cumple un rol ideológico en la impartición de justicia³, la exigencia de una debida motivación importa que los jueces expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una decisión no solo del ordenamiento jurídico, sino de los hechos del caso (Caja de beneficios y seguridad social del pescador, 2006, F.j. 2)

En tal sentido, el presente trabajo cuestiona dicha tesis argumentativa pues conmina a razonar de una única manera a los magistrados, abogados e integrantes del sistema judicial, más aún si la expresión “u otro nivel de exigencia”, en alusión a otro mecanismo argumentativo, no ha sido propuesto por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia o por otro integrante de nuestro sistema de justicia. Por lo que la filosofía del derecho, aún oscura para algunos, resulta más adecuada que el propio sistema de justicia.

² Puede verificarse algunas jurisprudencias: Consulta Exp. Nro. 27415-2018 (f.j. 5); Consulta Exp Nro. 22515-2017 (f.j. 2.3); Consulta Exp Nro. 20697-2018(f.j. 5), entre otras.

³ Para mayor estudio sobre el rol de la Corte Suprema puede consultarse el estudio realizado por la Comisión de profesores para impulsar el debate sobre la reforma de la justicia en el Perú, (2014, pp. 13 -ss)

Además, preveo que existen sendas consecuencias dogmáticas, que producen un totalitarismo conflictivista de derechos fundamentales del que parte la aplicación del test de proporcionalidad, una práctica institucional invasiva de la independencia judicial y una sesgada producción jurisprudencial que propugna el sacrificio de la unidad Constitucional con un totalitarismo jurisprudencial interesado en ponderar, prescindiendo incluso de su utilidad al caso concreto.

II. PLANTEAMIENTO DE LAS PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

2.1. Pregunta principal

¿Deben los jueces, al ejercer control difuso, aplicar necesariamente el test de proporcionalidad?

2.2. Preguntas secundarias

- 2.2.1. ¿Qué teoría de derechos fundamentales aplican los jueces al realizar el test de proporcionalidad?
- 2.2.2. ¿Cuáles son las consecuencias dogmáticas y jurisprudenciales de aplicar el test de proporcionalidad en el ejercicio del control difuso?
- 2.2.3. ¿Qué otro nivel de exigencia podría emplear los jueces para motivar las decisiones sobre el control de legalidad?

III. PLANTEAMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Objetivo principal

Explicar si los jueces, al ejercer control difuso, deben aplicar necesariamente el test de proporcionalidad.

3.2. Objetivos secundarios

- 3.2.1. Determinar qué teoría de derechos fundamentales aplican los jueces al realizar necesariamente el test de proporcionalidad.
- 3.2.2. Determinar las consecuencias dogmáticas y jurisprudenciales de la aplicación del test de proporcionalidad en el control difuso.

3.2.3. Identificar otro nivel de exigencia que podrían emplear los jueces para motivar las decisiones sobre el control de legalidad.

IV. PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

Los jueces no deben aplicar necesariamente el test de proporcionalidad, pues ello implica la imposición dogmática de la teoría conflictivista de derechos fundamentales y el totalitarismo argumentativo en los jueces.



CAPÍTULO II:

DESARROLLO TEÓRICO

I. EL CONTROL DIFUSO

1.1. La función de la Corte Suprema en el control difuso

El profesor Domingo García Belaunde (2003, p. 369-370) indica que la primera aproximación al tema fue en la Constitución peruana de 1856, que estableció:

- a) el artículo 10, que en su primera parte señala que “es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”. Agregando que “son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas”, y
- b) eliminó el Consejo de Estado, dejando en el aire todo lo concerniente a la vigilancia del respeto a la Constitución.

Sin embargo, indica que las constituciones hispanoamericanas de la época no habrían recogido el control constitucional, peor aún, no se habría expedido una norma de desarrollo del artículo citado.

En este orden de ideas, refiere que es hasta 1920, con el dictamen fiscal del Dr. Guillermo Seoane, que la Corte Suprema sostuvo que la Constitución es la norma máxima del ordenamiento jurídico contra la cual no pueden ir las leyes que son infraconstitucionales, declarando la inaplicación de la ley que así la desconocía. (2003, p. 374)

Sin embargo, será el proyecto de reforma de la Constitución para 1919, la que por primera vez determinará la incorporación del control de constitucionalidad en la historia del derecho peruano, que fuera retirado por motivos no conocidos por el entonces senador de Lima Prado.

Es hasta el Código Civil de 1936, que en el artículo XXII del Título Preliminar previó:

Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera la primera.

Pero la necesidad histórica de alcanzar una determinación jurídica correcta, conllevó no solo a la publicación de una Ley Orgánica del Poder Judicial, sino al reconocimiento de sendos modelos de controles: concentrado y difuso de conformidad con el artículo 236 de la otrora Constitución de 1979.

Posteriormente, el orden constitucional peruano habilita, por la voluntad del pueblo, a todos los jueces del Poder Judicial, a poder administrar justicia conforme a la Constitución y las leyes. Así, en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, estos preferirán la primera. En igual sentido, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior, tal y como está previsto en el artículo 138 de la Constitución Peruana vigente⁴.

Esta habilitación constitucional se encuentra determinada programáticamente en el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo que la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo control difuso siendo que, en todos los casos, los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trate de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose de elevación en consulta, sin perjuicio de acción popular, tal y como puede apreciarse los artículos 14 y 32 de la norma glosada⁵.

⁴ Constitución Política del Perú, artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso: La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

⁵ TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución:

Artículo 14.- De conformidad con el Art. 236 de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. (*)

Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación.

En todos estos casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular. (*)

(*) Ver artículo 138 de la Constitución Política de 1993

Esta posición guarda valiosa relación con la prioridad de la norma constitucional, establecida como regla jurisprudencial por el Tribunal Constitucional (Caso Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos, 2005, F.j. 8), donde el carácter normativo constitucional abarca a todas las materias que esta regula como principios, valores o disposiciones de la Constitución. (Caso Maximiliano Villanueva Valverde, 2005, F.j. 3)

1.2. Hacer la consulta es una vieja tradición de jerarquía. Separación de la Corte Suprema y los Jueces.

Una importante aportación histórica sobre este aspecto, viene determinada en la opinión del doctor Javier Valle Riestra (1978-1979, p. 430), al debatir en la 23ª sesión parlamentaria, donde reestablecido el debate, luego de aprobar la excepción de inconstitucionalidad en el trámite ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, se tomó en agenda sobre cómo resolver el trámite de inaplicación de la ley frente a la Constitución:

Cuando un órgano judicial al conocer de cualquier plan encuentra que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una ley u otra norma de inferior rango, preferirá la primera. Los jueces no aplicarán los decretos, resoluciones, reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución y a la ley. En todos estos casos el fallo una vez firme será elevado en consulta al Tribunal de Garantías que podrá aprobar, revocar o reformar en todo o en parte la sentencia.

Al respecto, el diputado constituyente realiza una determinación originalista en torno al referéndum legislativo, recordando que el Juez no interpreta el derecho, lo aplica. Por ello, cuando el juez tenía un problema de este tipo, suspendía para consultar con el parlamento cuál era la interpretación de la ley.

