



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”**

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO



**“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA
INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO”**

TESIS

**PRESENTADO PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN
DERECHO CON MENCIÓN EN CONSTITUCIONAL Y
GOBERNABILIDAD**

AUTOR:

Abog. GERARDO MENDO CAJO

ASESOR:

Mg. JUAN R. GUILLERMO PISCOYA

LAMBAYEQUE – PERÚ

2018

**“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA INTERPRETACIÓN DE
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PERUANO”**

Abg. GERARDO MENDO CAJO
AUTOR

Mg. JUAN R. GUILLERMO PISCOYA
ASESOR

**Presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro
Ruiz Gallo para optar el Grado de Maestro en Derecho con mención en
Constitucional y Gobernabilidad**

APROBADO POR:

Dr. FREDDY WIDMAR HERNÁNDEZ RENGIFO
PRESIDENTE DEL JURADO

Mg. OSCAR RAMÓN VÍLCHEZ VÉLEZ
SECRETARIO DEL JURADO

Mg. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNÁNDEZ
VOCAL DEL JURADO

DEDICATORIA

A mis hijos: **Yaiza Luzivmar**; para que le sirva de motivación en su largo caminar, y **Yeitzon Gerardo** por su recalada que ilumina mi cognición.

A mi esposa **Luz Marina**; en especial, no solo por el amor que nos une; sino por la paciencia, comprensión y fortaleza impartida en los avatares e infortunios de la vida.

AGRADECIMIENTO

De una manera muy exclusiva, a mí asesor, Magister, **Juan Riquelme Guillermo Piscoya**, maestro y gran amigo, que gracias a sus sabias enseñanzas y orientaciones, se hizo posible la culminación de esta Tesis.

Al CPC. **José Félix Pérez Cubas**, un amigo, en algo retribuir su incondicional apoyo y mi eterno agradecimiento.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
TABLA DE CONTENIDOS.....	v
RESUMEN.....	ix
ABSTRACT.....	x
INTRODUCCIÓN.....	xi
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	1
1. Ubicación.....	1
2. Realidad problemática.....	1
3. Planteamiento del problema.....	5
4. Formulación del problema.....	6
5. Justificación e importancia del estudio.....	7
6. Objetivos.....	8
6.1. Objetivo general.....	8
6.2. Objetivo específicos.....	8
7. Hipótesis.....	8
8. Variable.....	8
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO.....	10
1. Antecedentes.....	10
2. Base teórica.....	13
2.1. El Principio de proporcionalidad.....	13
2.1.1. Noción de proporcionalidad.....	13
2.1.2. Concepto de principio de proporcionalidad.....	14
2.1.3. Contenido del principio de proporcionalidad.....	17
2.1.4. Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales.....	18
2.1.5. La función del principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional.....	20
2.1.6. Divergencias doctrinales relativas al principio de Proporcionalidad.....	22

i. Problemas acerca de la legitimidad del principio de proporcionalidad.....	22
ii. Problemas acerca de las cargas argumentativas aplicables ante un caso en el cual la proporcionalidad no otorga una respuesta clara.....	24
2.1.7. La distinción entre reglas y principio.....	26
2.1.8. El principio de proporcionalidad en el sistema constitucional peruano.....	29
2.1.9. El test de proporcionalidad.....	30
i. Examen o test de idoneidad o adecuación.....	31
ii. Examen o test de necesidad.....	32
iii. Examen o test de proporcionalidad estricta o juicio de ponderación.....	34
2.1.10. La fórmula de peso de Robert Alexy.....	39
2.2. Interpretación constitucional por el Tribunal Constitucional Peruano.....	40
2.2.1 La ponderación en sede constitucional.....	40
2.2.2 Técnicas de interpretación constitucional.....	41
i. Necesidad de interpretación jurídica.....	41
ii. Problema que enfrenta la interpretación.....	43
iii. Procedimiento de interpretación constitucional.....	48
iv. Principios de interpretación constitucional.....	49
v. Interpretación de los derechos fundamentales.....	50
2.3. El Tribunal Constitucional peruano.....	54
2.4. Eficacia de las sentencia del tribunal constitucional.....	56
2.4.1. Concepto de eficacia.....	56
2.4.2. Eficacia de las sentencia del tribunal constitucional.....	57
2.5. Sentencia relevantes del tribunal constitucional peruano donde se aplicó el principio de proporcionalidad.....	58
CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO.....	67
1. Tipo y nivel de investigación.....	67
2. Diseño de la contrastación de hipótesis.....	67

3. Población y muestra.....	67
4. Instrumentos de recolección de datos.....	68
5. Procedimiento.....	69
CAPITULO IV: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	70
1. Presentación y descripción de los resultados.....	70
1.1. Resultados estadísticos de la encuesta aplicada a 50 jueces del distrito judicial de Lambayeque.....	70
1.1.1. Técnicas y métodos más usados por el tribunal constitucional peruano en la solución de casos.....	70
1.1.2. Principio de interpretación constitucional que debe utilizar como técnica más apropiada y eficiente el Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales.....	72
1.1.3. Materias y/o procesos en las que los jueces aplican el principio de proporcionalidad en la solución de casos.....	74
1.1.4. Eficacia en la utilización del principio de proporcionalidad por tribunal constitucional peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales.....	76
1.1.5. Desventajas de la aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional peruano.....	78
2. Análisis y discusión de los resultados.....	80
2.1. Respecto a las técnicas y métodos más usados por el tribunal constitucional peruano en la solución de casos.....	80
2.2. Respecto del principio de interpretación constitucional que debe utilizar el tribunal constitucional peruano como técnica más apropiada y eficaz en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales.....	80
2.3. Respecto de las materias del derecho en las con mayor frecuencia los jueces aplican el principio de proporcionalidad en la solución de casos.....	80

2.4. Respecto a la eficacia de las resoluciones emitidas por el tribunal constitucional peruano con la aplicación del principio de proporcionalidad en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales.....	81
2.5. Respecto a las desventajas de la aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales.....	81
3. Descripciones de los documentos analizados.....	81
4. Presentación del modelo teórico.....	82
- CONCLUSIONES.....	85
- RECOMENDACIONES.....	87
- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	88
- ANEXOS.....	92

RESUMEN

Este trabajo contiene el estudio de los efectos de la aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional peruano; principio constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, para resolver las colisiones entre derechos fundamentales, utiliza el principio de proporcionalidad como técnica para la solución de casos o, para determinar cuál interés jurídico debe prevalecer frente a otro que se le opone; pero no se ha establecido la eficacia de las resoluciones emitidas en estos casos; pues, si la Constitución coloca en un mismo rango un conjunto de bienes o interés jurídico, el intérprete debe en principio tratarlos como tal, por lo que el punto de partida para el análisis es igual valor de los bienes constitucionalmente amparados; por esta razón, el problema quedó formulado: ¿Qué efectos produce la Aplicación del Principio de Proporcionalidad, en la Interpretación de los Derechos Fundamentales por el Tribunal Constitucional Peruano?; interrogante que condujo plantear como hipótesis: “La aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales no produce resoluciones eficaces, por parte del Tribunal Constitucional peruano”.

Esta investigación parte del estudio teórico, análisis de sentencias y las informaciones recogidas, conforme el diseño de investigación; cuyos resultados obtenidos validará la hipótesis. Después del análisis de los resultados, se determina que las decisiones del tribunal constitucional, utilizando el principio de proporcionalidad, no son eficaces porque este principio no permite optimizar en su interpretación a los derechos fundamentales, si no los sacrifica, sin tener en cuenta que todo precepto constitucional, se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado.

ABSTRACT

This paper contains the study of the effects of the application of the principle of proportionality in the interpretation of fundamental rights by the Peruvian Constitutional Court; Principle Constitucionalizado in the last paragraph of article 200º of the Constitution.

The Constitutional Court, to resolve the collisions between fundamental rights, uses the principle of proportionality as a technique for the solution of cases or, to determine which legal interest must prevail against another that opposes it; But the effectiveness of the resolutions issued in these cases has not been established; Therefore, if the Constitution places a set of goods or legal interest in the same range, the interpreter must in principle treat them as such, so that the starting point for the analysis is equal value of the constitutionally protected goods; For this reason, the problem was formulated: what effects does the application of the principle of proportionality produce in the interpretation of fundamental rights by the Peruvian Constitutional Court? Question that led to propose as a hypothesis: "The application of the principle of proportionality in the interpretation of fundamental rights does not produce effective resolutions by the Peruvian Constitutional Court"

This research is part of the theoretical study, analysis of sentences and the information collected, according to the research design; Whose results obtained will validate the hypothesis. After the analysis of the results, it is determined that the decisions of the Constitutional Court, using the principle of proportionality, are not effective because this principle does not allow to optimize in its interpretation to fundamental rights, if not the It sacrifices, without taking into account that all constitutional precepts, are reled to the protection of fundamental rights, as manifestations of the right of human dignity, whose defense and respect is the supreme end of society and the State.

INTRODUCCIÓN

“Si supiese qué es lo que estoy haciendo, no le llamaría investigación. ¿Verdad?”

Albert Einstein

“La dignidad del individuo consiste en no ser reducido al vasallaje por la largueza de otros”.

Antoine de Saint-Exupery

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad; es autónomo e independiente de los demás constitucionales, se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica y puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República. Al Tribunal Constitucional se le ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, es decir, como supremo intérprete de la Constitución, cuida que las leyes, los órganos del Estado y los particulares, no vulneren lo dispuesto por ella. Interviene para restablecer el respeto de la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular.

No cabe duda, que a la hora de solucionar los casos de su competencia, se vale de diversas técnicas, métodos y principios; pero el principio de proporcionalidad es uno de los métodos de interpretación constitucional más trascendente e importante hoy en día para el Tribunal Constitucional Peruano; sin embargo este máximo intérprete de la Constitución puede acudir a otros métodos o reglas de interpretación y de argumentación cuando existen conflictos o colisiones entre derechos, por ejemplo a: la unidad constitucional, la corrección funcional, la efectividad constitucional, la fuerza normativa de la Constitución, la armonización de los bienes constitucionales, entre otros.

La trascendencia del principio del principio de proporcionalidad obedece al entendimiento contemporáneo de las Constituciones. Éstas contienen,

principalmente principios, que garantizan bienes y valores jurídicos diversos que en los casos concretos suelen estar en colisión. Las Constituciones son dúctiles y flexibles, representan los proyectos de las sociedades pluralistas, abiertas y heterogéneas. De esta suerte, las Constituciones no responden a un solo modelo o proyecto sino a proyectos políticos, económicos y sociales contrapuestos. El carácter potencialmente conflictivo de la Constitución contemporánea obliga a métodos jurídicos de interpretación y argumentación que permitan en las situaciones concretas conciliar y armonizar, caso por caso, los principios y valores opuestos que contienen. Una característica adicional de las Constituciones contemporáneas es que éstas no suelen jerarquizar principios y derechos de manera absoluta, porque si esto se hiciera así, significaría que una visión o proyecto sobre la realidad se impone jurídicamente a los demás. Las sociedades democráticas se distinguen por su carácter abierto y tolerante y en ellas no cabe la entronización definitiva o permanente de un grupo de principios constitucionales sobre y a costa de los demás.

El principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas pero sí está diseñado para alcanzar una racionalidad y unas certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales; asimismo, sirve para determinar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas. Para un buen sector de constitucionalistas, es el mejor método que existe, hasta el día de hoy, y que ha sido diseñado constitucionalmente para interpretar y argumentar la Constitución. Además, es un método interpretativo constitucional para solucionar conflictos entre principios de ese carácter, principalmente para resolver conflictos o colisiones entre derechos fundamentales o, conflictos entre derechos fundamentales y otros principios jurídicos de naturaleza constitucional. A este método o regla interpretativa, se le denomina por algunos, juicio de ponderación cuando le dan una connotación estricta. Otros, por su formación anglosajona, prefieren hablar de razonabilidad

o de “balancing”. También podemos encontrar quien haga coincidir el principio de proporcionalidad con la interpretación armónica o la interpretación conforme.

El principio de proporcionalidad es un método para interpretar y argumentar principios constitucionales cuando ante situaciones jurídicas se encuentran en colisión y se hace necesario determinar cuál de los principios constitucionales en conflicto debe prevalecer. Lato sensu comprende tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los sub principios de idoneidad y necesidad se refieren a la optimización vinculada a las posibilidades fácticas. El sub principio de proporcionalidad en sentido estricto alude a la optimización de los derechos fundamentales dentro de sus posibilidades jurídicas.

Por otro lado, la interpretación constituye un tema relevante en el análisis de la constitucionalidad, debido a que nos provee de criterios respecto a los cuerpos normativos que colisionan con la Carta Política. Por ello, es necesario abordar su análisis en aras de contar con criterios que resulten adecuados para la defensa de la constitucionalidad y de los derechos fundamentales. Se entiende a la interpretación como una operación compleja que, partiendo de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta, explicita y concreta el alcance del valor que a través del enunciado legal trata de expresarse. Esos valores son el sedimento de lo jurídico, su cimiento, el pilar sobre el que cobra sentido el acto legislativo, y sin su aprehensión y constante consideración en la tarea interpretativa ésta carecerá de patrón de corrección o verdad. Por supuesto, la interpretación constitucional será en sus resultados dependiente también del modo como se solventa la discusión sobre el valor normativo de sus distintas cláusulas (reglas, principios, directrices, etc.), con lo que una teoría de la interpretación constitucional que se pretenda completa no podrá dejar de pronunciarse sobre esos extremos de teoría general del derecho y de teoría constitucional. Tal entendimiento, ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar que la particular estructura normativa de las disposiciones de la Constitución que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subjuntiva (supuesto normativo

– subsunción del hecho - consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional, ya que la Constitución es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del derecho de dignidad humana. También cabe precisar que los métodos de interpretación son aquellas herramientas que definirán el procedimiento a ser utilizado para declarar el sentido de un texto en relación a un caso concreto; pues, través de ellos se aprecia el tránsito entre el dispositivo y la norma, ya que ellos definen el camino a ser utilizado por el intérprete en el afán de hallar un sentido determinado al enunciado, incluso a aquellos que a primera vista parecen de simple comprensión, pero que dotados de un adecuado método interpretativo llevan al operador judicial a encontrar un sentido que dote al dispositivo de contenido constitucional. Son diversos los métodos de interpretación que han sido puestos a disposición por la doctrina; en el trajinar jurídico se observa que algunos resultan ser más adecuados que otros, y algunos son más utilizados que otros como el Principio de Proporcionalidad, por lo que es necesario analizar si este método de interpretación erigidos por el Derecho, avizorar ser el más necesario e importante para ser aplicado por el Tribunal Constitucional Peruano cuando existen conflictos de derechos fundamentales; cuando para el autor del presente trabajo existe otro principio de interpretación constitucional como es la de la Concordancia Practica, que es la más armonizadora de derechos.

El presente trabajo, el cual se pone a consideración tiene como título: “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO”; el mismo que está destinado a establecer las consecuencias que genera el principio de proporcionalidad en su aplicación como uno de los métodos y/o técnicas para la solución de casos por el Tribunal Constitucional

de nuestro país; este modesto trabajo consta de cuatro capítulos, comprendiendo:

Capítulo I – Análisis del objeto de estudio

Capítulo II – Marco teórico

Capítulo III – Marco Metodológico

Capítulo IV – Análisis y discusión de los resultados de la investigación

Finalmente se reseña las conclusiones arribadas, las recomendaciones correspondientes, la bibliografía utilizada y los anexos correspondientes, siendo, la idea central, determinar los efectos en la aplicación del Principio de Proporcionalidad como un método para solución de casos por el Tribunal Constitucional Peruano, para lo cual, se aplicó algunos instrumentos de campo para recoger información para validar la hipótesis planteada; esperando con este trabajo aportar a las instancias jurisdiccionales para las resoluciones de casos sin perjudicar ningún derecho fundamental y en definitiva enriquecer el mundo de la lectura jurídica constitucional.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1. UBICACIÓN

El presente trabajo el cual pongo en consideración se ubica en el año 2017, teniendo como población muestral a un grupo de magistrados del distrito judicial de Lambayeque. Tiene por objeto realizar el estudio y análisis de los efectos de la aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos cuando existe dos derechos constitucionales enfrentados; por lo que está delimitado al estudio analítico de las teorías, de las resoluciones emitidas por el tribunal constitucional y las informaciones de campo recogidas de la muestra elegida, todo ello, con el propósito de se llegará a determina si las resoluciones emitidas por el tribunal constitucional en casos de colisión de derechos son eficaces o en su defecto trae consigo desventajas.

2. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El principio de proporcionalidad como método para resolver racionalmente conflictos o colisiones entre principios constitucionales contrapuestos, ha sido repetidamente objetada; ya que algunos tratadistas señalan que concebir a los derechos fundamentales como máximas de optimización elimina el sentido deontológico de los derechos fundamentales, pues la concepción teleológica de los derechos llevaría a relativizar las posiciones iusfundamentales del individuo, de forma que los derechos fundamentales no serían cartas de triunfo frente a los objetivos estatales, sino únicamente valores objeto de ponderación con otros valores en cada situación concreta. El principio de proporcionalidad desde una concepción teleológica, debilita a los derechos fundamentales y favorece la realización de metas arbitrarias en contra de los individuos, es decir, no se concilia con la tradición liberal que concibe a los derechos fundamentales como inalienables y absolutos. Partiendo de que no existe en las Constituciones democráticas una jerarquía a priori entre los derechos fundamentales; se llega entonces que los derechos fundamentales se encuentran en un nivel jerárquico

similar, a conciliarlos en caso de que se encuentren en conflicto respecto de los casos concretos por lo que el principio de proporcionalidad garantiza que los derechos fundamentales puedan realizarse en la mayor medida posible sobre una base realista y según las circunstancias concretas del caso, cumpliendo una función básica para el Estado constitucional, pues sin él, los derechos fundamentales no podrían materializarse de manera armónica; sin embargo algunos autores sostienen que la aplicación de los derechos fundamentales mediante el principio de proporcionalidad es irracional y produce arbitrariedad, sirve para construir juicios salomónicos porque el propio principio de proporcionalidad es indeterminado conceptualmente, los principios constitucionales son entre sí inconmensurables e incomparables, y con el principio de proporcionalidad es imposible predecir resultados. Sobre la indeterminación conceptual del principio de proporcionalidad se dice que no existen criterios jurídicos que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en las que se ponderan principios. El principio de proporcionalidad es una estructura que se completa con las apreciaciones subjetivas del juez. Con respecto a la incomparabilidad y la inconmensurabilidad de los principios constitucionales que se ponderan, se argumenta que los principios constitucionales entre sí no son comparables porque son diferentes entre sí, y en cuanto a la inconmensurabilidad se indica que al no existir una relación jerárquica entre los principios constitucionales ni una medida en común entre ellos, es imposible determinar el peso de cada principio. Finalmente, el principio de proporcionalidad no garantiza predecir los resultados de la ponderación; en consecuencia, la jurisprudencia derivada de la aplicación del principio de proporcionalidad siempre será ad hoc, caso por caso y a posteriori, es incapaz de generar criterios generales, lo que desdora la seguridad jurídica del ordenamiento. También, al ponderar el tribunal constitucional, carecen de legitimidad democrática, interviene ilegítimamente en las competencias que la Constitución, confiere a otros poderes del Estado, principalmente al Legislativo; el Tribunal Constitucional sustituye y ocupa el lugar de la Constitución, ya que la Constitución dice lo que quiere que diga el Tribunal Constitucional, y las diversas y hasta contradictorias decisiones

subjetivas que emite el Tribunal Constitucional anulan las decisiones democráticas que el legislador ha tomado.

Considerando que el principio de proporcionalidad es una herramienta que se han inventado los tribunales constitucionales para legitimarse e intervenir indebidamente en decisiones políticas, en las competencias del legislador, en las competencias de la jurisdicción ordinaria, pues las decisiones de los primeros constitucionalizan el derecho ordinario mediante la irradiación de sus decisiones y a través de vías como la acción de amparo. En la actualidad observamos que nuestro Tribunal Constitucional en todas sus decisiones cuando hay conflictos de derechos fundamentales a utilizado el principio de proporcionalidad, pese que este principio no aspira a encontrar una objetividad o verdad plena. Por otra parte los subprincipios del principio de proporcionalidad y posteriormente la combinación de las leyes de colisión, de ponderación, la fórmula de peso y la carga de la argumentación, sirven para obligar al juez constitucional a ser riguroso en su decisión; los tres pasos de la ponderación demuestran esa racionalidad, pues en el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, en el segundo paso, se define la importancia del principio que juega en sentido contrario y, finalmente, en un tercer paso, debe precisarse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. A través de la estructura triádica de la fórmula del peso se comparan y determinan los grados o intensidades de intervención y de los principios en colisión, su peso abstracto y las premisas empíricas. Mediante el cociente de la fórmula de peso se aclara cómo se establecen las relaciones de precedencia de la colisión entre principios y cómo se deciden los casos de empate generalmente a favor del legislador. Los tribunales constitucionales tienen un margen de discrecionalidad que en realidad es un margen en la deliberación para determinar la magnitud que corresponde a las variables en la estructura triádica. Sin embargo, el margen de deliberación no es absoluto porque el juez constitucional está obligado a justificar las magnitudes a través de los mejores argumentos; existe el deber del juez constitucional para justificar correctamente

la magnitud o intensidad que se atribuye a cada variable, lo que evita la arbitrariedad. Es decir, el juez constitucional no tiene la potestad de manipular arbitrariamente el significado de los principios constitucionales, pues éstos están circunscritos a lo que establece la propia Constitución, a la manera en la que han sido interpretados por los precedentes y a la propia cultura jurídica. Por otra parte, tanto el legislador como el juez ordinario gozan de un margen de libertad y de acción; en donde la Constitución nada prescribe el legislador tiene competencia para decidir. En cuanto a la jurisdicción ordinaria, ésta dispone de un margen de acción para la interpretación de las disposiciones legales que son acordes a la Constitución y en los casos en los que no es procedente llevar a cabo una interpretación estricta que sea conforme con la Constitución, también dispone de un margen para valorar las pruebas, siempre y cuando ésta realice una valoración de manera racional, y no vulnere los principios constitucionales.

De lo expuesto precedentemente y los principios constitucionales establecidos en nuestra constitución, el Tribunal Constitucional Peruano no puede hacer o decidir lo que le venga en gana, su actuación para maximizar los derechos fundamentales está constreñida a las posibilidades fácticas, jurídicas y epistémicas existentes.

En nuestra realidad actual, en el campo del derecho constitucional el problema que encierra la colisión entre derechos fundamentales y la forma en que éste tipo de antinomias ha de resolverse, se advierte claramente en los procesos constitucionales que tutelan los derechos de las personas, la actual acción de protección, donde generalmente se ataca la ilegitimidad de un acto de los poderes públicos que los lesiona; y es que, correlativamente al derecho fundamental lesionado existe otro derecho u otro principio de rango constitucional, plenamente oponible, que articula o debería articular más complejamente las determinaciones de los jueces; los derechos en la Constitución colisionan entre sí cuando las circunstancias configuran un caso difícil. El denominador común de los conflictos de derechos fundamentales consiste en que éstos derechos, perteneciendo al mismo cuerpo constitucional,

y por tanto teniendo la misma jerarquía, temporalidad y especialidad, no pueden ser resueltos mediante los clásicos criterios de solución de antinomias normativas. Lo que significa en palabras sencillas que, ante esta colisión de derechos fundamentales, ni podemos subsumir los hechos de forma absoluta en una disposición constitucional, pues de lo contrario el conflicto sería resuelto en forma mentirosa, ni podemos aventurarnos a definir cuál de los derechos contrastados sería jerárquicamente superior, cronológicamente anterior o gradualmente especial frente al otro u otros.

Hoy en día, nuestro Tribunal Constitucional Peruano, para resolver las colisiones entre los derechos fundamentales, utiliza el Principio de Proporcionalidad; como técnica o método para la solución de casos o, en general, para determinar cuál interés jurídico debe prevalecer frente a otro que se le opone. Si la Constitución coloca en un mismo rango un conjunto de bienes o interés jurídico, el intérprete debe en principio tratarlos como tal, por lo que el punto de partida para el análisis es igual valor de los bienes constitucionalmente amparados. De todo lo esbozado es que se inicia este trabajo, partiendo de una realidad actual y preocupante donde muchos peruanos al ver que sus derechos no son amparados por el Tribunal Constitucional tiene que ir a las Cortes Internacionales en busca de protección de sus derechos constitucionales.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Que, si bien es cierto, que el éxito del Principio de Proporcionalidad es absolutamente incuestionable, ya que todos los días es utilizado por tribunales constitucionales nacionales e internacionales, pero la doctrina ha ido señalando criterios sobre los problemas de la proporcionalidad; por un lado se tiende a la relativización de los derechos ya no podemos saber *prima facie*, cual es el límite en concreto de un principio o derecho, ya que se puede decir: “tengo libertad de expresión” pero no se sabe hasta dónde, hasta que no se aplique la ponderación o test de proporcionalidad; es decir, no se puede saber si se puede someter a crítica o emitir determinadas opiniones sobre algunas personas porque de repente están protegidos por otros derechos como puede

ser el honor o la privacidad; esta relativización hace que los derechos se disuelvan un poco en el proceso interpretativo, de tal manera que, aquello que nos dice la constitución es un mandato que no sabemos si está definitivamente garantizado hasta que intervengan los tribunales. Asimismo con la aplicación del Principio de Proporcionalidad, los derechos van a ser fruto de una creación jurisprudencial, ya la Constitución es poco lo que nos dice en un sistema de ponderación; son los tribunales los que en realidad los que están definiendo en el ámbito de los derechos. Por otro lado está la idea de la dignidad de la persona humana, es muy difícil pensar que algo muy intrínsecamente unido a la condición humana que es la base última de los derechos pueda finalmente ceder ante otros derechos o principios por el ámbito de la ponderación en un caso concreto. Es verdad que Robert Alexis contesta esta crítica a la dignidad con su fórmula del peso, que indica que no solo en la ponderación hay que considerar cada uno de los principios, sino que hay que ver cuál es la intensidad de la intromisión en cada uno de esos principios. Finalmente la aplicación del principio de proporcionalidad parece difícil de combinar con el contenido esencial de los derechos fundamentales, el contenido esencial de los derechos actúa como el límite a los límites, ósea viene a ser como el contra límite; obviamente aquello que forma parte del contenido esencial del derecho no debe ser susceptible de ponderación, porque lo que es susceptible de ponderación es susceptible de ceder; en consecuencia, la ponderación no puede tener tanto peso para desdibujar la dignidad humana, pues el núcleo último de la dignidad no debe ser susceptible de ponderación.

4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

El problema queda formulado de la siguiente manera:

¿Qué efectos produce la Aplicación del Principio de Proporcionalidad, en la Interpretación de los Derechos Fundamentales por el Tribunal Constitucional Peruano?

5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO.

Desde el punto de vista teórico, esta investigación generará reflexión y discusión tanto sobre el conocimiento existente del área investigada, como dentro del ámbito de la interpretación de los derechos fundamentales, ya que de alguna manera u otra, se confrontan teorías, en este caso el método del principio de proporcionalidad utilizado por el Tribunal Constitucional Peruano para la interpretación de los derechos fundamentales en la solución de casos, lo cual necesariamente conlleva hacer epistemología del conocimiento existente. Asimismo esta investigación marcará el inicio de la búsqueda de una nueva técnica, mucho más justa, en la interpretación de los principios o derechos fundamentales, que genere soluciones de casos con mayor eficiencia sin perjudicar otro derecho fundamental; siendo otras de las razones en la que se justifica esta investigación, es que aquí se pone de manifiesto los conocimientos adquiridos durante los estudios de la maestría. De ahí que la investigación sobre la aplicación de la técnica o método del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional Peruano se justifica, en la medida que el derecho por ser una ciencia considera una amplia gama de temas que se correlacionan, entre los cuales está la interpretación jurídica dentro de la cual está estrechamente ligado a la interpretación constitucional; pues la interpretación de las normas jurídicas significa otorgarles un sentido.

En el caso de la Constitución, su interpretación adquiere especial importancia pues a través de ella se busca dar un sentido a las normas fundamentales que organizan la convivencia política y social de un país. Además, dada su peculiar característica de norma suprema del ordenamiento jurídico, de su interpretación depende la vigencia de las demás normas, las cuales pueden quedar expulsadas de aquel ordenamiento debido a su inconstitucionalidad. Por último se busca aproximar al lector al tema de la interpretación constitucional y la eficacia del principio de proporcionalidad utilizado por nuestro supremo intérprete constitucional, así como de la labor hermenéutica desarrollada por los tribunales constitucionales en defensa de los derechos fundamentales.

La importancia de este trabajo radica que los resultados servirán para determinar si es eficaz el uso del principio de proporcionalidad en la interpretación constitucional y asimismo que sirva de base para futuras investigaciones sobre este tema, abriendo nuevos caminos para estudios sustantivos que presenten situaciones similares a la que aquí se plantea.

6. OBJETIVOS.

6.1. General

Conocer y hacer conocer los efectos de la aplicación del Principio de Proporcionalidad en la interpretación de los Derechos Fundamentales por el Tribunal Constitucional del Perú.

6.2. Específicos

- Identificar la ineficacia de la aplicación del Principio de Proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional del Perú.
- Determinar las desventajas, de la aplicación del Principio de Proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional del Perú.
- Examinar la aplicación de los sub principios del Principio de Proporcionalidad en el sistema constitucional peruano.
- Analizar los principios de interpretación de la Constitución peruana.
- Sintetizar sobre el concepto de eficacia de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional peruano.

7. HIPÓTESIS

“La aplicación del Principio de Proporcionalidad en la Interpretación de los Derechos Fundamentales no produce resoluciones eficaces por parte del Tribunal Constitucional Peruano”

8. VARIABLES

8.1. Variable independiente

Principio de proporcionalidad. Es de naturaleza cualitativa.

8.2. Variable dependiente

Interpretación de los derechos fundamentales por Tribunal Constitucional Peruano. De naturaleza cualitativa, cuya escala de medición es eficaz o ineficaz.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

1.1. Leonardo Carrillo, Reynaldo (Lambayeque - 2017), en su tesis para optar el grado de maestro titulada: “El Principio de Proporcionalidad y la Prisión Preventiva”; donde entre sus conclusiones indica: “(..) que para decretar la prisión provisional, la aplicación del principio de proporcionalidad, mediante la elaboración de normas adscritas, permite resolver en forma adecuada, el conflicto entre el derecho a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución penal, ya que en base a criterios empíricos y normativos, en el primero, se determina el nivel de intensidad de la intervención en el derecho fundamental, y en segundo, el nivel de satisfacción del bien jurídico constitucional, y a partir de ahí establecer cuál de los dos debe prevalecer en el caso concreto”¹.

1.2. Hernández Rengifo, Freddy (Lambayeque - 2013), en su tesis para optar el grado de maestro titulada: “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”; donde reseña que el principio de proporcionalidad es un método cuya finalidad es verificar si una norma legislativa puede intervenir legítimamente un derecho fundamental; así como evaluar si una decisión judicial, administrativa o particular puede afectar un derecho fundamental y si esta intervención es constitucional. Asimismo refiere que el Tribunal Constitucional, aplicando el principio de proporcionalidad, fundamenta adecuadamente sus sentencias y toma decisiones justas.⁽²⁾

¹ LEONARDO CARRILLO, Reynaldo. “El Principio de Proporcionalidad y la Prisión Preventiva”, Tesis de grado. Lambayeque 2017.

² HERNÁNDEZ RENGIFO, Freddy Vidmar. “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Tesis para optar el grado de maestro. Lambayeque 2013.

1.3. Gorra, Daniel Gustavo (Buenos Aires - 2011) en el trabajo titulado: “Argumentación Jurídica y Ponderación de Derechos”; donde expresó su crítica, desde la concepción analítica del Derecho, al sistema de ponderación de principios propuesto por el profesor alemán Robert Alexy en el marco de su teoría de argumentación jurídica. Entre sus conclusiones señala:

Que hay un problema epistemológico vinculado al conocimiento del pensamiento ético, por el principialismo que hay detrás de la teoría argumentativa de Alexy. No hay una herramienta metodológica que permite captar los supuestos valores o principios para poder determinar de qué manera los jueces pueden conocer los mismos. Se da por supuesto que los mismos existen, como una categoría a priori del sujeto y el valor de cada uno. Se carece de elementos que permitan identificar un valor o un principio, tampoco se define qué es un valor o qué es un principio.