Fue posteriormente, mediante Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Nro. 14605; en su artículo 8, que estableció:

Cuando los jueces y tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentran que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera”.

Artículo 32.- Competencia: La Corte Suprema conoce: (...) c) de las consultas cuando un órgano jurisdiccional resuelve ejerciendo el control difuso; (...)

- a) Si no fueran apeladas las sentencias de primera instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema.
- b) Las sentencias de segunda instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, sino se interpusiera recurso de nulidad.

Siendo que, si bien en el orden histórico constitucional peruano, siempre se ha tenido la noción de realizar la consulta, cual referéndum legislativo francés, a la Corte Suprema a través de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, debemos preguntarnos, ¿es acaso una posibilidad jurídica evidenciar que dicha práctica configura una vieja noción de sistema de justicia que debemos superar? Donde, si bien la finalidad es la evaluación de los fundamentos esbozados por el Juez o Sala Superior, sobre la base de la conformidad de parte y la existencia de sentencia firme, para evaluar única y exclusivamente el juicio de inaplicación. (Caso Marco Antonio Pedraza Villanueva, 2020, p. 5) Más aún si en la precitada jurisprudencia (p. 6) determina que el procedimiento de consulta **i.** no constituye un recurso residual ni suspende la ejecución del proceso y **ii.** No supe la inacción de las partes procesales.

Al respecto, una contra respuesta aparentemente necesaria a este paso históricamente implementado, pero materialmente prescindible, podría ser la necesidad de reconocer normativamente a las sentencias interpretativas como un salvoconducto para el Juez Constitucional; sin embargo, considero que el activismo judicial sustituiría gravemente la labor legislativa, por lo que es propicio continuar en dicha construcción dogmática.

1.3. Corte concentrada de control difuso: ¿Quién hace el control difuso? el Juez o la Corte Suprema

Debe recordarse, que la aplicación de la ley es un atributo propio de la administración de justicia por el Juez, que con esta mecánica y sin desearlo, se está tornando en una atribución única y exclusiva de los Jueces Supremos integrantes de la Corte Suprema.

La consulta entonces, estima una revisión por el superior en grado, de lo razonado, siempre y cuando este así previsto en la ley, a fin de que luego de ser evaluado,

cause ejecutoria. Sin embargo, esto ha tornado en una derivación mecánica, y la limitación a la administración de justicia, concentrándola de modo tal, que ya no es el Juez quien determina su labor, sino la labor concentrada de la Corte Suprema.

El Juez constitucional, en su labor interpretativa, realiza un esfuerzo natural por resolver un problema concreto conforme la Constitución, mas no es una interpretación secundaria o terciaria la que busca dar una respuesta amparada en derecho, de ahí, entonces, cabe repensar el sentido jurídico de la jerarquía del intérprete, en tanto, los Jueces determinan la solución a un caso inter partes, cayendo en una visión provocativa del establecimiento de reglas precedentes generales a través de la absorción de la solución de conflictos, únicamente por la Corte Suprema.

II. CÓMO FUNCIONA EL CONTROL DIFUSO EN EL ESCENARIO ORIGINAL

El ordenamiento jurídico peruano contiene un sistema de control constitucional dual, en tanto conviven de manera armónica el control difuso y concretado. Este control supone un juicio de compatibilidad abstracta entre dos normas de diferente jerarquía. En primer lugar; la Constitución, como parámetro de control, y la ley o normas con rango de ley, como objeto del mismo control. (Martos, 2014)

Para presentar el escenario original bajo un juicio de pertinencia en la presente disertación, resulta prioritario realizar al menos dos determinaciones:

Una primera aportación viene de la mano de la profesora Susana Castañeda Otsu (Walter Gutiérrez, 2005, p. 12) quien refiere que doctrinalmente proviene de los Estado Unidos de Norteamérica, pero debe tomarse en cuenta el derecho anglosajón, quien refiere para este último el famoso caso Dr. Bonham's Case, de 1610, en el que el Juez Coke sostuvo el Common law controlará las leyes del parlamento y las juzgará nulas, si es contra el común derecho y la razón. Afirmando que ello se ha trasladado a la experiencia norteamericana en 1787 artículo III sección 2, afirmando:

El Poder Judicial se extenderá a todos los casos, en derecho y equidad, que surjan bajo esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad (...)"

Continúa afirmando que la supremacía constitucional está determinada en el artículo VI sección 2:

Esta Constitución y las leyes de los Estado Unidos que de ella dimanen, y todos los tratados que se celebren o vayan a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos, constituirán la ley suprema de la Nación, y los jueces de todos los Estados tendrán obligación de acatarla, a pesar de cualquier disposición contraria que pudiera estar en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado.

Fue en 1803 a través del *leading* case Marbury versus Madison, el que es considerado como el inicio del control judicial de constitucionalidad, que en palabras de Miguel Carbonell (2006, p. 289), trata de un asunto de teoría general de la Constitución (la supremacía constitucional) y de teoría de derecho procesal constitucional (el papel de los jueces ante las leyes inconstitucionales).

El profesor T. Alexander Aleinikoff, describe el auge de esta técnica argumentativa allá por los años 1930 y comienzos de la década de 1940, en el que precisa la coexistencia de una nueva forma de interpretación constitucional explicando su esquema en tres ámbitos: político, judicial y académico. El primero, en tanto la Corte Suprema norteamericana era vista como una institución distanciada de las necesidades y deseos norteamericanos⁶. El segundo, significando un cambio argumentativo que venía influencia por casi medio siglo de filosofía fermentada⁷ y finalmente el tercero, donde señala a Oliver W. Holmes, como el principal impulsor antiformalista, en el que el derecho es más un producto de la experiencia social que de la lógica deductiva. (pp. 31-55)

Este escenario actual permite colegir, que el originalísimo institucional que une, el control constitucional con la ponderación, no es de larga data. Por el contrario, es una expresión tan reciente, que incluso en el derecho peruano, es de recibo jurisprudencial en los últimos veinte años. En el que hemos convenido en dotarle

⁶ El autor describe la Ley de Reorganización de la judicatura de 1937, en la que dotaba de poder al presidente de elegir un miembro de la Corte Suprema extra por cada juez mayor de setenta años y medio. Esta norma fue dada por el presidente Franklin D. Roosevelt ante la anulación de muchas medidas por parte de la Corte en torno a la lucha por salir de la gran depresión.

⁷ Cita el autor que dentro de los principales propulsores fueron Holmes, Brandeis y Stone. Quienes tenían el punto común en las críticas a una mecánica forma de interpretación prácticamente desfasada y que no recogía la preocupación por la realidad social.

características de obligatoriedad en desmedro de la libertad interpretativa de los jueces, como veremos a continuación.