1.4. Ugarte Cataldo, José Luis, (Salamanca - 2011) En la tesis doctoral, titulada “La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad”, donde entre sus conclusiones señala:

Los derechos fundamentales de ambas partes son restringibles, la cuestión es determinar en cada caso qué derecho será el que soportará en definitiva la restricción, y ello se hace utilizando el estándar argumentativo propio del principio de proporcionalidad; el juicio de ponderación ha de constatar que el acto empresarial impeditivo del derecho no traspasa lo razonable, es necesario para lograr el fin perseguido y mantiene un principio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y el bien que se tutela.

1.5. Saona Marín, Tamara (Valdivia - 2010) En la tesis para optar el grado de licenciado, titulada “La aplicación del principio de proporcionalidad por el tribunal constitucional chileno en el control constitucional de las leyes penales”, donde entre sus conclusiones señala:

Que, la falta de desarrollo del principio de proporcionalidad en materias penales hace necesario que nuestro Tribunal Constitucional reflexione y sustente un criterio de interpretación a la restricción de derechos que sea coherente en todas las áreas del derecho y especialmente aplicable en materia penal, porque es la rama del derecho que interviene con mayor severidad en los derechos fundamentales. Quizás exista un criterio más apto para controlar la ley penal, sin embargo, la proporcionalidad tiene la ventaja de ser una herramienta utilizada por prestigiosos Tribunales Constitucionales europeos y contar con una respetuosa doctrina que la respalda.

1.6. Chávez Baño, Juan Carlos (Quito - 2010) En la tesis de grado de maestría, titulado “El principio de proporcionalidad en la justicia constitucional”, donde entre sus conclusiones señala:

Que, el principio de proporcionalidad sea la regla que determine el resultado del juicio sobre la prevalencia de un principio a costa del sacrificio de otro tiene que ver con el hecho de que no hay obligación alguna de sacrificar un derecho subjetivo si no es en beneficio del imperio de un criterio de justicia material. Sin embargo, más allá de lo estrictamente necesario, se justifica restringir el derecho subjetivo en forma proporcionada para que ese criterio de justicia material se concrete. Por ejemplo, se debe sacrificar el derecho al disfrute de la renta producida por el trabajo personal contribuyendo al Estado para que desarrolle la obra de prestación de servicios públicos a que tienen derecho los demás.

1.7. Cruz Parcero, Juan Antonio (Madrid - 2000) en el trabajo titulado: “La argumentación sobre derechos fundamentales: La ponderación de los derechos y los interés generales”; realizado con los objetivos de facilitar y mejorar la gestión administrativa en las organizaciones. Se llegó a la conclusión:

Que un derecho es exigible siempre que no afecte los interés de la sociedad, que implique proteger el interés social por encima del particular”; de este se concluye que lo propuesto por Cruz Parceró, invoca que un derecho se debe interpretar además se su ponderación con el interés directo de la sociedad.

2. BASE TEÓRICA

2.1. El Principio de Proporcionalidad

2.1.1. Noción de proporcionalidad

La noción de proporcionalidad no es una novedad de nuestros tiempos, por el contrario, ha sido considerada como el instrumento de control más antiguo de la intervención estatal, debido a que se remonta a los inicios de la historia del pensamiento jurídico, moral y filosófico. Desde entonces, esta noción se caracteriza por ser una herramienta que combina elementos de la justicia del caso concreto, de la lógica en la moderación del poder y de la carga o deber de motivar que incumbe al Estado. Con la llegada de la nueva concepción liberal del Estado que surge en el siglo XIX, se empieza a manifestar la preocupación por el reforzamiento de la protección de las esferas jurídicas individuales ante las intervenciones que el Estado realiza conforme su potestad. Pero será a partir de la segunda Posguerra el momento en que el principio de proporcionalidad pase a convertirse en un instrumento de control constitucional de la ley, debido a que en dicha época comienza a manifestarse la noción de Estado Constitucional de Derecho, la que se caracteriza por reconocer la vinculación de todos los poderes del Estado, incluido el legislador, a las normas de derecho fundamental, las que a su vez, empiezan a introducir una teoría material de la justicia, basada en el reconocimiento de la dignidad humana y en el respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, este principio alcanzará su mayor funcionalidad en el instante en que se asume la posibilidad de que en ciertos casos los derechos fundamentales puedan verse restringidos en

favor de la protección de otros derechos, e incluso, que dicha restricción pueda realizarse con el objeto de mantener la vigencia de determinados bienes colectivos.

Esta tesis, que los derechos fundamentales puedan verse restringidos, ha tenido su mayor elaboración teórica en la obra de Robert Alexy, quien no sólo considera que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios, que caracteriza como mandatos de optimización, los cuales requieren su máximo grado de realización según las posibilidades fácticas y jurídicas, sino que además, reconoce que dichos principios pueden entrar en conflicto. Surgiendo en ese instante la máxima de proporcionalidad como un instrumento regulador de las colisiones entre derechos fundamentales o de éstos con bienes colectivos.

2.1.2. Concepto de principio de proporcionalidad

Se entiende a aquello que guarda o tiene equivalencia, correspondencia, equilibrio. La proporcionalidad indica o explica una relación de correspondencia, equivalencia o equilibrio entre dos objetos o cosas.

Según el Diccionario de la Real Academia española, proporcionalidad significa proporción, relación o correspondencia debida de las partes con el todo, en cuanto a magnitud, cantidad, o grado: las proporciones del cuerpo etc., pero también se define en matemáticas como igualdad de dos razones.

El principio de proporcionalidad, que también es conocido como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los

poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales. Se trata, por tanto, de una herramienta hermenéutica que permite determinar la constitucionalidad tanto de la intervención o restricción como de la no intervención de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad tiene su origen en la jurisprudencia alemana. Según Castillo Córdova su origen se remonta a las sentencias dictadas en el siglo XIX por parte del Tribunal Supremo Administrativo Alemán en el área del derecho de policía. Luego, es el Tribunal Constitucional Alemán quien lo eleva a rango constitucional, en tanto se deriva del principio de Estado de Derecho. Con posterioridad, el principio de proporcionalidad ha sido recogido e incorporado como principio constitucional por el Tribunal Constitucional Español sobre la base de tres razones fundamentales: i) que se sustenta en la negación u oposición de la arbitrariedad, ii) que es una expresión el principio de Estado de Derecho y iii) tiene una justificación material.³

Para Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad “admite varias fundamentaciones complementarias, a saber: (i) la propia naturaleza de los principios de los derechos fundamentales; (ii) el principio del Estado de Derecho; (iii) el principio de justicia; (iv) el principio de interdicción de la arbitrariedad”⁴.

³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. Revista Peruana de Derecho Público. Lima 2005.

⁴ GRANDEZ CASTRO, Pedro. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”. Lima 2010.

Entonces diremos que el principio de proporcionalidad tiene su base o fundamento valorativo en el orden constitucional, en tanto se convierte en el criterio de equilibrio o modulación entre las acciones que el Estado realiza en el cumplimiento de sus fines y el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana. Lo que significa que el principio de proporcionalidad adquiere plena justificación en el ámbito de la actuación de los poderes públicos, en tanto se explicita como filtro de armonía que impide que la actividad del Estado sobrepase los límites exigibles para la consecución de los intereses colectivos cuando los derechos individuales son afectados o menoscabados infundadamente. Se trata, entonces, de conceder justificadamente a cada principio confrontado lo que razonadamente le corresponde. En efecto, como indica Alexy:

El principio de proporcionalidad forma parte de los principios estructurales, cuya aceptación es necesaria para la satisfacción óptima del sistema jurídico. De ahí resulta que, a medida que una regla ofrece menos libertad de movimiento, la razón que la legítima tiene que ser más fuerte. Esto es lo que ocurre en la metodología de los límites de los derechos fundamentales. De ahí resulta que una regla no puede ser una relación estática, sino que carga en su interior su propia posibilidad de superación. De lo dicho, se puede concluir señalando que el principio de proporcionalidad es una manifestación racional de lo óptimo y que, siendo el ordenamiento constitucional estructural, necesariamente el principio de proporcionalidad es innato en el método de la interpretación constitucional.

Empero, el principio de proporcionalidad se define y comprende a partir de dos dimensiones. Por un lado es entendido en un sentido amplio y, por otro, en un sentido estricto. En el sentido amplio, cuando se trata de evaluar si una intervención en un derecho fundamental o en un interés jurídico es una medida adecuada, necesaria y equilibrada con el orden de cosas; debiendo cada supuesto ser evaluado independiente, concatenada y armónicamente, bajo lo que se ha denominado el triple juicio de

proporcionalidad y que comprende: (i) un juicio de adecuación o idoneidad de la medida, (ii) un juicio de necesidad o indispensabilidad de la medida y (iii) un juicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto de los principios confrontados. En el sentido estricto, por el contrario, se trata de un juicio valorativo que se limita al ámbito de la ponderación de los principios encontrados y que juegan en sentido contrario como se explicará detalladamente más adelante.

2.1.3. Contenido del principio de proporcionalidad

Para comprender de un mejor modo lo que ha de entenderse por el principio de proporcionalidad en sentido amplio, es absolutamente necesario remitirnos a su construcción en la dogmática alemana, ya que ésta, además de otorgarle su forma actual, goza del prestigio de que sus lineamientos son los utilizados por la jurisprudencia europea. En razón de lo anterior, se ha entendido que el principio de proporcionalidad se encuentra compuesto por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo tipo de medida legislativa interventora de derechos, incluyendo así también interpretaciones o aplicaciones de la ley, por medio del cumplimiento de los tres subprincipios o máximas de las que se compone la proporcionalidad, que son la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Su funcionalidad, según el Tribunal Constitucional alemán, opera de modo escalonado de la siguiente manera: Si la limitación del derecho fundamental que aquí entra en consideración debe ser idónea para la protección eficaz del bien jurídico. Esa limitación debe ser además necesaria, lo que no sucederá cuando existan medidas alternativas de actuación más suaves. Finalmente, la limitación debe ser proporcionada en sentido estricto, lo que significa que se encuentre en una relación razonable con la importancia y el significado del derecho fundamental.

2.1.4. Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales

Uno de los estudios más acabados acerca del principio de proporcionalidad es el realizado por Robert Alexy. Este autor asienta la proporcionalidad en el marco de una estructura de los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos propios del Estado Constitucional.⁵

Cabe destacar, que los avances de esta teoría se traducen en los siguientes: primero, en considerar a los derechos fundamentales y los bienes colectivos como principios; segundo, en que dichos principios son, a su vez, mandatos de optimización, es decir, ordenan la realización de lo prescrito en la mayor medida posible; y tercero, en la susceptibilidad de que estos principios puedan entrar en conflicto, momento en que la máxima de proporcionalidad desplegará sus efectos para la resolución de dicha colisión.

En razón de lo anterior, y con el propósito de entregar una mejor comprensión acerca de la función que cumple el principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional, es necesario analizar las tesis más importantes sobre las que sustenta esta teoría.

En primer lugar, tenemos la tesis que realiza distinción entre reglas y principios, la cual se basa en que estos últimos, a diferencia de las primeras, son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible. Ejemplo de este tipo de norma son los derechos fundamentales. Por lo tanto, según Alexy, la realización de lo preceptuado por una norma con dicha estructura puede ser objeto de graduación a la luz de las circunstancias del caso en que ésta puede realizarse o cumplirse, (posibilidades fácticas) y a la existencia de principios igualmente relevantes pero contradictorios con el primero, (posibilidades jurídicas).

⁵ TAMARA SAONA, Marín. “Aplicación del Principio de Proporcionalidad por el Tribunal Constitucional Chileno en el Control Constitucional de Leyes Penales”. Valdivia – Chile. 2010.

Lo anterior difiere en absoluto con lo que el autor considera como reglas, debido a que éstas siempre implican una observancia del todo o nada, no admitiendo, en consecuencia, la graduación de su cumplimiento. Ahora, y como segunda tesis relevante de esta teoría, tenemos la vinculación necesaria que existe entre los principios, entendidos como mandatos de optimización, y la máxima de proporcionalidad. Pues, el modo de determinar el cumplimiento de un principio implica siempre, según Alexy, la necesidad de acreditar su grado de satisfacción *mayor posible* en razón de las posibilidades fácticas y jurídicas.

Esta íntima relación se explica por la visión conflictivista que tiene este autor sobre los derechos fundamentales, dado que la concepción de principios como mandatos de optimización hace aplicable el principio de proporcionalidad en, prácticamente, todos los casos en los cuales se busque determinar el contenido de un principio; debido a que dicha determinación dependerá de las posibilidades fácticas del cumplimiento de la norma, la cual se efectúa por medio de un examen de la idoneidad y necesidad de la medida y de las posibilidades jurídicas de su cumplimiento, la que se determina por medio de la proporcionalidad estricta. Por lo tanto, cada una de estas máximas opera del siguiente modo: la idoneidad realiza un examen para la selección de los medios adecuados para satisfacer un determinado principio, constituyendo por lo tanto, el primer paso necesario para cumplir lo que ordena la norma con estructura de principio en cuanto a las posibilidades fácticas; la necesidad, en cambio, se encarga de la elección de entre diversos medios adecuados de aquél que produce una menor intervención y afección a los derechos fundamentales; y finalmente, la proporcionalidad estricta, pondera el conflicto que sobreviene de la colisión de dos normas con estructura de principio, como pueden ser dos normas de derecho fundamental. Esto último se lleva a cabo por medio de la ley de la ponderación. Dicha ley exige que cuanto mayor sea el grado de no

satisfacción o afección de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.⁶

A su vez, la ley de ponderación consta de un procedimiento que podemos desglosar en tres pasos: el primero, es determinar el grado de la no satisfacción de uno de los principios; el segundo, es definir la importancia de la satisfacción del principio contrario; y finalmente, si la importancia de satisfacer el principio contrario justifica la afección del otro. Entonces, en virtud de lo expuesto anteriormente, ante una colisión de principios se deberán aplicar cada uno de estos subprincipios en el orden antes mencionado, esto es idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta y esta última por medio de la ley de la ponderación ya explicada, de modo que el resultado final de este procedimiento nos otorgará la regla concreta que soluciona el conflicto en sede constitucional.

2.1.5. La función del principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional

Una de las funciones más importantes que cumple el principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional es la de ser un límite a los límites de los derechos fundamentales. Esta doctrina se fundamenta en la regulación de los derechos fundamentales en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, función que por definición realiza la ley y que en numerosas ocasiones implica la limitación de estos derechos. Sin embargo, esta posibilidad de restringir los derechos fundamentales no es absoluta, ya que el legislador en el ejercicio de esta función se encuentra sujeto a diversos límites. Por consiguiente, una teoría como ésta reconoce, en primera instancia, la reserva de competencia en favor del legislador para la delimitación y regulación de los derechos, para posteriormente considerar, que en ejercicio de esta labor, debe dar fiel cumplimiento a un conjunto de requisitos formales y materiales para la legitimación de una medida interventora de derechos.

⁶ Idem

Dentro de los requisitos formales encontramos la reserva legal, la cual implica; primero, la exigencia de abstracción y generalidad de la norma que interviene derechos fundamentales; y segundo, la necesidad de que la norma sea concebida por un órgano, representativo de la voluntad soberana, es decir, debe provenir del Parlamento y tener, en consecuencia, rango legal. Dentro de los requisitos materiales, se encuentra la obligación de respeto del contenido esencial y el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, según esta teoría, en el ámbito del control constitucional de normas interventoras de derechos, la máxima de proporcionalidad opera como un límite material de las restricciones y/o limitaciones a los derechos. Las críticas que se efectúan a esta doctrina se reducen a su excesiva flexibilidad, ya que es posible incorporar a estos límites toda clase de contenido, lo que impide considerarla como una teoría dogmática, debido a que la determinación de cuáles serían los límites de los límites.

Asimismo, la consideración de la máxima de proporcionalidad como uno de los límites a las restricciones de los derechos fundamentales puede llevar al error de creer que éstos son los únicos límites a la labor legislativa interventora de derechos desconociendo, de este modo, la labor que también cumplen en este sentido los mismos derechos fundamentales. A su vez, podría incurrirse en otro error, que implica la posibilidad de creer que este principio opera de modo autónomo y con independencia de estos derechos. Ahora, como una segunda teoría respecto a la función del principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional encontramos, especialmente en la doctrina española, aquella que considera que la proporcionalidad opera como un principio general del derecho, caracterizándose, según González-Cuéllar, en que obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el equilibrio entre los intereses en conflicto, siendo, entonces, un criterio hermenéutico que le sirve al Tribunal Constitucional para orientarse en el complejo mundo de los valores, contrapesándolos y jerarquizándolos para la resolución de

los conflictos. Los méritos esta teoría, que considera al principio de proporcionalidad como un principio general del derecho y son dos: primero, es el reconocimiento de que el principio de proporcionalidad pertenece al ordenamiento jurídico independiente de su tipificación. El segundo, es la relación inseparable que la proporcionalidad tiene con la interpretación jurídica, es decir, que la proporcionalidad al ser un principio general del derecho se convierte en un criterio hermenéutico.

No obstante, esta teoría no ha estado exenta de críticas, ya que se ha señalado que los principios generales del derecho tienen propiedades incluso más crípticas, ambiguas y evanescentes, que los rasgos del propio principio de proporcionalidad.

2.1.6. Divergencias doctrinales relativas al principio de proporcionalidad:

Dentro de las discusiones doctrinales que se suscitan en torno al principio de proporcionalidad debemos mencionar, en primer lugar, aquéllas que dicen relación con la legitimidad de su aplicación en sede constitucional; y en segundo lugar, aquéllas que discuten acerca de los criterios que se deben tener en cuenta frente a un caso en que la proporcionalidad no otorgue una respuesta clara ante un conflicto de principios.

i. Problemas acerca de la legitimidad del principio de proporcionalidad

Respecto a la doctrina que cuestiona la legitimidad de la aplicación este principio, debemos mencionar que sus argumentos giran en torno a la incompatibilidad existente entre la aplicación del principio de proporcionalidad y la existencia del principio democrático. Dado que al menos en sede constitucional, la proporcionalidad al ser un parámetro o limitación de la labor legislativa en la regulación de los derechos fundamentales se convierte en un instrumento de control excesivamente poderoso que puede afectar la seguridad jurídica, debido a que por esta

vía puede dejarse sin efecto a una ley, la que no sólo se caracteriza por su estabilidad en el tiempo, sino porque además, posee una legitimidad democrática de la cual carece un Tribunal Constitucional.

Adicionalmente, otro sector doctrinal sostiene que el principio de proporcionalidad no admite una aplicación racional, pues no constituye más que un argumento formal, vacío; es sólo una metáfora carente de todo punto de referencia objetivo, un tópico ininteligible, porque no puede sustentarse sobre ningún punto de referencia jurídico. Lo que se diferencia de la aplicación de este principio en sede administrativa, ya que en este caso el punto de referencia es la finalidad de la ley.

En efecto, estos autores circunscriben la intervención del principio de proporcionalidad como un medio de control que sólo puede operar en contra de la autoridad administrativa y, que en ningún caso, puede ser utilizado en contra del legislador, debido a que éste posee un amplio margen de fines legítimos dentro de los cuales puede actuar, limitado únicamente por el contenido esencial de los derechos, el que se entiende de un modo relativo, dado que para algunos autores este contenido cambia con el transcurso del tiempo.

En definitiva, se considera dudoso que la utilización del principio de proporcionalidad se encuentre en las manos de un tribunal constitucional carente de legitimidad democrática que podría, eventualmente, dejar sin efecto las decisiones emanadas de un órgano que sí goza de aquélla.

Ahora bien, entre quienes defienden y justifican la aplicación del principio de proporcionalidad destaca Bernal Pulido, para quien este principio contribuye a determinar el contenido de los derechos fundamentales que vinculan al legislador, siendo por lo tanto un instrumento argumentativo eficaz para fundamentar el juicio de las leyes limitadoras de tales derechos. Adicionalmente, en cuanto a la falta de racionalidad del principio de proporcionalidad, considera que aquello no

es un problema exclusivo de la aplicación de este principio, sino que sucede siempre que debe llevarse a cabo el razonamiento jurídico mediante el cual deban resolverse cuestiones normativas. Por lo tanto, la imposibilidad de que la proporcionalidad no ofrezca argumentaciones objetivas no es el gran problema, sino que es natural que ningún principio pueda hacerlo.

En este sentido, es posible encontrar aquí un reconocimiento a la posibilidad de que el legislador sea irracional, razón que hace aparecer al principio de proporcionalidad como una teoría de argumentación que le otorga racionalidad, o reafirma en el caso de que exista, a sus decisiones, por medio de un conjunto de reglas estrictas y pasos de argumentación que se deben llevar a cabo durante la regulación o restricción de derechos. En este sentido, Bernal Pulido considera que entre todos los criterios que resuelven cuestiones normativas, la proporcionalidad es, por las razones expuestas, la que otorga mayores garantías de racionalidad. Sin embargo, a pesar de la discusión anterior acerca de la legitimidad del principio de proporcionalidad en su aplicación en sede constitucional este principio goza en nuestros días de una amplia aceptación especialmente en el derecho europeo, destacando su incorporación en el proyecto de Constitución Europea. Además, este principio ha sido objeto de un importante desarrollo por el Tribunal Constitucional Alemán, el Tribunal Constitucional Español, el Tribunal de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque este último en menor medida.

ii. Problemas acerca de las cargas argumentativas aplicables ante un caso en el cual la proporcionalidad no otorga una respuesta clara

Esta discusión que protagonizan Lopera Meza y Bernal Pulido surge dado que, no obstante, ambos legitimen la aplicación del principio de proporcionalidad como un medio de control al poder legislativo, inclinan por dar opiniones opuestas a la problemática que se genera cuando el

principio de proporcionalidad no entrega una respuesta clara ante los conflictos de principios, básicamente entre principios liberales y del Estado social y democrático de Derecho. Para resolver el asunto, Lopera Meza, considera que en estos casos se debe hacer aplicación del principio in dubio pro libertate por lo tanto, se debe favorecer la libertad e igualdad del individuo, debiendo el órgano de control declarar inconstitucional la norma. En cambio, Bernal Pulido considera que esta postura, la que además sería la que sostenida el primer Alexy, resulta incompatible con los principios de un Estado social y democrático de Derecho, dado que el interés general debe gozar de un rango equivalente al de los derechos fundamentales.⁷

De este modo, la existencia en el juicio de constitucionalidad de una regla argumentativa que dirima en caso de empate en favor de los derechos fundamentales y no de los bienes colectivos protegidos por una determinada norma, conlleva a una flagrante vulneración a los principios de la democracia representativa, reduciendo de este modo el margen de acción que posee el Parlamento, aumentando, en consecuencia, desmesuradamente el accionar del Tribunal Constitucional, afectando, así, la presunción de legitimidad del legislador.

Ahora, en la observación de ambas posturas, pareciera a primera vista que ambas fuesen irreconciliables, aunque siguiendo la opinión de Jorge Alguacil, es necesario considerar que probablemente Lopera Meza critique la postura pro legislatore de Bernal Pulido inspirada, como ella misma reconoce, en el garantismo propugnado por Ferrajoli.⁸

⁷ Cfr. BERNAL PULIDO, C. “Tribunal Constitucional, Legislador y Principio de Proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año N° 25, N° 74, 2005, p.422

⁸ Idem

2.1.7. La distinción entre reglas y principio

Hoy en día se acepta cada vez más que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos de normas: las reglas y los principios.

Las reglas constituyen normas que ordenan algo definitivamente; son mandatos definitivos, por lo tanto son susceptibles de cumplirse o incumplirse. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, son mandatos de optimización que se pueden cumplir gradualmente. La diferenciación entre reglas y principios surge del hecho de que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad. Otra diferencia constituye el fundamento teórico de las normas, especialmente para entender a las dos operaciones principales de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación.

Las normas, en general, pueden expresarse como reglas y como principios aunque tiene que advertirse el contexto en el que se presenta la distinción. Se puede hablar de las normas en el Estado de Derecho o en el Estado Constitucional. En el primero se establece el derecho por reglas y ahora se habla de un derecho por principios lo cual tiene una trascendental importancia para la potestad jurisdiccional. En el sentido de la potestad jurisdiccional se evidencia cuando las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos y podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Es importante recordar que tanto los principios como las reglas, como normas del Derecho positivo, tienen como efecto crear derechos subjetivos a los destinatarios de los mismos.

En el ejercicio de interpretación que se realiza, se destaca obviamente la ponderación como un criterio metodológico básico para la interpretación de los derechos fundamentales, pues lo que se busca es la mejor decisión cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Mediante la ponderación se trata de conjugar desde el caso concreto ambos derechos, pesando cada uno de ellos en su eficacia recíproca frente a las circunstancias del caso concreto. En general, las críticas al método de la ponderación están dadas por la jerarquización que se establece de los derechos de manera a priori, sin tener en cuenta los valores y contextos distintos o quizá también con los mismos derechos pero en situaciones diferentes.⁹

La Constitución como conjunto de normas jurídicas que se formalizan en principios y reglas no puede aplicarse por el método de subsunción precisamente por la presencia de estos principios. Sin duda, este principio sí puede ser aplicado cuando se habla de la ley. Por lo tanto, la diferenciación entre principios y reglas de las normas tiene una primera consecuencia en la interpretación jurídica ya que no es la misma la utilizada para las reglas que la ejercida para los principios. Esto obedece a la distinta estructura de las unas y las otras. Es diferente la organización de las normas-principios que la de normas-reglas. Así por ejemplo, la ley establece que los trabajadores en huelga deben cumplir con respetar el orden público estamos en presencia de reglas, pero cuando la Constitución dice que la huelga es un derecho estamos ante un principio. También cuando se afirma que la detención debe ser ordenada por el juez en el plazo de cuarenta y ocho horas estamos en presencia de una regla, pero cuando se dice que la libertad personal es inviolable estamos ante un principio. Las reglas se estructuran con supuestos y preceptos de conducta, por esta razón, son las que indican cómo debemos o no comportarnos en ocasiones concretas y muy específicas previstas en las

⁹ CHAVEZ BAÑO, Juan Carlos. Tesis “El Principio de Proporcionalidad en la Justicia Constitucional”. Quito – Ecuador. 2010

reglas mismas. Normalmente, las reglas son las que se expresan en las normas de rango legislativo, sin perjuicio de que existan a nivel constitucional. No obstante, los principios son, por excelencia, las normas que reconocen los derechos de rango constitucional.

Por todo lo anterior, en particular la diferencia estructural, se puede explicar ahora que la interpretación de las reglas deba producirse de acuerdo a los métodos de la ciencia del Derecho ya que hay que explicar las palabras utilizadas por los legisladores en la formulación del precepto de conducta. La aplicación de los principios requiere que cuando la realidad exija de nosotros una reacción, se tome posición ante ésta de conformidad con ellos. Esto es fundamental para el ejercicio de la jurisdicción. La vinculación entre el derecho procesal constitucional y los principios generales del derecho es evidente, el papel de la actual Corte Constitucional debe obedecer a la necesidad social de lograr soluciones a la efectividad de la justicia y a la adecuada, justa y oportuna protección de los derechos de la personas. Las consecuencias inmediatas ante el desbalance de la aplicación de justicia se ven reflejadas en una falta de proporcionalidad en la aplicación de sanciones en donde la no distinción entre reglas y principios puede afectar al operador de justicia de manera bastante perjudicial. Gracias a su mayor desarrollo, la doctrina y la jurisprudencia extranjera, establecen una serie de directrices sobre su efectiva aplicación y cómo esto influiría en la vida de las personas que son objeto de decisiones que lesionan su garantía a la proporcionalidad. Todo esto tiene que enmarcarse dentro del contexto de aplicación de derechos y administración de justicia en relación al bienestar del hombre como fuente principal e inspiradora de la creación normativa. Por lo tanto, incluso una vez agotados los recursos existentes en un ordenamiento jurídico, se hace necesaria su estimación ante tribunales supranacionales, para no dejar impunes violaciones evidentes de derechos.

2.1.8. El principio de proporcionalidad en el sistema constitucional peruano.

La Constitución de 1993 ha establecido en el último párrafo del artículo 200º de manera expresa el principio de proporcionalidad, al permitir a los jueces evaluar las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, dictadas en estados de excepción [estado de emergencia y estado de sitio], a través de las acciones de garantía de amparo y habeas corpus. Del sentido literal de la norma pareciere que el principio se delimita al ámbito de estos supuestos de excepción, sin embargo, conforme a la doctrina jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional, este principio al tener connotación constitucional comprende todo el ámbito del derecho, constituye un principio angular del sistema jurídico de todo Estado Constitucional de derecho, como es el caso del Estado peruano, en tanto se convierte en el baremo para evaluar si las acciones desplegadas por los poderes públicos no lesionan los derechos fundamentales y, en caso de que sí lo hagan, estén fáctica y jurídicamente justificadas.

El Tribunal Constitucional, partiendo de los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, ha precisado que:

El principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. Como tal, el principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución, por lo que teniendo en cuenta los principios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o

la imposición de sanciones, entre otros aspectos, deben observar el principio de proporcionalidad. (Exp. 0012-2006-PI/TC.).

Es a partir de esta precisión jurisprudencial del Tribunal Constitucional que se ha institucionalizado el principio de proporcionalidad como un principio fundamental del sistema jurídico constitucional; debiéndose precisar que no es el primer pronunciamiento jurisdiccional del máximo intérprete de nuestra Constitución sobre el tema, toda vez que ya lo había hecho en el Expediente N° 0010-2000-AI/TC; en cuya sentencia interpreta que la exigencia de proporcionalidad para las medidas restrictivas de derechos no se circunscribe a los supuestos de un estado de excepción, como parecería indicar literalmente la norma, sino que al tener la calidad de principio se proyecta a todo el ordenamiento jurídico; mucho más si, como indica la doctrina jurisprudencial comparada y lo recoge el propio tribunal, el principio de proporcionalidad al derivar de la cláusula del Estado de Derecho, no solamente comporta una garantía de seguridad jurídica, sino que además, supone la efectivización de reales y precisas exigencias de justicia material.

Si bien es cierto que el principio de proporcionalidad se fundamenta en la naturaleza de la cláusula de Estado de Derecho y en el valor justicia, es tal vez tan igual, o más de importante que éstos, la dignidad humana como base fundante, en tanto constituye el fin supremo de la sociedad y el Estado, como reza el artículo 1° de la Constitución Política.¹⁰

2.1.9. El test de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad supone un triple juicio. El Tribunal Constitucional ha establecido que: Debido a la propia naturaleza el principio de proporcionalidad (es un mecanismo de control), su afectación siempre va a estar relacionada con la afectación de un derecho fundamental o un bien constitucional (en tanto estos últimos son fines en

¹⁰ **BECERRA SUAREZ**, Orlando. “El Principio de Proporcionalidad”. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>

sí mismos). En otros términos, si se determina que una medida estatal es desproporcionada no se está afectando solamente el principio de proporcionalidad, sino principalmente el derecho fundamental o bien constitucional comprometido en la referida medida estatal. El principio de proporcionalidad, en tanto presupuesto de necesaria evaluación por parte de los poderes públicos cuando pretendan limitar un derecho fundamental, exige examinar adecuadamente los siguientes subprincipios: a) si la medida estatal que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucional que se pretende con tal medida; b) si la medida estatal es estrictamente necesaria; y, c) si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta la medida estatal. (Expediente N° 0012-2006-PI/TC.).

i. Examen o test de idoneidad o adecuación.- Según el Tribunal Constitucional “La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin (Clérico 2000) (...)”¹¹ (Expediente N° 00045-2004-PI/TC.). En efecto ha precisado que:

Este principio implica que toda injerencia en los derechos fundamentales de una persona debe ser adecuada para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Por tal motivo, supone la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine para su consecución.

En ese sentido, debe examinarse si la medida legislativa es objetivamente adecuada, en tanto que, si no lo es, la consecuencia será la declaración de inconstitucionalidad de la misma. El legislador, al momento de ejercer su función de creación de normas, puede elegir entre

¹¹ Idem

varias posibilidades para alcanzar sus objetivos, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional analizar si los medios elegidos permiten lograr la obtención de dichos objetivos y, en esa medida, si son adecuados de tal manera que faculten una restricción de un derecho fundamental. (Expediente N° 0030-2004-AI/TC.). Como señala Castillo Córdova, “el juicio de idoneidad exige que la agresión del contenido constitucional prima facie de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y debe además ser apta para conseguir esa finalidad. Si la restricción, sacrificio o lesión de un derecho fundamental cumple esta doble exigencia, deberá ser considerada como una medida que ha superado el juicio de idoneidad”¹².