III. LA IMPOSICIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

3.1. La exigencia de la proporcionalidad a la hora de ejercer el control difuso

El crecimiento y expansión de la ponderación ha ido convirtiéndose en una práctica interpretativa de la Corte Suprema norteamericana a raíz de la necesidad de resolver problemas jurídicos relacionados con la primera y cuarta enmienda, entre otros. (Aleinikoff, 2015, pp. 57-71). Tal parece, en palabras del autor citado, que ante cualquier eventual problema jurídico, nuestro cerebro automáticamente comenzará a analizar intereses en conflicto: El derecho constitucional vive la era de la ponderación (p.71)

La relación de los derechos fundamentales y el Estado Social y democrático de derecho, expresada como dinámica necesaria de las relaciones humanas, ha determinado en el ordenamiento peruano constitucional, que la atribución judicial recaída sobre el examen de razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo sean realizados en un contexto de excepción – a la que denominaré: material – restricción o suspensión de derechos fundamentales, e inversamente proporcional– a la que denominaré: garantía- contextualización de urgente y necesaria interpretación⁸.

Por otro lado, sobre los orígenes filosóficos de la proporcionalidad, Aharon Barak (2017) indica “La proporcionalidad es una cualidad digna de poseer en la vida ordinaria. Ella refleja la experiencia vital y el razonamiento cuidadoso” (p. 205). Continúa indicando, en una prolija descripción sobre la proporcionalidad y su irradiación, que respecto a América del Sur, ésta migra como consecuencia española y de manera indirecta de la jurisprudencia constitucional alemana. (p. 231).

⁸ Constitución Política del Perú, artículo 200: “Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”.

En esta línea histórica, el Tribunal Constitucional de Perú, en el Caso Marcelino Tineo Silva y Más de 5,000 ciudadanos, (2003, f.j. 195), indicó respecto al artículo 200 de la carta constitucional:

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

Por otro lado, el profesor Luis Castillo (2020), indica que:

(...) la existencia del principio de proporcionalidad ha sido desarrollado como un principio del entero ordenamiento jurídico peruano, invocable por tanto en cualquier ámbito del derecho y no solo aplicable para los casos de determinar la proporcionalidad de la concreta medida restrictiva de un derecho constitucional suspendido en un régimen de excepción.

(...) también hace fundar aquel principio en la cláusula del estado de derecho y, complementariamente en el valor justicia⁹.

A su turno, el profesor Pedro Grández (pp. 342-343), refiere que el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional peruana, venía invocada como mandato de prohibición de exceso en la imposición de una sanción en el ámbito administrativo¹⁰, y como expresión “sustantiva” del debido proceso¹¹.

Sobre los sentidos interpretativos del TC, el profesor Luis Castillo (2020, pp. 365-366) ha concluido en la falta de unidad en su línea jurisprudencial, en donde el TC

⁹ En el mismo sentido puede revisarse: Miguel Carbonell, Pedro Grández Castro. (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano. Lima: Palestra.

¹⁰ Véase Exp. Nro. 408-97-AA/TC, Caso Juan Pedro Vaca Ávalos, 1998, F.j. 4.

¹¹ El autor indica que se habría realizado control por el TC a una decisión del Poder Judicial en una suerte de “ponderación de ponderación”. Véase Exp. Nro. 1209-2006-PA/TC, Caso Compañía Cervecería AMBEV Perú S.A.C, 2006, f.j. 28.

determina la razonabilidad, como algo distinto a la proporcionalidad¹². Que el principio de razonabilidad significa algo distinto al principio de proporcionalidad¹³. Sobre el test de razonabilidad vendría a equivaler al test de proporcionalidad¹⁴, que a su vez es algo distinto a la razonabilidad¹⁵. Indicando que, nuevamente el TC, interpretaría de manera contradictoria los antes mencionados test¹⁶. Luego, llama racionalidad a lo que antes llamó test de proporcionalidad, test de razonabilidad y proporcionalidad¹⁷. Indicando que esto genera oscuridades, pero que es posible realizar una conformación del verdadero significado.

Por otro lado, tomando en cuenta que el Tribunal Constitucional construye una teoría argumentativa “estatal”, pues al ser el máximo intérprete de la Constitución, determina el derrotero interpretativo del contenido de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional¹⁸. Esta actividad hace gala de la teorización- aplicación de los derechos fundamentales y su debida interpretación. Es decir, el Tribunal Constitucional, muestra no solo el camino interpretativo racional de las instituciones y derechos en el Estado Social y democrático de derecho plasmados en la Constitución, sino que justifica el derrotero interpretativo a través de sus precedentes conforme el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

Sobre ello, respecto de la jurisprudencia constitucional descrita, constituyen tres preocupaciones:

1. Existe un totalitarismo constitucionalizado del Tribunal Constitucional en la aplicación del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

¹² Véase Exp. Nro. 0090-2004-AA/TC, Caso Juan Carlos Callegari Herazo, 2004, f.j. 35. Parte final: “hora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental)”.

¹³ Véase Exp. Nro. 2235-2004-AA/TC, Caso Grimaldo Saturnino Chong, 2005, f.j. 6

¹⁴ Para ello el referido autor indica que puede verificarse: Exp. Nro. 1277-2003-HC/TC, Caso Orlando Montesinos Torres, 2003, f.j. 6; Exp. Nro. 0649-2002-AA/TC, Caso Calcosta S.A. , 2002, f.j. 3 [6], Exp Nro. 2090-2003-HC/TC, Caso Juan Julián Montoya Ibarra, 200, f.j. 5.

¹⁵, Véase el Exp. Nro.0017-2003-AI/TC, Caso Defensoría del pueblo, 2004, f.j.2.17. "g", "i".

¹⁶ Véase el Exp. Nro. 2579-2003-HD/TC, Caso Julia Eleyza Arellano Serquén, 2004, f.j. 7

¹⁷ Véase el Exp. Nro. 1875-2004-AA/TC, Caso Liliana Janet Rodríguez Villanueva y otros, 2004, f.j. 5.

¹⁸ Véase Exp. Nro. 2409-2002-AA/TC, Caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos, 2002, F.j. 1.a.

2. El Tribunal Constitucional tiene sentencias contradictorias en casos concretos sobre la aplicación del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

3. Que dichas opiniones contradictorias irradian al juez ordinario por imposición de la doctrina jurisprudencial vinculante.

Esto a su vez contiene otras implicancias, de las cuales nos importa únicamente atender:

a. La incidencia sobre la teoría de derechos fundamentales frente a casos concretos resueltos por el Tribunal Constitucional en aplicación del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

a.1. Existe un predominio de la teoría conflictivista de los derechos fundamentales en las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional.

a.2. El sometimiento de la teoría no conflictivista de los derechos fundamentales en las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional.

b. No se ha desarrollado otro nivel de exigencia metodológico para justificar la hermenéutica constitucional como método argumentativo para justificar el contenido de un derecho fundamental en el control de legalidad.

Esto es importante porque un Tribunal Constitucional que no distingue el valor de una teoría argumentativa contribuye a la inconsistencia del sistema normativo y, sin necesariamente buscarlo, un dominio ideológico que instrumentalice el valor de la persona y la justicia, y una preocupante caída en la jurisprudencia de intereses¹⁹.