Por consiguiente, cuando se habla de idoneidad o adecuación se está haciendo alusión a un tema de utilidad, de eficacia del medio empleado. Se trata pues de que la medida sea capaz de alcanzar materialmente el fin constitucional que persigue. De modo que el principio se presenta como expresión estrictamente factual y, por consiguiente, su optimización corresponde al ámbito de las posibilidades fácticas.

ii. Examen o test de necesidad.- Según el Tribunal Constitucional: para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otra medida igualmente efectiva y adecuada para alcanzar el objetivo deseado y que suponga una menor restricción para el derecho fundamental o una menor carga para el titular. Para ello, deben analizarse todas las medidas que el legislador podría haber utilizado y escoger la más benigna para el ejercicio del derecho fundamental, en tanto que la finalidad que sostiene este principio es la de realizar el mínimo de intervención en el derecho fundamental. (Expediente N° 0030-2004-AI/TC.)

¹² Idem

Entonces se colige que este test tiene como finalidad principal verificar la existencia o no de medios alternativos al elegido y, de haberlos, si son menos gravosos que este último. Se trata, como señala Clérigo, citada por el Tribunal Constitucional (Expediente Nº 0045-2004-PI/TC.), del análisis de una relación medio-medio. Lo que significa que el juicio de necesidad supone un proceso de comparación entre el medio elegido y aquellos que hipotéticamente se hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin constitucional; debiéndose entender que los otros medios disponibles al momento de la elección de la medida también deben ser idóneos. Por tanto el examen de necesidad del medio o medida supone verificar la presencia de otros medios hipotéticos alternativos idóneos y si son menos gravosos que el elegido.

Al respecto Fernández Nieto, señala que la norma será necesaria si no hay otra más suave que tenga igual o mayor eficacia (sea, en su intensidad, extensión o duración). El principio de necesidad se edifica sobre el de idoneidad, es decir, presume la existencia de varios medios útiles entre los que es posible optar. Si, por el contrario, no hay más que un instrumento idóneo para la satisfacción de la finalidad perseguida, será por definición necesario puesto que no habrá elección ni contraste posible. Al respecto, cabe precisar que el juicio de necesidad no tiene por objeto seleccionar el medio más eficaz o más idóneo, por el contrario solamente persigue expulsar al innecesario. Por ello se trata de una valoración negativa que sólo enjuicia si el medio elegido es necesario para alcanzar el fin concreto trazado, mas no tiene como objeto determinar si la medida en sí misma es o no necesaria; el juicio positivo corresponderá al de ponderación. Por tanto, se afirma que en el sub principio de necesidad no solamente se acepta el fin de la intervención en un sentido neutro, sino también el concreto grado de efectividad de la medida. Por tanto, siguiendo la teoría alexiana diremos que, considerando que el principio de necesidad corresponde al orden fáctico, su optimización también lo será de esta naturaleza fáctica.

iii. Examen o test de proporcionalidad estricta o juicio de ponderación.-El principio de proporcionalidad en sentido estricto presupone que la intervención en los derechos fundamentales para que ostente legitimidad constitucional debe tener un objetivo de satisfacción por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. En este sentido, Alexy enseña que la proporcionalidad en sentido estricto hace alusión a una técnica de ponderación, que debe ser entendida de la manera siguiente: cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. Esta técnica es denominada, por el autor mencionado, como “ley de la ponderación” y tiene como finalidad la optimización de las posibilidades jurídicas, a diferencia de la idoneidad y necesidad que tienen como propósito la optimización de las posibilidades fácticas.

Se trata entonces, de resolver conflictos entre principios. Tal situación conflictiva se presenta cuando dos principios constitucionales se encuentran contrapuestos. En tal hipótesis, en la ponderación habrá siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto. En la ponderación, como indica Prieto Sanchis:

Hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; en ocasiones tal equilibrio, que implica un sacrificio parcial y compartido, se muestra imposible y entonces la ponderación desemboca en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. En cambio, donde sí ha de existir equilibrio es en el plano abstracto o de la validez: en principio han de ser todos del mismo valor,

pues de otro modo no habría nada que ponderar; sencillamente se impondría el de más valor.¹³

La ponderación, según Alexy, puede dividirse en tres pasos. En un primer paso se debe definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. En el segundo, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. En el tercero, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro¹⁴.

El Tribunal Constitucional, siguiendo el enfoque alexiano, ha señalado que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental, al representar una valoración ponderativa de intereses contrapuestos, permitiendo la observación de todas las circunstancias relevantes para el caso. (Expediente N° 0030-2004-AI/TC).

El Tribunal Constitucional plantea, con la finalidad de realizar el análisis de proporcionalidad de la manera más óptima, una metodología que puede comprender tres criterios y que serían los siguientes: i) un primer criterio, que la comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la limitación, más importantes deban ser los intereses generales que la regulación proteja; ii) un segundo criterio, que cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales; y, iii) como tercer criterio, que cuanto más afecte una intervención a los

¹³ **BECERRA SUAREZ**, Orlando. “El Principio de Proporcionalidad”. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>

¹⁴ Idem

derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva (Expediente 0030-2004-AI/TC).

El test de proporcionalidad en sentido estricto, introduce el resultado perseguido en su análisis y cuando da positivo impide o bloquea la persecución del fin a través de ese medio; el juicio de proporcionalidad actúa, una vez que ha sido descartada la ilicitud de las dos magnitudes que integran el término de comparación.

Los principios suelen estar en tensión constante, sobre todo en su vertiente de actividad, llegando incluso a colisionar; situación que da lugar para que cuando eso suceda se tenga que recurrir a la técnica de la ponderación conforme a los criterios metodológicos que se ha planteado al respecto, como sería en nuestro caso, los establecidos por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la postura doctrinaria no es uniforme, menos se acepta con unanimidad la tesis conflictivista de los principios y, por ende, los criterios metodológicos del principio de proporcionalidad en lo referido a su dimensión estricta. Cabe mencionar que, Castillo Córdova, no admite la colisión entre principios; este autor sostiene que concebir los derechos fundamentales como realidades contrapuestas entre sí que tienden a entrar en colisión, la cual se resuelve a través de mecanismos que jerarquizan derechos (en abstracto o en concreto), trae como consecuencia la existencia de una suerte de derechos de primera categoría y otros de segunda. Esto significaría que cuando un derecho de segunda tiene la desdicha de cruzarse con uno de primera, queda desplazado, sacrificado, afectado en su contenido jurídico, en buena cuenta, vulnerado. De esta manera, mediante posiciones conflictivistas de los derechos fundamentales, se pretende dar cobertura y legitimar situaciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden

llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional de los derechos¹⁵.

Por otro lado, Rodríguez Calero, cuando se pronuncia sobre la ponderación en la colisión de derechos, indica que:

La ponderación entre principios iusfundamentales no permite al juez constitucional elegir libremente como se ha de dar prioridad a un derecho frente a otro. Éste ha de tener en cuenta, en primer lugar, que debe dar la máxima amplitud a todos los principios (derechos) que entran en conflicto, tiene que procurar que éstos tengan la mayor eficacia en la colisión planteada. Los principios se conforman como mandatos de optimización que deben ser aplicados en la medida en que sea posible jurídica y fácticamente, por lo que el intérprete debe otorgar la máxima eficacia a todos los derechos fundamentales que entran en conflicto.¹⁶

Como solución a la falencia que presentaría la teoría conflictivista de los derechos, Castillo Córdova propone una “interpretación armonizadora de los derechos fundamentales”¹⁷. Basa su teoría en el afirmado de que:

Si los derechos son realidades esencialmente no contradictorias entre sí, entonces la primera de las conclusiones a las que se debe arribar es que los llamados conflictos entre derechos fundamentales no existen o, en todo caso, son sólo aparentes. Ningún derecho fundamental que realmente sea tal, puede tener un contenido constitucional que exija y legitime una conducta que sea contradictoria con el contenido de otro derecho también fundamental.

Por tanto, tomando como punto de partida la visión de la teoría de la interpretación armonizadora de los derechos fundamentales, la ponderación o principio de proporcionalidad en strictu sensu se encarga

¹⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales.” Lima. 2008.

¹⁶ RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel. “La Creación Judicial del Derecho en la Colisión entre Derechos Fundamentales.” Tesis para optar el grado de doctor en derecho. España. 1998

¹⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales.” Lima. 2008.

de sopesar pretensiones de derechos, mas no los derechos en sí que por su naturaleza óptica no pueden estar en conflicto. Entonces, en el plano de la ponderación, se debe sopesar tanto los distintos intereses o pretensiones en juego como las circunstancias que tengan mayor peso por ser expresión del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental.

Desde nuestro punto de vista, diremos que el test de proporcionalidad en sentido estricto o juicio de ponderación supone que ante una correlación de principios, es decir en una relación de antagonismo, donde uno invade la esfera del otro, tiene por finalidad restablecer el equilibrio jurídico a través de las razones de peso que justifican la injerencia de un principio sobre el ámbito de otro principio. De allí que mientras más alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la realización del otro. Por tanto, solamente cuando quede justificada la intervención sobre el contenido de un principio por parte de otro, el equilibrio jurídico queda restituido. De manera que la ponderación supone inexorablemente tres pasos: i) Un primer paso: constatar el grado de incumplimiento o perjuicio del principio que estaría siendo menoscabado; ii) El segundo, se debe proceder a comprobar la importancia de la realización del principio contrario y, iii) Finalmente, en un tercer paso, se debe determinar si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro; de forma que no se incurra en un sacrificio innecesario. Todo esto significa un proceso de optimización del contenido esencial de cada uno de los principios que se encuentran dentro de un escenario aparentemente antagónico, de forma tal que cada uno sea plenamente efectivo. Por consiguiente, la ponderación no tiene como propósito relegar o excluir a un principio, sino que, ante razones de peso, reordena el escenario jurídico y, como tal, restablece el equilibrio jurídico aparentemente alterado.

2.1.10. La Fórmula de Peso de Robert Alexy

Esta interesante pero también a la vez compleja fórmula, persigue establecer un peso concreto de un principio sobre otro, en colisión en un caso concreto, mediante la aplicación de valores numéricos a los mismos.

Esta fórmula establece que el peso concreto del principio P_i , en relación con el principio P_j en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio P_i , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio P_j , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Mediante la escala triádica además, señala que si es posible otorgar de forma metafórica un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, incluso mediante el establecimiento de intensidades que pueden ser “leve”, “moderada” y “grave”, con las cuales se especifica el grado de importancia de los principios en colisión. “Esto significa que en una colisión entre dos principios el peso concreto o relativo de cada uno de los dos principios depende de tres pares de factores, es decir, en total, de seis factores. Sin embargo, estos deben ser utilizados en la fórmula de peso cuando los pares de factores son desiguales. Si estos pares son iguales se neutralizan mutuamente”. Para Alexy, la fórmula de peso sólo es aceptable si los pesos que tendrían en el caso concreto, sirven para reconstruir adecuadamente la ponderación, ya que en las ponderaciones no sólo son relevantes las intensidades de las intervenciones a los derechos fundamentales, sino también sus pesos abstractos, ya que si sus pesos abstractos son iguales como decíamos anteriormente se neutralizan entre sí, en cambio si sus pesos abstractos tienen diferente magnitud, sí es posible sopesarlos en la balanza.

2.2. Interpretación Constitucional por el Tribunal Constitucional Peruano

2.2.1. La Ponderación en Sede Constitucional.

La ponderación, como método de resolución de controversias en sede constitucional, presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales. Al respecto debemos precisar, conforme señala Carlos Bernal Pulido: “Que los ordenamientos jurídicos no están compuestos exclusivamente por reglas, como señalaba Kelsen, para quien la única manera de aplicar el derecho era la subsunción (...) A partir de las investigaciones de Dworkin en el mundo anglosajón y de Alexy en el germánico, se suman los principios y la ponderación. La ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que pueden presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario.”¹⁸. Prosigue el mismo autor: “Dworkin señala que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto. La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. Por la ley de la ponderación, asumimos que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. A su vez, con la fórmula del peso, Robert Alexy refiere que a los principios se les puede atribuir un valor en la escala triádica: leve, medio, intenso. Ejemplo: en un caso de transfusión urgente de sangre, el peso del derecho a la vida es mayor que la convicción religiosa de no recibir

¹⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. Pág. 87.

una transfusión. Finalmente, las cargas de argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso.

En relación a los límites de la ponderación, debemos señalar que no existe un criterio objetivo para determinar los valores determinantes del peso que tienen los principios en la ley de ponderación y que conforman la fórmula del peso. El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una postura por parte del intérprete. En el desarrollo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional, el “caso Magaly Medina”¹⁹ resulta interesante: en un proceso penal de habeas corpus se desarrolla, con ciertas variantes, el esquema que proponen Bernal Pulido y Robert Alexy, en cuanto suponen un juicio de adecuación o idoneidad, de necesidad (a fin de determinar si no existieron medidas menos gravosas que la conducta o norma objeto de acción constitucional), y finalmente un examen denominado de proporcionalidad. El Tribunal aplica ponderación al confrontarse dos derechos fundamentales: el derecho a la intimidad frente al derecho a la información, prevaleciendo el primero.

2.2.2. Técnicas de Interpretación Constitucional- Criterio Jurisprudencial.

i. Necesidad de la interpretación jurídica.

Según Martínez y Fernández, existe necesidad de interpretar porque:

- 1) “Muchos conceptos jurídicos no están definidos en la ley;
- 2) Las leyes solo contienen principios y líneas generales de regulación;
- 3) El lenguaje de las normas no puede ser sometido a una lógica matematizante que conduzca a resultados indiscutibles;

¹⁹ STC N.º 6712-2005-HC/TC. LIMA. Caso MAGALY JESÚS MEDINA VELA Y NEY GUERRERO ORELLANA

4) El principio “in claris non fit interpretatio” hoy es rechazado tanto en el ámbito doctrinal como en el judicial;

5) Si el texto contradice la finalidad de la institución, será preciso interpretarlo.”²⁰

La interpretación jurídica es entonces necesaria a efectos de resolver una controversia y su expresión más sólida la constituye la fase final del razonamiento jurídico, cual es la motivación del juez. Y para ello, el Juzgador acude a las reglas y normas contenidas en el ordenamiento jurídico.

La regla, en su expresión logística, va a expresar una premisa mayor (la norma), una premisa menor (un supuesto de hecho) y una conclusión (la consecuencia jurídica aplicable). No obstante esta precisión, ¿qué sucede cuando estamos ante conflictos complejos cuya solución no es encontrada en las reglas? En dichos casos, debemos acudir a los principios y las analogías, que constituyen métodos de autointegración del derecho, o bien a la doctrina nacional o extranjera, que constituyen una herramienta de heterointegración.

En forma concurrente, nos referimos también a los criterios de interpretación, propiamente proposiciones de solución de los problemas, los cuales igualmente no resultan definitivos. Rafael Asís de Roig grafica mejor esta posición al apuntar algunas cuestiones relativas a los mismos e indica: “Se trata de criterios orientativos.(...) y si se analizan estos criterios, podremos observar que no son claros y, además, deben ser interpretados, problema que se complica al no existir regla alguna que nos indique cuándo debe prevalecer un criterio sobre el otro. En este

²⁰ ATIENZA, Manuel. “Las Razones del Derecho”. Palestra Editores. Lima 2004.

sentido, se ha llegado a señalar la imposibilidad de jerarquizarlos, constatando además que todo criterio es reversible en su contrario”.²¹

ii. Problemas que enfrenta la interpretación.

El esfuerzo del decisor racional apunta fundamentalmente a que su ejercicio interpretativo sea correcto. Si es así, cumplirá su rol de motivador en forma eficiente. Sin embargo, ¿y si tras una insuficiente interpretación, la motivación no ha sido ejecutada correctamente? En otros términos ¿qué sucede si la motivación no ha sido la adecuada.

El Tribunal Constitucional, en reciente sentencia, en el caso Giuliana Llamuja, ha desarrollado el tema de la motivación, precisando las situaciones contrarias a una debida motivación. Casuísticamente, el Tribunal ha clasificado supuestos inidóneos de motivación, los cuales tienen relación directa con un ejercicio insuficiente de interpretación.²²

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Así, en el Exp. N.º 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzáles Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N.º 1744-2005-PA/TC), este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido

²¹ MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús. “Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica”. En “La interpretación jurídica” Módulo de Razonamiento Jurídico AMAG 1999. Compilación de Ricardo León Pastor. Pág. 55-4

²² STC EXP. N.º 00728-2008-PHC/TC. LIMA. Caso Giuliana Llamuja Hilares.

constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) **Inexistencia de motivación o motivación aparente.** Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) **Falta de motivación interna del razonamiento.** La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) **Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.** El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el juez o Tribunal en sus

decisiones. Si un juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.

Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) **La motivación insuficiente.** Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante

desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) **La motivación sustancialmente incongruente.** El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139º, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) **Motivaciones cualificadas.-** Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

La sentencia arbitraria por indebida motivación y el principio de la interdicción de la arbitrariedad.

De modo similar, en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N.º 05601-2006-PA/TC.) ha tenido la oportunidad de precisar que “El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional”.

En ese sentido, si bien el dictado de una sentencia condenatoria per se no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción. La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional.

El objeto de graficar estas anomalías de la motivación, si así lo podemos expresar, reside en que creemos prudente realizar un diagnóstico de cuáles problemas enfrentamos al interpretar y decidir. Sobre estas premisas que describen estos problemas, ahora podemos entrar al fondo de nuestro tema, cual es cómo aplicamos la interpretación en los procesos constitucionales.

iii. Procedimientos de Interpretación Constitucional

A mérito de lo señalado, debemos entonces establecer que si nos encontramos ante una controversia compleja, de aquellas que refiere Atienza son óptimas para aplicarlas teorías de la argumentación jurídica, deberíamos cuidar el detalle de que prever si las reglas no resultan suficientes y los criterios, incompletos. Bajo esta pauta, nos inclinamos por esbozar que resultará necesario, optar por el uso de procedimientos más sofisticados de resolución de conflictos, que adopten, en su fase de aplicación, reglas, criterios orientativos y principios en forma conjunta o separada. Más aún, si como en el presente caso, pretendemos proyectar la resolución de conflictos en sede constitucional.

Algunas ideas orientativas sobre los principios, al respecto, Carlos Bernal Pulido señala: “Los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción determinados. Los principios son mandatos de optimización (...) los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico.”²³

Los principios constituyen un modo de resolver igualmente conflictos constitucionales. Y aun cuando no están conformados por una estructura silogística, su aplicación revela per se una técnica de interpretación.

El Tribunal Constitucional, a partir de las propuestas de Konrad Hesse²⁴ desarrolla en el caso Lizana Puelles²⁵ didácticamente los principios constitucionales que viene aplicando en varios de sus pronunciamientos:

²³ BERNAL PULIDO, Carlos. “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”. Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel. Pág. 87.

²⁴ HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Centro de Estudios Constitucionales., Madrid, 1983.

²⁵ STC ° 5854-2005-PA/TC. Piura. Caso Pedro Andrés Lizana Puelles

iv. Principios de interpretación constitucional

a) **El principio de unidad de la Constitución:** Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.

b) **El principio de concordancia práctica:** En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).

c) **El principio de corrección funcional:** Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.

d) **El principio de función integradora:** El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

e) **El principio de fuerza normativa de la Constitución:** La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder

público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.

Es en base a estos criterios que debe llevarse a cabo la interpretación de los referidos artículos 142º y 181º de la Constitución”.

v. Interpretación de los Derechos Fundamentales

Protección y respeto a la persona humana y a su dignidad (Art. 1). Esta norma acorde a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, coloca a la persona humana como máximo valor, por encima de cualquier otro bien o valor jurídico. Este articulado nos indica que nadie otorga derechos al ser humano sino que este nace con ellos, y el estado los reconoce, por lo tanto no le pueden ser negados por nadie, no importa su rango jerárquico.” La persona debe reconocer sus derechos en los demás y exigirlos para sí mismo”. Derecho a la vida, a la identidad, a la integridad moral psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (Art. 2 inc. 1). Este articula desarrolla los derechos más íntimos de la persona. El derecho a la vida es aquella situación judicial en la que se tutela no solo el reconocimiento biológico a existir, sino el tener condiciones dignas de existencia. El derecho a la integridad consiste en que la persona tiene derecho a no ser privada de ningún aspecto de su propio ser. Es la tutela de la condición del ser humano en cuanto a unidad psicofísica. Referente al derecho a la integridad moral, psíquica y física, se reconoce al ser humano como un todo integral, y en dicho artículo se reconoce al ser humano del derecho de mantener esta integridad, prohibiendo la separación de una parte, ya sea de un miembro como de alguna de las capacidades psicomotrices etc. La persona humana tiene derecho a desarrollarse, es decir, de progresar como ser humano a lo largo de su vida, de formar un proyecto de vida como nos plantea la doctrina italiana, y de lograr alcanzar sus metas planteadas, para desarrollarse personalmente. El fundamento de artículo tratado, como nos dice Marcial Rubio, actual rector de la PUCP, es el derecho a la dignidad humana. Por dignidad podemos entenderlo como lo planteo el jurista y filósofo Kant

como: Aquello que constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor intrínseco, esto es, dignidad. Respecto al derecho a la vida la Constitución protege al concebido o al ser humano dependiente que según la teoría de la anidación se constituye cuando el cigoto fecundado se instala en las paredes del útero. Pero también reconoce al ser humano independiente que se constituye según Ramiro Salinas Siccha a partir de las dilataciones vaginales de 1 a 10 cm hasta la muerte cerebral regulada por el Código Civil.

Derecho a la libertad (Art. 2 inc. 3 y 4). La libertad la define Fernández Sessarego como el fundamento de la existencia, la propiedad de ser para sí mismo su propio fundamento. Para el jurista español Hervada, la persona está dotado de libertad que quiere decir que los actos propios no son dados producto de fuerzas o exteriores o inherentes al propio ser que lo dominan, sino que son producto de una decisión, es decir, que son originales, fruto del dominio que la persona tiene sobre su propio ser. El jurista, filósofo y politólogo italiano BOBBIO distingue la libertad de querer o de voluntad libertad positiva y la libertad de obrar libertad negativa. La libertad de querer o de voluntad es la autodeterminación, en tanto que la libertad de obrar e, supone la realización u omitir el comportamiento que se tiene voluntad de realizar. De igual forma la RAE define a la libertad como “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.” Para Peña Cabrera “La libertad es una condición indispensable para el desarrollo de la libertad de la personalidad del individuo; su mayor importancia la alcanza dentro de un estado democrático.” Según las definiciones antes dadas la libertad es el derecho supremo de la persona es el fundamento de su dignidad, como lo definiría el emperador Justiniano “es la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo impedimento de la ley o el derecho”. En todas las cartas magnas se protege a la libertad como derecho fundamental ya que

estos “son un elemento imprescindible del concepto Estado de Derecho” “los derechos fundamentales tienen un doble valor: de un lado representa los valores supremos y de otro nos permite al hombre encontrar valores y actualizarlos, garantizándole el status de libertad.” Con un amplio preámbulo de diferentes concepciones sobre libertad pasaremos a desarrollar lo normado por el inciso 3 y 4. La libertad de conciencia es la de pensar como uno considera que debe hacerlo. Nadie puede ser perseguido por sus ideas, tampoco se puede ser sancionado por expresar la opinión, ya que El inciso 3 lo especifica claramente. Lo referente a la religión, todos tienen derecho a creer en la que consideren válida y a no ser perseguido por esto, pues la libertad de culto está permitida con el único límite de no ofender la moral ni alterar el orden público. Hay que hacer un paréntesis el artículo 50 del texto constitucional reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del país y de igual forma reconoce a las demás religiones y está dispuesto a establecer una colaboración mutua. Esto ha quedado reafirmado con la promulgación de la Ley de Libertad religiosa, en la que a pesar de su ligereza en las definiciones establecidas en estas, es un avance a consolidar un estado laico en la cual se respeta por igual las diferentes confesiones. En el inciso 4 se establece cuatro puntos primordiales: A. Libertad de información: que consiste en el derecho de transmitir sin ninguna restricción, información sobre personas y objetos. De igual forma implica la libertad de no transmitir información personal. B. Libertad de opinión: significa la libertad de adoptar pensamientos y criterios propios sobre diferentes personas o cosas, sin que exista la imposición de verdades oficiales o pensamientos obligatorios. C. Libertad de expresión: consiste en poder comunicar pensamientos, ideas y opiniones. D. Libertad de difusión: es aquel derecho que consiste en poder extender los pensamientos propios a terceros.

Derecho a la información (Art. 2 inc. 5). Las personas jurídicas tienen derecho a la información de entidades públicas, en un marco de

transparencia y fiscalización por parte de la ciudadanía sobre sus actividades, que están orientadas al servicio de la ciudadanía, esta información no deben atentar contra la intimidad y no debe contar con un impedimento por ley sobre su difusión.

Derecho sobre los datos personales (Art. 2 inc. 6). Los derechos sobre los datos personales son un conjunto de situaciones jurídicas que tutelan a toda persona, cuyos datos estén registrados en cualquier tipo de banco de datos, computarizado o no, público y privado. En atención a esta protección jurídica, toda persona goza del derecho al acceso a la información, del derecho a la rectificación o cancelación de datos inexactos o caducos, del derecho de exigir que los datos sean utilizados conforme con el fin para el cual fueron recogidos y de cualquier otro derecho tendiente a tutelar el tratamiento de sus datos personales en el ámbito de su autodeterminación informativa. Dentro de este articulado encontramos: A. El derecho de acceso a la información B. El derecho a la rectificación o cancelación de datos inexactos o caducos C. El derecho de exigir que los datos sean utilizados conforme con el fin para el cual fueron recogidos D. El derecho de inserción de la información personal, de banco de datos, si es presupuesto para la obtención de alguna prestación E. El derecho a que no se emita un juicio de valor judicial administrativo o privado fundado en un tratamiento informatizado.

Derecho a la inviolabilidad de domicilio (Art. 2 inc. 9). El domicilio “es un dato técnico determinado por ley en el cual se fija la ubicación de los sujetos de derecho, a efecto de la imputación de derechos y deberes” La inviolabilidad del domicilio constituye un derecho importante ya que garantiza. la tranquilidad personal , sus derechos a la intimidad tanto personal como familiar y su seguridad. Solo tiene permitido el acceso al domicilio a las personas que lo habitan y en caso de investigaciones con autorización del poseedor o por orden judicial.

Derecho al trabajo (Art. 2 inc. 15). Este numeral expresa la tutela de la aspiración de todo ser humano, la de poder trabajar y hacerlo libremente, según lo establecido por el corpus legal peruano. Se reconoce al trabajo como la vida para la realización y dignificación de la persona humana mediante la cual se podrá obtener riquezas.

Derecho a la nacionalidad (Art. 2 inc. 21). Dicho inciso confiere el derecho al ciudadano peruano a mantener su nacionalidad, ya que esta es una condición indispensable, debido a la división geográfica del planeta. Este derecho nos garantiza determinados derechos derivados como son la protección de un gobierno, el derecho de permanecer toda la vida en su territorio, la posibilidad de trabajar como nacional, de obtener beneficios producto de sus leyes etc.

2.3. Tribunal Constitucional Peruano.

El Tribunal Constitucional del Perú es un organismo constitucional e independiente del Estado peruano. Tiene como sede oficial la ciudad de Arequipa, la misma que está ubicada en el distrito de Yanahuara, además este organismo podría celebrar audiencias en cualquier otra ciudad de la República Peruana.

A - Función.

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República.

B - Competencia

Corresponde al Tribunal Constitucional:

- Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad

- Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento
- Conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a Ley
- Resolver las quejas por denegatoria del recurso de agravio constitucional.
- El Tribunal puede dictar reglamentos para su propio funcionamiento, así como sobre el régimen de trabajo de su personal y servidores dentro del ámbito de la presente Ley. Dichos reglamentos, una vez aprobados por el pleno del Tribunal y autorizados por su Presidente, se publican en el Diario Oficial El Peruano.

C - Pleno

El quórum del Tribunal Constitucional es de siete de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes.

De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad.

En ningún caso el Tribunal Constitucional deja de resolver. Los magistrados son irrecusables pero pueden abstenerse de conocer algún asunto cuando tengan interés directo o indirecto o por causal de decoro. Los magistrados tampoco pueden dejar de votar, debiendo hacerlo en favor o en contra en cada oportunidad. Los fundamentos de voto y los votos singulares se emiten juntamente con la sentencia, de conformidad a la ley especial.

Para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, el Tribunal está constituido por dos Salas, con tres miembros cada una. Las resoluciones requieren tres votos conformes.

2.4 - Eficacia de las Sentencia del Tribunal Constitucional.

2.4.1. Concepto de eficacia

Según Idalberto Chiavenato, la eficacia "es una medida del logro de resultados", para Koontz y Weihrich, la eficacia es "el cumplimiento de objetivos", según Robbins y Coulter, eficacia se define como "hacer las cosas correctas", es decir; las actividades de trabajo con las que la organización alcanza sus objetivos, para Reinaldo O. Da Silva, la eficacia "está relacionada con el logro de los objetivos/resultados propuestos, es decir con la realización de actividades que permitan alcanzar las metas establecidas. La eficacia es la medida en que alcanzamos el objetivo o resultado", para Simón Andrade, define la eficacia de la siguiente manera: "actuación para cumplir los objetivos previstos. Es la manifestación administrativa de la eficiencia, por lo cual también se conoce como eficiencia directiva", finalmente, el Diccionario de la Real Academia Española nos brinda el siguiente significado de Eficacia: (Del lat. *efficacia*). Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.

La eficacia es la capacidad de lograr un efecto o resultado buscado a través de una acción específica. El término proviene del vocablo latino *efficax*, que puede traducirse como que tiene el poder de producir el efecto buscado". La eficacia, entonces, tiene que ver con hacer lo apropiado para conseguir un propósito planteado a priori o de antemano. Se deduce de esto que la eficacia es un concepto institucional objetivo y no cuantificable: algo será eficaz si cumple su tarea, e ineficaz si no cumple con ella. Esto lo diferencia de la eficiencia, que es similar pero

tiene un enfoque económico, ya que esta última es la capacidad de producir el máximo de resultados con el mínimo de recursos.

La eficacia se demuestra fundamentalmente en el ámbito organizacional, y requiere el diseño de toda clase de estrategias, técnicas o métodos más apropiados para alcanzar los objetivos. Toda la actividad institucional tiene como búsqueda fundamental la eficacia: se necesita realizar el producto con todos los requisitos que se exigen para hacerlo atractivo.

De nada servirá tener un emprendimiento institucional si no se tiene eficacia en la producción de lo que se ofrece al usuario, ya que el público reacciona muy rápidamente contra lo que no es realizado de forma eficaz.

En este punto, teniendo en cuenta y complementando las anteriores propuestas, planteo la siguiente definición general de eficacia:

"Eficacia es hacer lo necesario para alcanzar o lograr los objetivos deseados o propuestos". Por tanto, una institución, organización, producto o persona es "eficaz" cuando es capaz de hacer lo necesario para lograr los objetivos deseados o propuestos.

2.4.2. Eficacia de las Sentencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional Peruano pareciera tener un rol ineficaz en algunas de sus decisiones. Para mejorar la eficacia de sus decisiones es necesario garantizar el debido proceso, un plazo razonable y la efectiva concreción de lo dispuesto. En otras palabras, se requiere que los operadores de justicia del TC, den la importancia que corresponde a cada derecho fundamental plasmado en constitución política del Estado.

El autor del presente trabajo define como eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano; a aquellas decisiones del tribunal constitucional resueltas, teniendo como herramienta a conjunto de métodos y técnicas que permitan optimizar en su interpretación a los derechos fundamentales, es decir, sin sacrificar ninguno de los valores,

derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado conforme lo reseñado en artículo 1º de nuestra carta magna.

2.5. Sentencia Relevantes del Tribunal Constitucional Peruano donde se Aplicó el Principio de Proporcionalidad

Nuestro Tribunal Constitucional ha definido al principio de proporcionalidad como un principio general del Derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del Derecho. Para el Tribunal, este principio está íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias; constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales. En este sentido, se puede apreciar que nuestro Tribunal Constitucional ha recepcionado, al igual que muchos otros ordenamientos jurídicos, la técnica alemana de la ponderación o test de proporcionalidad de los derechos fundamentales y, en consecuencia, se puede afirmar que nuestro Tribunal ha aceptado la tesis que propugna la existencia de conflictos entre los derechos fundamentales, siendo necesario aplicar el test o principio de proporcionalidad a fin de determinar cuál es el derecho que predomina en cada caso concreto.