Es importante indicar, que un estudio profundo de la expansión del análisis de proporcionalidad se encuentra descrito en el estudio de Alec Stone Sweet, Matthews Jud, (2013), quienes al preguntarse ¿Todas las cosas proporcionadas? En referencia a la práctica judicial de las Cortes de la Comunidad Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Organización Mundial de

¹⁹ Denunciada como inadecuada y dañina. (Rüthers, 2016. p.70)

Comercio, indican que los jueces acogieron la proporcionalidad por razones similares, donde el sistema constitucional exige a través de la proporcionalidad, facilitar dar prioridad a los valores que el mismo sistema político ha decidido que sean prioritarios. Donde la proporcionalidad es un elemento fundacional del constitucionalismo global.

Sobre ello, resultaría ilógico negar el valor fundamental de este instrumento de racionalidad; sin embargo, construirlo como base esencial de la democracia monopólico y de obligatorio cumplimiento es lo que debería preocuparnos, pues existen sobradas críticas que debieran tomarse en cuenta al momento de realizar dicho análisis.

3.2. Perspectiva crítica sobre el análisis de proporcionalidad

Actualmente se han construido diversas menciones en torno a la discusión dogmática del análisis de proporcionalidad. En palabras del maestro Juan Antonio García Amado (2021): “si todo depende de ponderar, entonces dónde estará la balanza. Por los teóricos de la ponderación nunca van a reconocer que la ponderación es una operación discrecional, subjetiva. Es decir, que el peso, que los principios concurrentes lo pone el juzgador” Concluyendo que el marco de objetividad solo podrá creerse cuando se le presente esa balanza, la discrecionalidad no marca el derrotero para una única respuesta correcta en el Derecho, a pesar de que nunca se pondera para perder.

Algo que preocupa mucho al profesor citado, es el control del poder a través de la discrecionalidad judicial. Nada garantiza que esto pueda conllevar a una hegemonía abusiva judicial, ya no viviremos en un estado de derecho, si no en un estado de sálvese quien pueda.

Añadiría que una situación preocupante, es la participación no consciente de los actores judiciales; en una perspectiva amplia: desde el legislador, el abogado litigante, el funcionario, el político, etc.; de lo que involucra esta solución de casos en la teoría de derechos fundamentales. Si bien, un factor preponderante es el uso judicial de la proporcionalidad, que conlleva intrínsecamente a una aspiración en

su entendimiento, también es cierto que, debido a su complejidad, es operado de manera irracional y desproporcionada.

Un ejemplo de ello, fue puesto a la palestra en el derecho peruano con el pedido del Fiscal Germán Juárez Atoche, sobre la medida de allanamiento a inmuebles vinculados a Ollanta Humala y Nadine Heredia²⁰. El pedido sería resuelto por el titular del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, el Juez Richard Concepción Carhuancho. Quien, en su noveno fundamento, precisa argumentos en los que no se justifica la colisión de derechos fundamentales. Determinando más bien, que la medida es constitucionalmente correcta por argumentos tautológicos que evidentemente no se relacionan con los pasos escalonados que ofrece la (i) idoneidad, (ii) necesidad y ponderación en sentido estricto.

Así el magistrado indicó:

Medida: Incautación de bienes y allanamiento con descerraje de cinco bienes inmuebles.

Sobre el análisis de idoneidad:

La medida resulta ser la más adecuada para asegurar la eficacia de la decisión definitiva, respecto:

- i) al probable decomiso de los bienes (Inmuebles, vehículos y fondos económicos depositados en cuentas);
- ii) y al ingreso al Interior de los cinco bienes inmuebles para materializar las incautaciones.

Sobre el análisis de necesidad:

No existe otra medida menos lesiva que logra la finalidad deseada. A saber, el aseguramiento de los bienes materia de incautación, tanto a nivel registral como a nivel de su ocupación efectiva, dado que elegir una medida menos lesiva podría importar, que los mismos se pierdan, desaparezcan o sean transferidos a terceros.

Sobre el análisis de proporcionalidad en sentido estricto:

En el presente caso, existe equilibrio entre sus ventajas (cautelar los inmuebles, vehículos y fondos económicos, a fin de evitar que sean transferidos a terceros de buena fe) y sus desventajas (afectar la libre disponibilidad de los bienes del titular registral).

Al respecto, debo indicar que más allá de la evidente connotación política del caso. Los argumentos desarrollados no fueron correctos. Por lo que es necesario revisar ¿cómo funciona el análisis de proporcionalidad?

²⁰ Al respecto puede dar lectura a la parte pertinente en: <https://cutt.ly/aTjdZHL> (visto el 13-11-2021)

3.3. ¿Cómo funciona el análisis de proporcionalidad?

La labor judicial, en términos probatorios y de debida motivación, en palabras del profesor Diego Dei Vecchi, Juan Cumiz, (2019)

resulta ser una exigencia como una herramienta que obliga a los jueces y juezas a hacer; en cierta forma, explícitas esas cuestiones evaluativas al inclinarse por una u otra definición del estándar. Quizá haya ciertos criterios de corrección como la coherencia en la argumentación, por ejemplo. Pero no parece haber criterios últimos de corrección para decir si una u otra ponderación es la objetivamente adecuada. (p. 164)

De ahí la importancia entonces, de determinar que es solo un método de solución de casos, uno muy importante tal vez, pero no el único.

El autor más citado en términos de argumentación/ponderación es el filósofo Robert Alexy (2019) quien indica que la teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad. Esto significa que su tres sub principios, es decir, los principios de idoneidad, necesidad y de la proporcionalidad en sentido estricto, se derivan de manera lógica de ella y son, en sentido estricto, deducibles a partir de ella. (p. 95)

Continúa el autor, indicando que la idoneidad y la necesidad conduce a las posibilidades fácticas y la proporcionalidad a las posibilidades jurídicas. El contenido del principio de idoneidad estará determinado por el fin de la medida que interviene un derecho fundamental donde esta debe ser adecuada para satisfacerlo, si no podrá ser descartada la medida. Luego el contenido del principio de necesidad, estará determinado por una medida que promueva el derecho fundamental e intervenga en menor intensidad el derecho fundamental contrapuesto. Si no tal medida podrá ser descartada. Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se deriva del mandato de realización, en la medida de lo posible, relativo a las posibilidades jurídicas, con respecto, ante todo, a los principios que se contraponen entre sí: cuanto mayor sea el grado de falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. (p. 96)

Volviendo al ejemplo, tener la base teórica esgrimida por el propio Robert Alexy, nos permite contrastar si la labor judicial fue o no una labor argumentativa suficiente o no. Al respecto, apreciamos lo siguiente:

1. Considero que la medida fue fijada correctamente, en tanto está condicionada al caso concreto de operatividad interpretativa. Sin embargo, el fin constitucional, no está presente en su interpretación, por lo que todo su razonamiento es inválido.
2. Respecto a la idoneidad, indicaría que no cumple el parámetro de entendimiento para justificar la aplicación del análisis de proporcionalidad. Es claro que existe un vacío en torno a los principios intervenidos y solo hay una interpretación circular del fin que no fue declarado.
3. Respecto a la necesidad, se advierte que solo expresa razones en contra de la persona, falacia *ad hominem*, que deja mucho que desear en torno a la claridad de su intención: el fin es en contra del ser humano. Tampoco hace un ejercicio de las medidas alternativas en relación a los principios. Por lo que este subprincipio no se deduce del esquema.
4. Respecto de la proporcionalidad en sentido estricto, debo indicar que confunde un análisis costo beneficio con la posibilidad jurídica de mayor satisfacción de un principio en relación inversamente proporcional al otro.