El principio de proporcionalidad en la doctrina alemana ha sido estructurado en tres niveles: idoneidad, necesidad y ponderación. En el

caso peruano, el Tribunal Constitucional ha necesitado de un cierto grado de desarrollo para configurar en su jurisprudencia la estructura del principio de proporcionalidad y está estructurado de la siguiente manera: a) razonabilidad/proporcionalidad; b) idoneidad del medio o medida; c) necesidad; y d) proporcionalidad o ponderación en sentido estricto; conforme a ello han emitido las siguientes resoluciones que el autor considera relevantes en el desarrollo del presente trabajo

- **Caso Calle de las Pizzas** (Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari) - STC Exp. N° 0007-2006-PI/TC Aquí, el Tribunal realizó dos análisis de proporcionalidad. En el primero de ellos se trató de establecer la constitucionalidad de las Ordenanzas N°s 212-2005 y 214-2005 cuyo objeto era que se resguarde la tranquilidad y seguridad de los vecinos mirafloresinos. En este caso, el Tribunal hizo la siguiente ponderación: garantizar la vida y la integridad estableciendo una restricción de la hora máxima de apertura de un establecimiento, versus garantizar la vida, seguridad e integridad física de los trabajadores y concurrentes de los establecimientos de la zona bajo restricción a través de la limitación del horario máximo de apertura de estos; siendo el resultado de dicha ponderación negativo, estableciendo, en el análisis de idoneidad del medio, que la restricción de horarios en la atención de los establecimientos ubicados en la zona objeto de la medida, no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la municipalidad, es decir, el resguardo de la tranquilidad y seguridad de los vecinos mirafloresinos.

- **Caso sobre la legislación contra el terrorismo** - STC Exp. N° 0010-2002-AI/TC En esta sentencia, el Tribunal estableció que la cadena perpetua resultaba una medida desproporcionada por inadecuada con relación a los fines constitucionales de la pena, que no puede sino orientarse hacia la resocialización del condenado y no a su “cosificación” en el que este termina considerado como un objeto de la política criminal

del Estado, sin posibilidades de ser objeto de medidas de su resocialización.

- **Caso Trabajadores del Perú (CGTP)** - STC Exp. N° 04677-2004-PA/TC Se trata de un proceso de amparo presentado por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) contra un decreto del alcalde de Lima Metropolitana que prohibía manifestaciones públicas en el Centro Histórico de Lima. El Tribunal consideró que existía un conflicto entre la exigencia de protección del patrimonio histórico, como parte del contenido constitucionalmente protegido de las libertades culturales, y el derecho de manifestación y reunión; estableciendo que, en el caso, la medida de restricción de las manifestaciones en el centro histórico: “(...) si bien persigue un fin constitucionalmente válido (proteger el centro histórico como patrimonio cultural) y utiliza un medio idóneo para ello (prohibir las reuniones en el área que lo configura); sin embargo, al proscribir en abstracto toda reunión en el Centro Histórico de Lima (con la salvedad hecha de los eventos tradicionales), incurre en una medida absolutamente innecesaria, puesto que el mismo objetivo podría alcanzarse evaluando, caso por caso, las razones objetivas, suficientes y fundadas que puedan justificar la adopción de medidas restrictivas del ejercicio del derecho de reunión, siendo la prohibición la última ratio a la que debe acudir la autoridad administrativa”.

- **Caso Mónica Adaro vs. Magaly Medina** - STC Exp. N° 06712-2005-PHC/TC El Tribunal consideró necesario aplicar el test de proporcionalidad por considerar la existencia de un conflicto entre libertad de información y el derecho a la vida privada; estableciendo que para “(...) determinar si la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita está protegida por el derecho a la información de los recurrentes o si, por el contrario, ello se configura como una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de la querellante. Ello hace necesaria la aplicación del test del balancing o ponderación”. Ante la exhibición explícita de imágenes en

el reportaje, el Tribunal concluyó que se trataba de una medida innecesaria, puesto que para denunciar un caso de prostitución clandestina, “bastaba hacer un seguimiento de la persona que se estaba investigando o mostrar el momento en que se hacía el trato. Pero no puede ser aceptable, en un Estado Democrático y Social de Derecho, que una cámara se introduzca subrepticamente en la habitación de un hotel para que luego las imágenes captadas muestren públicamente las partes íntimas del cuerpo de una persona. Ello es inaceptable y excesivo. Con la propia transmisión del mensaje (desnudo), se ha terminado desdiciendo y sobrepasando el motivo alegado respecto al reportaje televisivo (presumible prostitución clandestina)”. Principio de proporcionalidad en sentido estricto Nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo la doctrina alemana de Alexy, ha establecido que “la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”. Conforme lo he explicado anteriormente (supra, epígrafe II), la ponderación supone evaluar las posibilidades jurídicas de realización de un derecho que se encuentra en conflicto con otro. En ese sentido, recordemos que “si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces, las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto”. En razón de lo cual, el Tribunal ha optado por una estructura de tres niveles siguiendo el esquema Alexiano. En ese sentido, podríamos afirmar que el principio de proporcionalidad resulta aplicable cuando existe intervención estatal en los derechos fundamentales. Así, vemos que el Tribunal Constitucional ha estimado que la proporcionalidad entre las partes involucradas en el conflicto, una vez infringida, obedece a la condición de excesos por parte de un sujeto en la relación material, es decir, de desigualdad de acciones de una de ellas en su condición de poder público. A este respecto, el conflicto entre particulares parte de la premisa de la existencia de una igualdad de condiciones. En tal situación,

se aplica el principio de proporcionalidad a fin de atemperar los excesos que se presenten en cada caso. Así, podemos apreciar que en el caso de la Calle de las Pizzas, el Municipio de Miraflores impuso restricciones de horario a los negocios de la calle referida, a fin de defender el derecho al descanso de los vecinos, frente a la invocada afectación del derecho al trabajo por parte de los comerciantes. Este caso nos ilustra sobre la manera cómo viene resolviendo el Tribunal en materia de proporcionalidad. En dicho proceso se discutía, centralmente y vía proceso de inconstitucionalidad, si resultaba válida la ordenanza de la Municipalidad de Miraflores que había fijado restricciones a los horarios de atención de los negocios ubicados en las calles San Ramón y Figari, zona conocida como la Calle de las Pizzas, la cual es también una zona residencial exclusiva de la ciudad de Lima. Una vez efectuado el análisis de ponderación (análisis de la idoneidad y necesidad), el Tribunal consideró la existencia de un conflicto entre el derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (de los vecinos de la zona restringida), frente a la libertad de trabajo y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los concurrentes, respectivamente). Asimismo, el Tribunal consideró que en el caso también estaría comprometido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que los concurrentes a los establecimientos comerciales de la zona de la Calle de las Pizzas –tales como discotecas, pubs, karaokes, etc.–, o mejor dicho, los actos de esparcimiento o de mera diversión de las personas que concurren a estos lugares, constituyen conductas que se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Es decir, el jolgorio, el esparcimiento, la diversión y conductas análogas de la persona son actos de ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y, por ello, se hallan garantizados bajo el ámbito de protección de este derecho fundamental. Con relación a la libertad de trabajo, la calificación del Tribunal concluyó que se produjo una intervención leve. El argumento en que se apoyó fue

que: “la ordenanza no establece una limitación absoluta o total del ejercicio de la libertad de trabajo de los propietarios de establecimientos comerciales en la zona bajo restricción; por el contrario, ella solo establece una limitación parcial, circunscrita a determinadas horas de la noche y la madrugada”. Siguiendo con su análisis, el Tribunal ubicó en el otro extremo a los derechos a la tranquilidad y a la salud, entendiendo que el derecho a un ambiente adecuado para la salud comprende, dentro de su ámbito protegido, la garantía de un entorno acústicamente sano. Por ello, para el Tribunal la restricción de los derechos a la libertad de trabajo y la libertad de empresa contribuyen con la realización en un nivel elevado o alto del derecho a la salud. Lo que es así, debido a que: el descanso y el dormir habitual de la persona durante la noche constituye un elemento indispensable para la recuperación de energía, por ello, su disfrute posibilita un estado de salud pleno. Por el contrario, su perturbación o interrupción como consecuencia de ruidos molestos, de un entorno acústicamente contaminado, como el que ocasionaría el funcionamiento nocturno sin límites de horarios en los establecimientos de la Calle de las Pizzas, ocasionaría una afectación grave del derecho a la salud. En tal sentido, la medida restrictiva analizada constituye un medio a través del cual se alcanza una elevada realización del derecho a la salud. Así, el Tribunal continúa su argumentación, estableciendo que en la restricción del horario de atención examinada, resulta que el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es leve, mientras que el grado de protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud es elevado. Por consiguiente, la medida adoptada satisface la ley de ponderación y, por lo tanto, es constitucional. En este contexto, se puede concluir afirmando que para el Tribunal Constitucional peruano cuando con una intervención se logran niveles altos de satisfacción en los derechos favorecidos por la intervención, la medida debe ser considerada como constitucionalmente correcta; pero lamentablemente queda rezagado otro derecho constitucional.

- **Caso Vaca Avalos** (STC 408-1997-AA), el Tribunal estableció que: “(...) así como el debido proceso es distorsionado formalmente cuando se contravienen los derechos y principios de quien es procesado judicial, administrativa o corporativamente, (hipótesis que, por cierto, también ha ocurrido en el caso de autos) dicho atributo es igualmente distorsionado, empero, en términos materiales o sustantivos, cuando, como en el presente caso, no hay coherencia entre la infracción cometida y la sanción adoptada”.

- **Caso Ambev vs. Backus** (STC 1209- 2006-AA), el TC estableció que: “(...) la dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no solo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no solo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes”.

- **Caso Espinoza Soria** (STC 1803-2004-AA) con relación al control de las potestades discrecionales de la administración, el TC tuvo ocasión de establecer que: “La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado al valor Justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias”.

- **Caso del control a la reforma del régimen de pensiones** (STC N.º 0050-2004-AI/TC —acumulados), el Tribunal estableció que: “El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales”.

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

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

- **Caso Luz Sáenz Lumbreras** (STC 01182-2005-AA), la demandante, una estudiante expulsada de un centro de formación industrial (SENATI), interpone una demanda de amparo contra el Director de este centro de formación invocando, entre otros, su derecho a la igualdad ante la ley y el principio de legalidad, pues su expulsión de debió a que fue encontrada besándose con su enamorado en uno de los ambientes de la institución, situación que fue calificada por las autoridades de dicho centro como una “falta grave”. La institución emplazada invocó, en efecto, un artículo de su reglamento, que cataloga como falta grave a los “actos reñidos con la moral y las buenas costumbres”. El TC peruano convalidó la expulsión de la estudiante refugiándose precisamente en el principio de legalidad, aunque invocando el *test de proporcionalidad*: “(...) el Tribunal Constitucional considera que no es inconstitucional la sanción cuestionada —*aun cuando la demandante considere excesiva y desmesurada su aplicación*— dado que

su imposición denota la estricta observancia del principio de legalidad, puesto que se aplicó la sanción que estaba previamente contemplada en la norma que sanciona como prohibida la falta en la que incurrió la demandante”.

- **Caso Oroya Gallo** (STC 00535-2009-AA, caso similar), en el que el recurrente solicitó igualmente su restitución en la Universidad San Ignacio de Loyola de la que había sido expulsado por habersele encontrado consumiendo marihuana, el Tribunal, siempre bajo el paraguas de la proporcionalidad, llegó no obstante a un resultado opuesto. Pese a ser el caso en líneas generales similar (el problema de la falta precisión en la regulación de medidas sancionadoras), el TC esta vez con buen criterio ordenó la reincorporación del expulsado, tras considerar la medida como desproporcionada. En esta sentencia, se evalúa la razonabilidad de la medida, no solo en términos formales, como ocurrió en el primer caso, sino que se determina que ésta es el resultado de una buena práctica argumentativa en la aplicación del test de proporcionalidad: Una medida es razonable cuando es consecuencia de la aplicación del test de proporcionalidad. La diferencia sustancial radica en que ahora sí se entra a evaluar la constitucionalidad de la aplicación del reglamento, determinando, a diferencia de la sentencia anterior, que la falta de certeza no puede suplirse con actos ejercidos fuera de un control. En tanto no se consideraron las circunstancias, la medida resulta, a juicio del TC, desproporcionada: “Al respecto, este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional”

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

El presente trabajo es de tipo Básica; y de nivel Descriptivo – explicativo.

2. DISEÑO DE LA CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

El diseño que se empleó fue el Descriptivo simple y su representación es como sigue:

M ----- O

Dónde:

M: Es la muestra conformada por las opiniones de los jueces del distrito judicial de Lambayeque sobre la aplicación del Principio de Proporcionalidad por el Tribunal Constitucional del Perú.

O: Son las informaciones relevantes recogidas de la muestra.

3. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.1. Población

La población estuvo constituido por los jueces del distrito judicial de Lambayeque, los mismos que presentan las siguientes características:

- Son de diferentes especialidades
- Son titulares, provisionales y supernumerarios
- De ambos sexos
- Tienen grado de maestría y doctorado

3.2. Muestra

La muestra fue elegida utilizando la técnica del azar simple, resultando elegidos 50 jueces del distrito judicial de Lambayeque; a quienes se aplicó el instrumento a fin de recoger las informaciones requeridas.

4. INSTRUMENTOS

4.1. Encuesta.- Se basó en los conocimientos que tienen los magistrados respecto del Principio de Proporcionalidad como técnico usada por el Tribunal Constitucional Peruano, en la solución de casos cuando existe colisión de dos derechos fundamentales. Esta encuesta consta de cinco aspectos que tiene como objetivo primordial verificar si la aplicación del Principio de Proporcionalidad en la solución de casos por parte del Tribunal Constitucional es más adecuada y el nivel de eficacia en las sentencias emitidas; siendo estos aspectos:

4.1.1 - Técnicas y métodos más usados por el tribunal constitucional peruano en la solución de casos.

4.1.2 - Técnica más apropiada para el uso del tribunal constitucional peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales.

4.1.3 - Materias en las que los jueces aplican el principio de proporcionalidad en la solución de casos.

4.1.4 - Eficacia en la utilización del principio de proporcionalidad por tribunal constitucional peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales

4.1.5 - Desventajas en la aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional peruano.

4.2. Análisis de documentos.- Se analizó documentos como:

- Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano donde se han utilizado el Principio de Proporcionalidad en la solución de casos.
- Constitución Política del Estado en la parte que refiere a la aplicación el principio de proporcionalidad.
- Revistas académicas donde refieren respecto al Principio de proporcionalidad.
- Información de las páginas web pertinentes

5. PROCEDIMIENTO

- Se aplicó la encuesta en forma directa a los jueces, solicitando que contesten lo más verás posible marcando con una aspa la respuesta que considere la apropiada.
- Se realizó el estudio y análisis de los documentos correspondientes como sentencias, libros, revistas y páginas web correspondientes, y útiles para validar la hipótesis.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. PRESENTACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LOS DATOS

Después de haber aplicado la encuesta de tipo objetiva, constituido por preguntas dirigida a recoger información respecto de:

- Técnicas y métodos más usados por el Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos.
- Principio de interpretación constitucional que debe utilizar el Tribunal Constitucional Peruano, como la técnica más apropiada y eficiente para en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales.
- Materias y/o procesos del derecho en las que los jueces aplican con mayor frecuencia el principio de proporcionalidad en la solución de casos.
- Eficacia en la utilización del principio de proporcionalidad por Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales.
- Desventajas de la aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos por el Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos Cuando existe colisión de derechos fundamentales.

Esta encuesta al aplicar; a un grupo de jueces del distrito judicial de Lambayeque en un número de 50 se presentan los siguientes resultados:

1.1. RESULTADOS ESTADÍSTICOS DE LA ENCUESTA APLICADA A 50 JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE

1.1.1. Técnicas y/o métodos más usados por el Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos.

Para recoger esta información se formuló la siguiente pregunta, con cinco alternativas.

i - ¿Cuál considera, usted que es la técnica y/o método más usada por el Tribunal Constitucional Peruano en la Solución de Casos cuando se produce colisión de derechos fundamentales?