En tal medida, en términos del juez constitucional, la incorrecta aplicación del análisis es tan peligrosa como obligarlos a razonar en términos de ponderación. Por lo que conviene esclarecer los términos de dicha sujeción.

3.4. La sujeción de los jueces ordinarios a lo ordenado en la Consulta Nro. 1618-2016, Lima Norte

Al respecto, la Corte Suprema ha reducido la facultad judicial de ejercer el control difuso a la obligatoriedad de aplicar el test de ponderación. Posición que resulta no solo criticable; sino también, incorrecta, pues la determinación originaria, no relaciona tal aplicación y obligatoriedad ya que no guarda correspondencia con los valores y razones democráticas que pretende defender. Sino con un perfil ideológico argumentativo, de los muchos que existen.

En esta línea de ideas, reducir la actividad judicial a una mera escenografía argumentativa por imposición, limita gravemente los principios y rol del juez que originalmente se pretendió proteger, de ahí la necesidad de desligar esta moda argumentativa y recoger los cánones válidos para la administración de justicia que prioricen la libertad de resolver un caso de acuerdo a su naturaleza.

El lector dará cuenta, que el camino del precedente en comentario, no solo no guarda relación con lo que intrínsecamente busca proteger: debida motivación. Si no que, tampoco resulta constitucionalmente correcto el imponer formas de razonar entre la gran cantidad de formas existentes.

Esta obligatoriedad queda declarada en los parámetros de constitucionalidad que exige la debida motivación en el control difuso, como indican:

2.2.4 Es ineludible reiterar que la facultad de los jueces para ejercer el control difuso está limitado al caso particular, constituye un control en concreto con efecto inter partes, en ese orden el análisis, la identificación de los derechos involucrados, la intervención y su intensidad, la aplicación del **test de ponderación, están inescindible y obligatoriamente vinculado a los datos y particularidades del caso** (...) (resaltado mío)

Pese a que este grado de exigencia constituye un parámetro metodológico para motivar, nótese que la justificación es una asunción que hacen los jueces supremos, en tanto no justifican por qué este método y no otro, es el único que está ligado “inescindible” y “obligatoriamente” a los casos particulares. Bajo una suerte de falacia de autoridad, se pretende dar fuerza vinculante a una única forma de razonar.

Esto resulta preocupante pues, el solo direccionamiento ideológico conlleva la imposición de un marco argumentativo en los derechos fundamentales que explico en los párrafos seguidos.

3.5. ¿Qué teoría de derechos fundamentales presupone este test?

Una de las preocupaciones medulares en el orden jurídico nacional y comparado, es precisamente la de conocer qué naturaleza y cómo debieran operar los derechos fundamentales. El problema jurídico radica, en determinar qué razones de

justificación logran desarrollar las operativizaciones de derechos fundamentales, cuya incidencia práctica, marcará el derrotero de las decisiones judiciales; en el caso concreto, sobre control de constitucionalidad de la ley, por lo que más allá de buscar analizar la incidencia práctica, es necesario, determinar los antecedentes filosóficos del análisis de ponderación como método de resolución de casos desde un punto de vista teórico de derechos fundamentales.

Hablar de derechos fundamentales, incide en una densa facilidad terminológica, por lo que la labor creativa para proporcionar criterios que reduzcan la densidad interpretativa al momento de operativizar los derechos fundamentales, consideramos que no se supedita únicamente al Tribunal Constitucional, sino también a los precedentes que la Corte Suprema expide, de ahí la gran importancia de tomar especial atención a la obligatoriedad e imposición argumentativa, que valida el derrotero de la teoría conflictivista de derechos fundamentales, como posición dogmática justificadora de la aplicación del análisis de ponderación en el control de constitucionalidad de la ley, para dotarlo de validez práctica-teórica.

Coincidimos entonces, en que la pregunta fundamental en la aplicación teórica de los derechos fundamentales, sería ¿qué es lo debido en los casos reales o imaginados?, (Alexy, 1993, p. 33). Pero para dar respuesta consideramos importante determinar, hasta dónde se puede buscar una convencionalidad nacional o acuerdos que por imposición involucren el uso de un método argumentativo preferente por encima del intercambio de ideas en torno a los derechos y la interpretación jurídica, ¿es éste el camino de la integración jurisprudencial? Consideramos que no.

Aplicar el análisis de ponderación, en un contexto operativo de derechos fundamentales, implica como condición necesaria establecer que los derechos fundamentales deben ser interpretados en un sentido amplio o “expansivo”. Donde debe asumirse que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: a) prima facie y el b) contenido definitivo. El primero, está compuesto de todas las condiciones que el derecho pueda atribuir y el segundo estará constituido por el contenido inmutable del derecho, que, si perdiese tal condición, perdería también la condición de derecho. El problema del conjunto interpretativo en expansión, es el momento en que posibilita, según esta teoría, el conflicto con otros derechos o bienes previstos en la Constitución, justificando con ello la intervención del

Estado y administrar el sentido de prioridad o preponderancia del de un derecho por sobre el otro.

El caso citado para explicar este rol expansivo, es el de la revista satírica Titanic, donde la colisión se presenta entre la libertad de expresión y el derecho al honor, en tanto la revista llamó “asesino nato” y luego “tullido”, a un oficial en reserva que era parapléjico y que integraba nuevamente las filas del ejercicio militar. Previa interposición de demanda, esta fue condenada por el Tribunal Superior de Düsseldorf a pagar doce mil marcos alemanes, lo que motivó la interposición de un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal, determinó que el término “asesino nato” no podía ser sancionado con una indemnización, en tanto afectaba gravemente la libertad de expresión y resultaba desproporcionada. Pero referente al término “tullido”, encontró que sí existía una afectación severa al derecho al honor, consistiendo inclusive en una “humillación” a una persona minusválida.

Este análisis permite ejemplificar cómo los poderes públicos justifican su razonamiento y concretizan la necesidad de justicia a través de la debida motivación a fin de que la restricción a la libertad no resulte inconstitucional, para ello, es de larga data la aplicación de tres reglas jurídicas: idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto.

Queda claro, que la base teórica que sustenta este análisis de proporcionalidad, es la clasificada como teoría conflictivista de derechos fundamentales. Esta elección, resulta preocupante, pues más allá de las críticas formuladas a la ponderación, al imponerse una metodología argumentativa, se está otorgando anticipadamente más peso a un método, que por naturaleza, tiene como exigencia jerarquizar al menos un valor, interés, derecho, bien institucional con el sacrificio del otro. El derecho constitucional, no debiera ser considerado como un campo minado, donde la elección por imposición, implica un elevado costo en el resultado: la persona humana.

IV. EL CONTROL DIFUSO ES MÁS QUE LA PROPORCIONALIDAD

En el presente acápite, buscaré determinar que la práctica jurisdiccional en el derecho constitucional moderno, no puede ni debe ser reducida a un escenario necesario de proporcionalidad argumentativa como método preponderante, menos único, para la solución de casos enfrentados en el análisis del control de constitucionalidad de la ley.

Una importante anotación al respecto, pero no necesariamente correcta. Es la realizada por el Tribunal Constitucional en el caso Manuel Alejandro Zárate Lazo, (2021, F.j. 18): donde el máximo intérprete de la Constitución Peruana argumentó, que, en el Código Penal Peruano, históricamente se ha tenido una gran variedad de consecuencias punitivas en el delito de robo agravado previsto en el artículo 189 del mismo texto, por lo que al caso concreto indicó:

18. Por ello, corresponde inaplicar el primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, pues establece una pena mínima exorbitante para la sanción del delito de robo agravado. Así, si el juez penal considera que la sentencia a emitir es una de naturaleza condenatoria, no debe considerar este mínimo, pudiendo imponer una pena no menor a la mínima prevista para el tipo base robo.

Demás esta indicar, que en ningún apartado de los considerandos de justificación obra alguna cita a la consulta materia de análisis del presente trabajo, mucho menos, determina que, para inaplicar una norma, por resultar irrazonable, deba obligatoriamente determinarse a través del test de proporcionalidad.

El Tribunal lo que hace es fijar el contenido histórico de las penas para el tipo penal de robo agravado y dejar entrever, sin mencionarlo, que el legislador no tiene una política criminal sólida para la protección del bien jurídico protegido al caso concreto, de modo tal, que debiera fijarse una pena razonable al tipo base punitivo e inaplica sin mayor discusión dogmática.

Lo mismo ocurrió en el caso Luis Eddy Quispe Campos, 2021, fj. 12 y siguientes; en torno a la prohibición del artículo 5 del recientemente publicado código procesal constitucional (Ley Nro. 31307), que establece la no notificación de demanda en los procesos constitucionales contra resolución judicial a los magistrados intervinientes. Este es declarado inaplicable por contrariar lo establecido en el inciso 3 y 14 del artículo 139, es decir, el debido proceso y el

principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso.
(fj.14)

Podríamos indicar hasta aquí, que el Tribunal Constitucional no toma como referencia interpretativa la doctrina jurisprudencial vinculante expedida por la Corte Suprema de Justicia del Perú.

Es importante determinar como premisa de investigación: Que el control difuso no se restringe a la remisión y utilización del análisis de proporcionalidad para motivar las resoluciones judiciales. Pues, la protección de la supremacía constitucional y la recuperación del rol del juez en el marco democrático, no se reduce a la aplicabilidad o no de dicho análisis. Es más bien, la exigencia de rescatar los valores esenciales inmersos a la Constitución y la democracia lo que determina una correlación a la actividad judicial para evitar la interdicción de la arbitrariedad.

Es precisamente esta última característica, la que involucra el buscar formas argumentativas para poder explicitar las razones que se consideran de justicia para comunicar lo decidido. Sin embargo, ¿Es constitucionalmente correcto generar una imposición para argumentar el control constitucional? Determinamos que no, puesto que el perfil dogmático de asumir ello constituye una declaración filosófica en un solo sentido de pensar. Cuando, cada caso, debe ser razonado libremente, pero bajo serias exigencias de coherencia y motivación que permita conocer con claridad lo resuelto, conforme en la práctica, el Tribunal Constitucional lo viene realizando.

Asimismo, entrar en este tipo de discusiones teóricas, donde la filosofía del derecho es oscura, incide en el incremento de complejidad de manera innecesaria al momento de resolver un caso concreto.

4.1. La proporcionalidad es solo una forma de razonar

El derecho a la debida motivación en el marco de lo razonable en el derecho, ha determinado una continua búsqueda de racionalidad que ha transitado entre la lógica formal, lógica modal, lógica deóntica, entre otros. Trabajar con enunciados normativos, implica necesariamente justificar con un nivel de exigencia

suficiente, que al menos, justifique el razonamiento jurídico para una conclusión correcta.

Este derrotero fue materia de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional en el Caso Johnny Alexander Pretell, 2017, f.j. 2:

El derecho a la motivación de las resoluciones presupone un conjunto criterios objetivos que permitan construir el marco dentro del cual se debe desarrollar toda motivación. En ese sentido, para dar cumplimiento debido al derecho a la motivación, se deben de cumplir con los criterios de la motivación. Tales criterios se derivan, entre otros, de los principios lógicos de identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente. Una motivación dará debido cumplimiento al derecho a la motivación, **si y solo si**, los argumentos que la conforman son suficientes, coherentes y congruentes. (resaltado mío)

En el que se puede concluir, que el máximo intérprete constitucional, mantiene un estándar de exigencia, en el marco de suficiencia lógica, de inescindible cumplimiento para la administración de justicia. Sin embargo, ¿no involucra nuevamente la reducción del razonamiento a cánones de exigibilidad limitada? Consideramos que sí, pues cada caso se encontrará debidamente fundamentado de acuerdo a su propia exigibilidad interna y externa, los métodos no condicionan la realidad problemática, si no a la inversa.

Así, el profesor Atienza ha desarrollado un interesante artículo en el que describe que hay distintas maneras de abordar el razonamiento jurídico o la argumentación jurídica. Desde los años 50, los autores considerados precursores de esta rama, coincidieron concibiendo al razonamiento jurídico como un tipo de razonamiento con características propias y cuya comprensión y manejo exigen un tratamiento diferenciado, siendo esta postura, compartida por la mayoría de juristas. (2015, p.1419).

Un punto y aparte constituye el uso de los sistemas inteligentes que faciliten la labor jurisdiccional. Cuyo alcance, más allá de la predictibilidad de las resoluciones judiciales, es la de simular las inferencias y racionalidad judicial. Ello no será desarrollado en el presente tratado.

Dentro de la gama de posibilidades argumentativas, pasando por el silogismo hipotético, las reglas y principios. Atienza, reconduce la aplicación de la ponderación ante la ausencia de reglas, las que pueden ser principios o directrices, lo que condicionará a la aplicación de ponderación entre directrices, llevada a cabo por los legisladores; y, la ponderación entre principios; que mantiene un carácter excepcional para los jueces jerárquicamente inferiores y relevantes para los jueces de la más alta jerarquía. (2015, p. 1432). Recobrando vital importancia, la gran cantidad de métodos argumentativos que determinan la posibilidad de esclarecer sendos problemas jurídicos, evitando en todo momento el reducir a la jerarquización de uno u otro.

Seguidamente, la jurisprudencia en comento, tiene como justificación la interpretación constitucional en favor de la constitucionalidad de las normas. Advirtiendo una exigencia calificada de la motivación a fin de evitar enervar la compatibilidad constitucional. Pero jerarquizando un solo método argumentativo: el test de ponderación, motivando deficientemente el porqué de dicha preponderancia.

Por otro lado, el uso de la doctrina jurisprudencial vinculante se encuentra justificada expresamente a través del I Pleno Jurisdiccional en Materias Constitucional y Contencioso Administrativo, aprobado mediante Resolución Administrativa Nro. 440-2015-P-PJ, de fecha 13 de noviembre de 2015. Cuya finalidad es la unificación de criterios a través de los plenos jurisdiccionales con carácter de vinculante conforme el artículo 116 y 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²¹²². En aquella oportunidad los acuerdos arribados fueron dos:

²¹ Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial. Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

²² Plenos jurisdiccionales. Artículo 116.- Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

1. Procede ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa contra autos. Su elevación en consulta deviene obligatoria si dicha resolución no es impugnada.
2. Para el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad normativa, los jueces de la República deberán observar, en ese orden, los criterios de (1) fundamentación de incompatibilidad constitucional concreta (2) juicio de relevancia, (3) examen de convencionalidad, (4) presunción de constitucionalidad, e (5) interpretación conforme²³.

En ningún momento se fijó como criterio de imposición la aplicación del test de proporcionalidad como método obligatorio de justificación.

Nos preguntamos entonces: ¿siempre es necesario ponderar en todos los aspectos de control de constitucionalidad? Si obviamos esta forma de razonar, ¿siempre arribaremos a la misma conclusión? En definitiva, el marco de racionalidad exige la libertad de argumentación a fin de evitar que la una ideología preferente pueda tornar en aberrante lo mismo que pretendemos proteger: la democracia y la defensa de la Constitución emparentada con la garantía de los derechos fundamentales.

Así pues, la imposición de una balanza ponderativa nacional, involucra que la Corte Suprema absorba las competencias adscritas a los magistrados del Perú, determinando la personal valoración jerarquizada, por encima de la guía externa argumentativa que pretende justificar. En el deber de motivación para el control de constitucionalidad: ¿Qué tipo de guía pretendemos justificar por imposición? Esto resulta contradictorio, pues la lógica de la ponderación involucra una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces. ¿Cómo pretende alcanzar ello si no se mide con la misma vara con la que se plantea medir a los demás jueces? Máxime si el Tribunal Constitucional, obvia tal exigencia.

Por otro lado, por qué ha de prevalecer la ponderación. Tampoco es un tópico que la Corte Suprema del Perú haya justificado internamente, máxime si solo se

²³ El método interpretativo desarrollado buscaba expresar razones de compatibilidad constitucional que involucren la conservación de la norma constitucional, donde el control difuso sea un mecanismo de última *ratio*.

recurre a la imposición en su aplicación cual falacia *ad baculum*, en tal caso, no procederá a declarar como correcta la inaplicación de algún mandato legal.

4.2. La Corte se equivoca al generalizar

Sin duda, las consecuencias dogmáticas y jurisprudenciales se convierten en una preocupación en la consideración argumentativa ante el detentador absolutista del control difuso. La Corte Suprema no solo ha impuesto un mecanismo de argumentación jurídica, también ha impuesto la aplicación conflictivista de derechos fundamentales para la atención de casos concretos y una absorción de la función jurisdiccional por su sola jerarquía en detrimento de la función jurisdiccional.

Consideramos que el otro método por el cual debe procurarse la justificación constitucional del control de constitucionalidad, es aquel que no involucre una imposición ideológica judicial obligatoria, resultando relevante para ello, emplear las razones que mejor acomoden la solución del problema jurídico.

Ahora bien, la regla jurídica “simplificada” que consideramos se desprende sería:

Todo magistrado (M) está obligado a aplicar el test de proporcionalidad en el control difuso (O), u otro de igual nivel de exigencia.

Sin embargo, el problema de incompletitud del sistema normativo jurisprudencial²⁴ determinado como “otro nivel de exigencia”, impide en términos prácticos la labor creativa judicial, y refuerza a la misma vez la obligatoriedad de direccionar la aplicación del test de proporcionalidad, alcanzado el máximo grado de generalización posible, que consideramos un error.

Este totalitarismo jurisprudencial, resulta desmedido, en tanto la regla construida como correcta, debiera atender una posibilidad práctica en tanto sea necesaria. Pues no siempre se presentará el mismo escenario, resultando necesario la labor creativa del juez, quien ajustará su resolución a la medida del caso o la realidad y no a la semántica inconsecuente de una imposición monopolizadora de

²⁴ Constructo que utilizaré para referirme al conjunto de soluciones ofrecidas por la Corte Suprema a través del uso del precedente y/o doctrina jurisprudencial vinculante.

proporcionalidad: Debe priorizarse la libertad de razonar un caso con el mayor grado de exigencia posible para justificar su solución.



CONCLUSIONES

El análisis de ponderación es compatible con un marco de constitucionalización global.

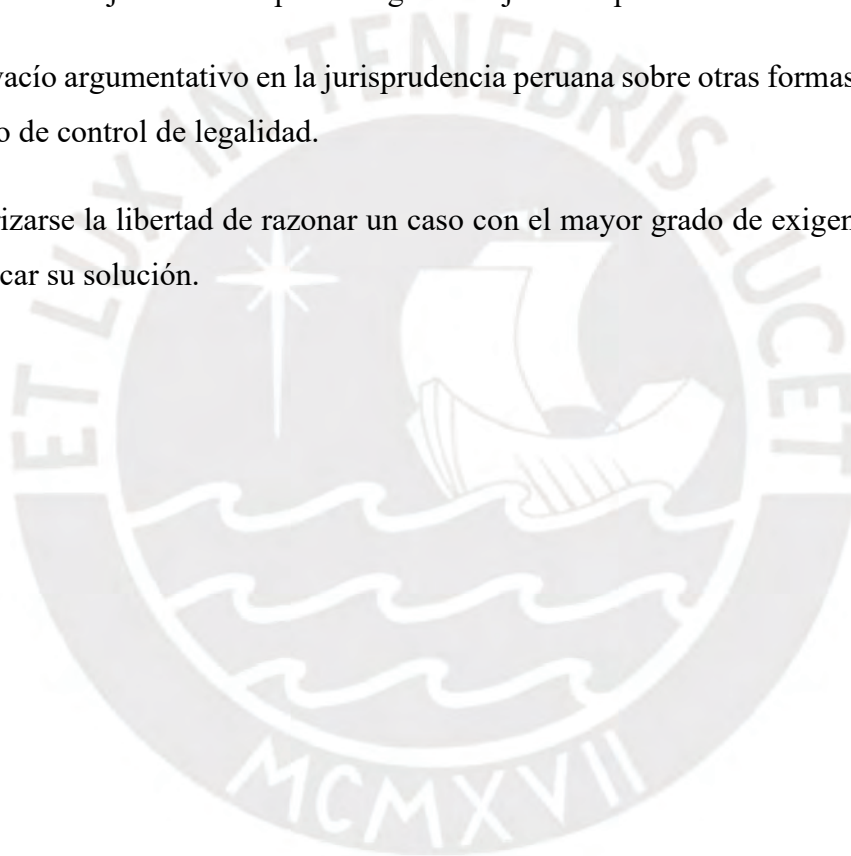
Obligar a los jueces a aplicar el análisis de proporcionalidad, no resultaría compatible con la libertad de razonar un caso concreto

Aplicar el análisis de proporcionalidad en todos los casos de control de legalidad, involucra que en todos los casos existan conflicto de derechos fundamentales.

No existe razón de justificación para obligar a los jueces a ponderar.

Existe un vacío argumentativo en la jurisprudencia peruana sobre otras formas de razonar en el marco de control de legalidad.

Debe priorizarse la libertad de razonar un caso con el mayor grado de exigencia posible para justificar su solución.



RECOMENDACIONES

La Corte Suprema del Perú, deberá ampliar los criterios de motivación para la aprobación de sentencias judiciales en las que se realice control difuso. Asimismo, deberá rectificar el precedente vinculante y no requerir la aplicación obligatoria del test de proporcionalidad como medida argumentativa prioritaria en el control difuso, debiendo generar urgentemente parámetros amplios y razonables que justifiquen iguales o mejores niveles de exigencia al momento de justificar las resoluciones judiciales para su aprobación.

Asimismo, deberá tomar atención jurisprudencial de lo que presupone el test de proporcionalidad en la teoría de derechos fundamentales y la aplicación de la Constitución, en el que intencionalmente o no, se está dando prioridad y obligatoriedad al criterio conflictivista de derechos fundamentales, que en un marco de Estado Constitucional de derecho resultaría vulneratoria de la libertad e independencia judicial.

Finalmente, los Colegios de Abogados y las Facultades de derecho del Perú deberán poner especial énfasis en la formación de estudiantes y capacitación de abogados en tanto son y serán operadores del sistema normativo peruano. Sugiriendo prioridad en la libertad de razonar un caso concreto en un marco de exigencia que armonice con la necesidad fáctica del caso a resolver. Resultando innecesario el criterio de autoridad o imposición judicial en discusiones oscuras. Esto resulta una tarea pendiente en la formación de los operadores de justicia global.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alec Stone Sweet, Matthews Jud. (2013). *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aleinikoff, T. A. (2015). *El derecho constitucional en la era de la ponderación*. Lima: Palestra.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Alexy, R. (2019). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Lima: Palestra editores.
- Atienza Rodriguez, M. (2015). Razonamiento jurídico. En J. L. Fabra Zamora, & V. Rodriguez Blanco, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Volumen dos* (págs. 1419-1452). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima: Palestra Editores.
- Belaunde, D. G. (2003). Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: Antecedentes y desarrollo (1823-1979). *Historia constitucional*, 365-382.
- Caja de beneficios y seguridad social del pescador, Exp. Nro. 1480-2006-AA/TC (Tribunal Constitucional 27 de Marzo de 2006).
- Calcosta S.A., Exp. Nro. 649-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional 20 de Agosto de 2002).
- Cárdenas, J. A. (10 de Noviembre de 2021). *Sílex Centro de formación*. Obtenido de <https://n9.cl/hq30a>
- Caso Marco Antonio Pedraza Villanueva, 480-2019 (Sala Penal Permanente 24 de Setiembre de 2020).
- Comisión de profesores para impulsar el debate sobre la reforma de la justicia en el Perú. (2014). *La Corte Suprema de Justicia: rol e independencia*. Lima: Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Comisión principal de Constitución de la Asamblea Constituyente. (1978-1979). *Diario de los debates*. Lima: Publicacion Oficial.
- Compañía Cervecera AMBEV Perú S.A.C, Exp. Nro. 1209-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 14 de Marzo de 2006).
- Consulta, Exp. Nro. 1618-2016 (Corte Suprema de Justicia 16 de Agosto de 2016).
- Consulta, Exp. Nro. 22515-2017 (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente 10 de Noviembre de 2017).
- Consulta, Exp. Nro. 27417-2015 (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente 2018 de Diciembre de 2018).

Consulta, Exp. Nro. 20697-2018 (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente 17 de Setiembre de 2018).

Córdova, L. C. (2020). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales Vol.1 Teoría general de los derechos fundamentales*. Puno: Zela.

Defensoria del pueblo, Exp. Nro. 0017-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 16 de Marzo de 2004).

Diego Dei Vecchi, Juan Cumiz. (2019). *Estandares de suficiencia probatoria y ponderación de derechos: una aproximación a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Madrid: Marcial Pons.

Diodoro Antonio Gonzales Ríos, Exp. Nro. 2409-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional 7 de Noviembre de 2002).

Grimaldo Saturnino Chong, Exp. Nro. 2235-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 18 de Febrero de 2005).

Johnny Alexander Pretell, Exp. Nro. 00191-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional 19 de Enero de 2017).

Juan Carlos Callegari Herazo, Exp. Nro. 0090-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 5 de Julio de 2004).

Juan Julián Montoya Ibarra, Exp. Nro. 2090-2003-HC/TC (Tribunal Constitucional 16 de Setiembre de 2003).

Juan Pedro Vaca Ávalos, Exp. Nro. 408-97-AA/TC (Tribunal Constitucional 6 de Noviembre de 1998).

Julia Eleyza Arellano Serquén, Exp. Nro. 2579-2003-HD/TC (Tribunal Constitucional 6 de Abril de 2004).

Liliana Janet Rodríguez Villanueva y otros, Exp. Nro. 1875-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 5 de Octubre de 2004).

Luis Alejandro Lobatón Donayre y más de cinco mil ciudadanos, Exp. Nro. 0042-2004-AVTC (Tribunal Constitucional 13 de Abril de 2005).

Luis Eddy Quispe, Exp. Nro. 02748-2019-PHC/TC (Tribunal Constitucional 15 de Octubre de 2021).

Manuel Alejandro Zárate Lazo, Pleno. Sentencia 863/2021 (Tribunal Constitucional 21 de Agosto de 2021).

Marcelino Tineo Silva y Más de 5,000 ciudadanos, Exp Nro. 010-2002-AI/TC (Tribunal Constitucional 3 de Enero de 2003).

Martos, E. C. (2014). El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Constitucional. *Proceso & Justicia*, 57-67.

Maximiliano Villanueva Valverde, Exp. Nro. 0168-2005-PC/TC (Tribunal Constitucional 29 de Setiembre de 2005).

- Miguel Carbonell, Pedro Grández Castro. (2010). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano*. Lima: Palestra.
- Orlando Montesinos Torres, Exp. Nro. 1277-2003-HC/TC (Tribunal Constitucional 17 de Junio de 2003).
- República, C. S. (julio de 2016). *Fondo Editorial del Poder judicial*. Obtenido de <https://cutt.ly/zRuRS8G>
- Rosa Martinez Garcia, Exp. Nro. 02132-2008-PA/TC (Tribunal Constitucional 9 de Mayo de 2011).
- Rüthers, B. (2016). *Derecho degenerado. Teoria juridica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez, M. C. (2006). Marbury versus Madison en los orígenes de la supremacía constitucional y el control de la constitucionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 289-300.
- Walter Gutierrez. (2005). *La Constitución Comentada*. Lima, Perú: Gaceta jurídica.