A - El principio de proporcionalidad ()

B - El método literal ()

C - Principio de unidad de la constitución ()

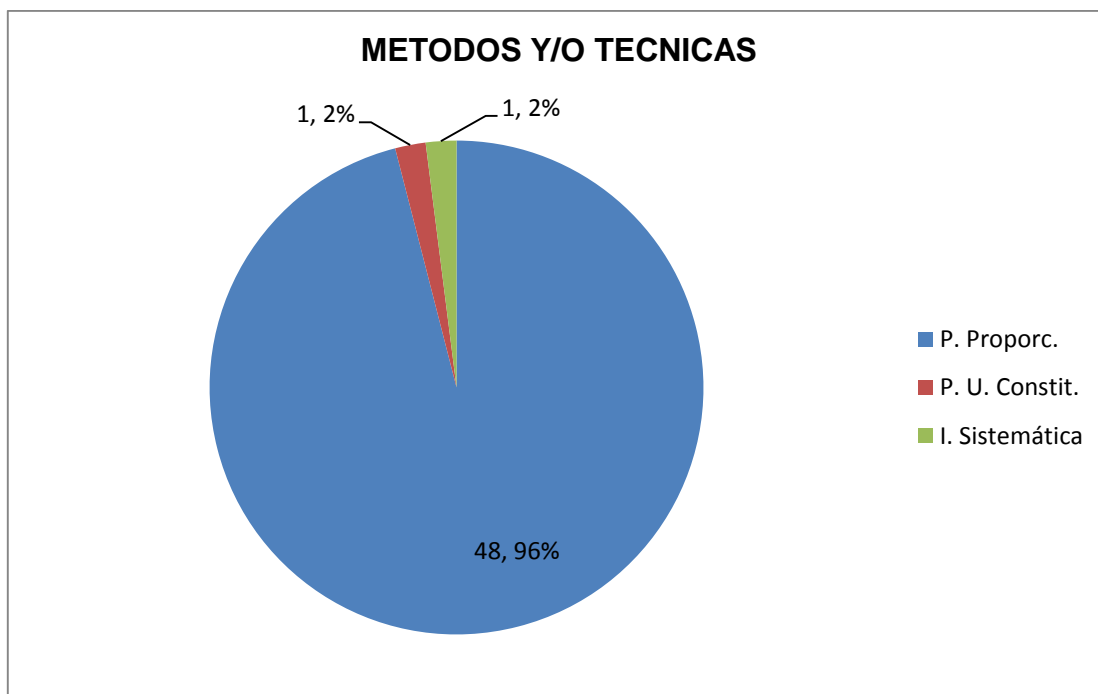
D - La interpretación sistemática ()

E - Concordancia práctica ()

De los 50 encuestados, 48 respondieron marcando la alternativa principio de proporcionalidad, 01 el principio de la unidad de la constitución, y 01 interpretación sistemática; lo que permitió elaborar el siguiente gráfico.

GRÁFICO Nº 01

ÍNDICE ESTADÍSTICO DE LA ENCUESTA APLICADA A CINCUENTA JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE, RESPECTO A LAS TÉCNICAS Y/O MÉTODOS MÁS USADOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN LA SOLUCIÓN DE CASOS



Fuente: Resultado de la encuesta aplicado a 50 jueces del distrito judicial de Lambayeque. 24 de noviembre del 2017.

Descripción: Según el gráfico el 96 % de los encuestados indican que la técnica y/o método más usado por el Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos, cuando se produce colisión de derechos fundamentales, es el principio de proporcionalidad; mientras que el 2% refieren que es el principio de unidad de la constitución, y el 2% precisan que es la interpretación sistemática.

1.1.2. Principio de interpretación constitucional que debe utilizar como técnica más apropiada y eficiente el Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales

Para recoger esta información se formuló la siguiente pregunta, con cinco alternativas.

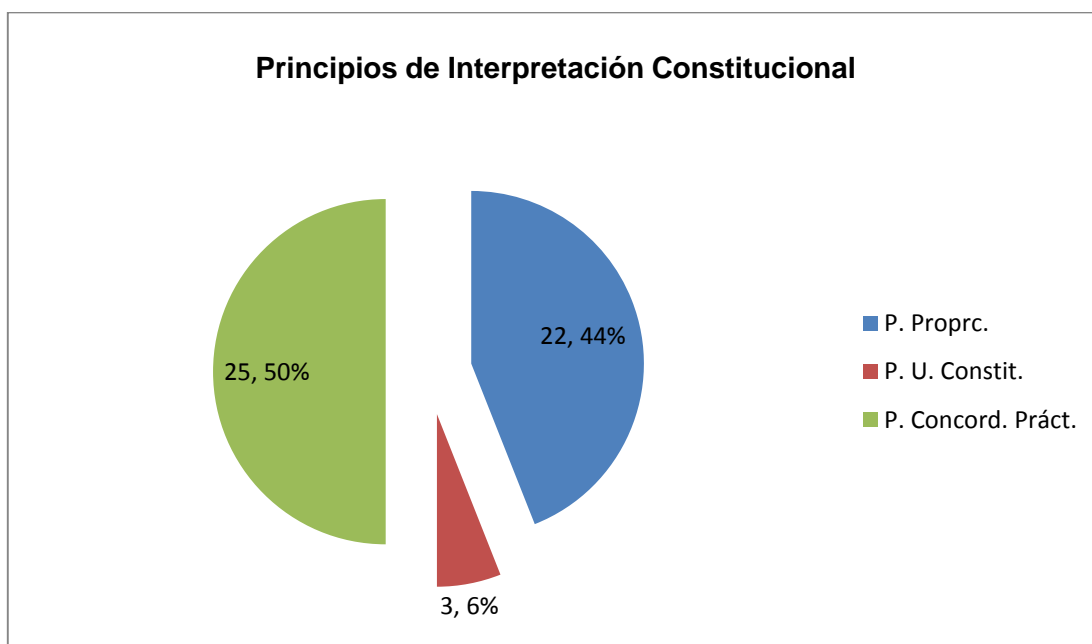
ii - ¿Cuál de los principios de interpretación constitucional debe utilizar como técnica más apropiada y eficiente el TC en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales?

- | | |
|--|-----|
| A - Principio de proporcionalidad | () |
| B - Principio de unidad de la constitución | () |
| C - Principio de fuerza normativa | () |
| D - Principio de concordancia práctica | () |
| E - Principio de corrección funcional | () |

De los 50 encuestados, 22 respondieron marcando la alternativa principio de proporcionalidad, 03 el principio de la unidad de la constitución, y 25 respondieron marcando principio de concordancia práctica; lo que permitió elaborar el siguiente gráfico.

GRÁFICO N° 02

ÍNDICE ESTADÍSTICO DE LA ENCUESTA APLICADA A CINCUENTA JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE, RESPECTO A LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DEBE UTILIZAR COMO TÉCNICA MÁS APROPIADA Y EFICIENTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN LA SOLUCIÓN DE CASOS



Fuente: Resultado de la encuesta aplicado a 50 jueces del distrito judicial de Lambayeque. 24 de noviembre del 2017.

Descripción: Según el gráfico, los encuestados indican que el principios de interpretación constitucional que debe utilizar como técnica más apropiada y eficiente el Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales, en un 50 % que debe ser el principio de concordancia práctica, en un 44% el principio de proporcionalidad, y en un 6% refiere el principio de unidad de la constitución.

1.1.3. Materias o procesos del derecho en los que los jueces aplican con mayor frecuencia el principio de proporcionalidad en la solución de casos

Para recoger esta información se formuló la siguiente pregunta, con cinco alternativas.

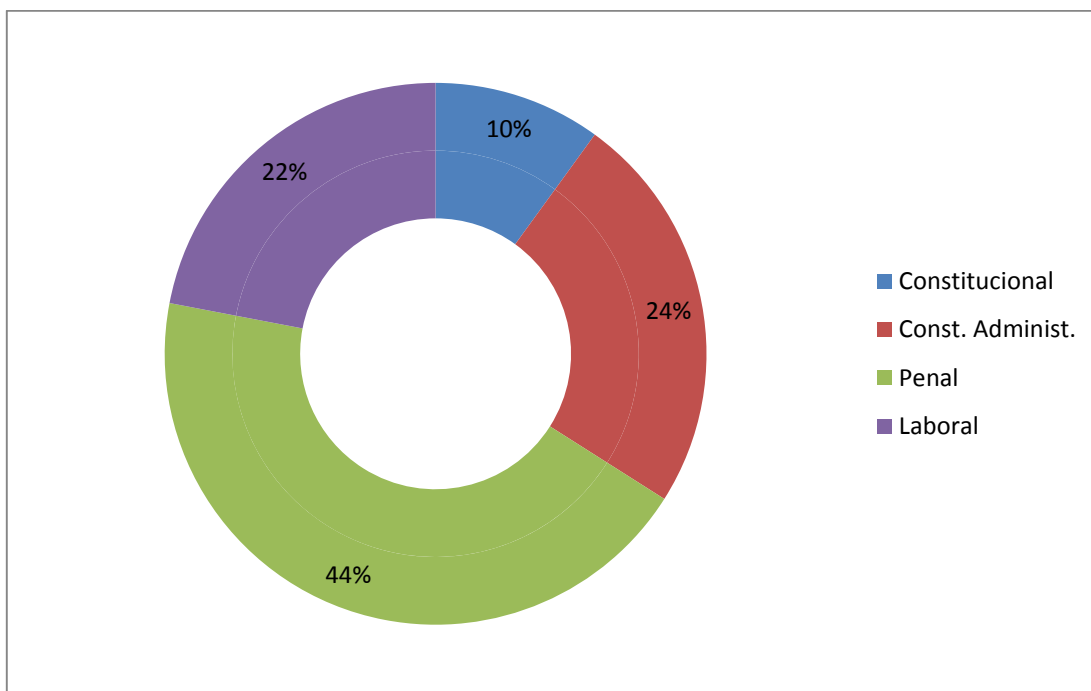
iii - ¿En qué materias y/o procesos considera usted que los jueces aplican con mayor frecuencia el principio de proporcionalidad en la solución de casos?

- | | | | |
|--------------------------------|-----|-------------|-----|
| A - Civil | () | D - Penal | () |
| B – Constitucional | () | E – Laboral | () |
| C - Contencioso Administrativo | () | | |

De los 50 encuestados, respondieron marcando la alternativa materia penal 22, contencioso administrativo 12, laboral 11, y procesos constitucionales 05; lo que permitió elaborar el siguiente gráfico.

GRÁFICO N° 03

ÍNDICE ESTADÍSTICO DE LA ENCUESTA APLICADA A CINCUENTA JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE, RESPECTO A LAS MATERIAS Y/O PROCESOS DONDE LOS JUECES APLICAN CON MAYOR FRECUENCIA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA SOLUCIÓN DE CASOS.



Fuente: Resultado de la encuesta aplicado a 50 jueces del distrito judicial de Lambayeque. 24 de noviembre del 2017.

Descripción: Según el gráfico, los encuestados indican que el principio de proporcionalidad, aplicado con mayor frecuencia por los jueces es; el 44% en materia penal, 24% en contencioso administrativo, el 22% en laboral y el 10% en procesos constitucionales.

1.1.4. Eficacia de las resoluciones por la aplicación del principio de proporcionalidad, emitidas por Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales

Para recoger esta información se formuló la siguiente pregunta, con dos alternativas.

iv. - ¿Considera usted, que las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano, aplicando el principio de proporcionalidad en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales, son eficaces?

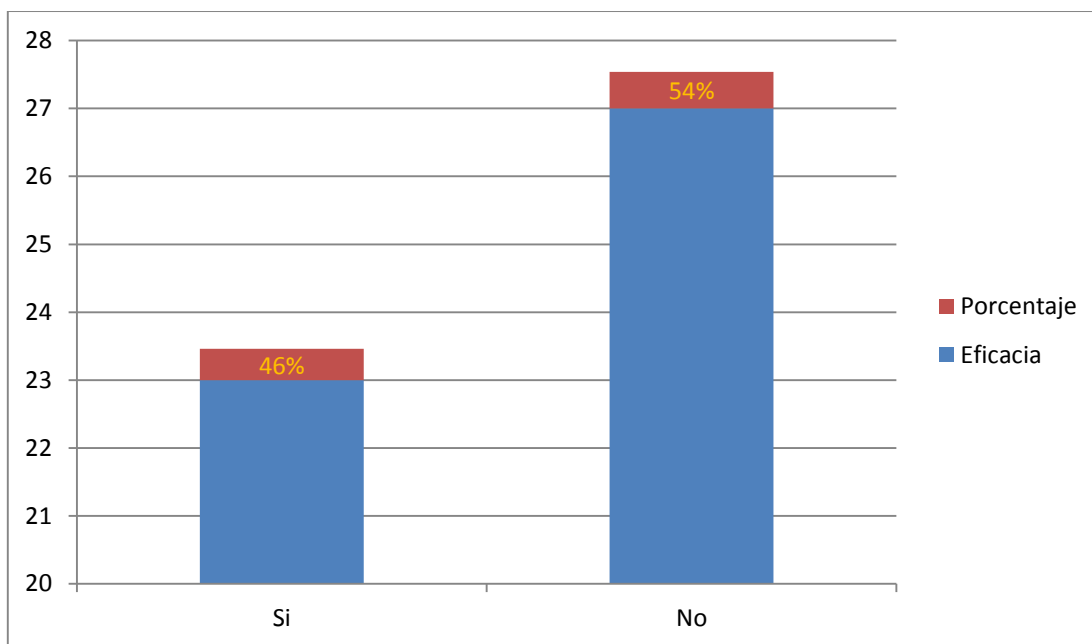
A- SI ()

B - NO ()

De los 50 encuestados, 23 respondieron marcando la alternativa SI, y 27 marcaron la alternativa NO; lo que permitió elaborar el siguiente gráfico.

GRAFICO N° 04

ÍNDICE ESTADÍSTICO DE LA ENCUESTA APLICADA A CINCUENTA JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE, RESPECTO A LA EFICACIA DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, DONDE HA APLICADO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA SOLUCIÓN DE CASOS CUANDO HAY COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.



Fuente: Resultado de la encuesta aplicado a 50 jueces del distrito judicial de Lambayeque. 24 de noviembre del 2017.

Descripción: Según el gráfico, los encuestados en un 46% señalan que las sentencias resueltas por el Tribunal Constitucional Peruano con aplicación del principio de proporcionalidad, SI son eficaces, mientras que un 54% de los encuestados indican que NO son eficaces.

1.1.5. Desventajas en la aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos cuando existe colisión de derechos fundamentales

Para recoger esta información se formuló la siguiente pregunta, con cinco alternativas.

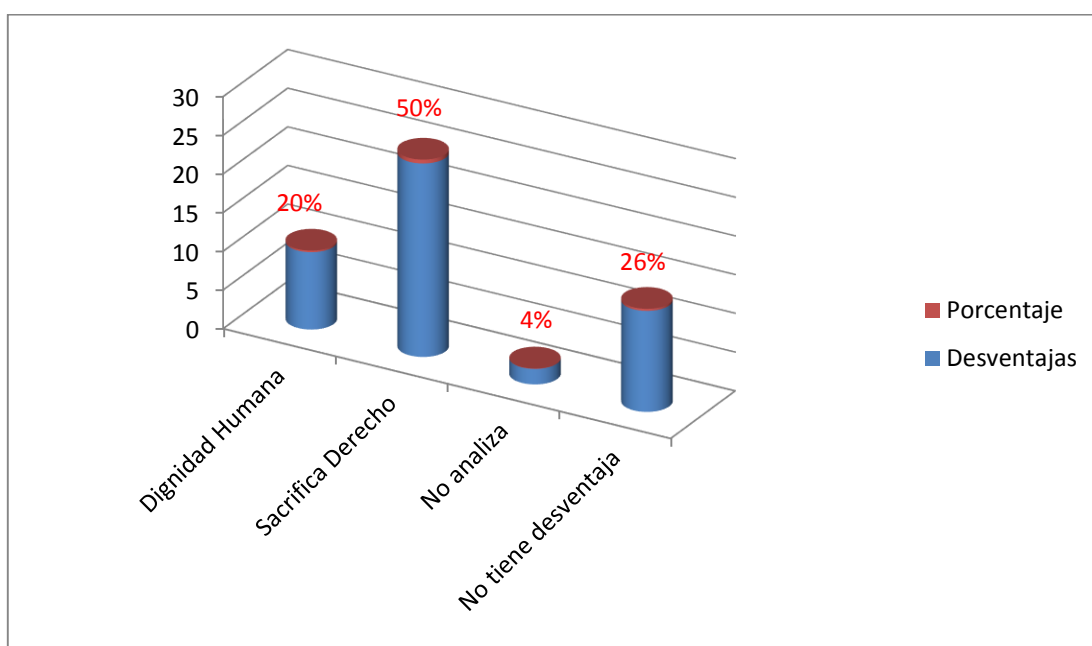
v - ¿Cuáles son las desventajas en la aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales?

- A - Vulnera el derecho a la dignidad humana ()
- B - Sacrifica un derecho fundamental ()
- C - No hace un análisis profundo de los hechos ()
- D - No tiene desventajas ()

De los 50 encuestados, 10 respondieron marcando la alternativa que vulnera el derecho a la dignidad humana, 25 sacrifica un derecho fundamental, 2 no hace una análisis profundo de los hechos, y 13 que no tiene desventajas la uso del principio de proporcionalidad; lo que permitió elaborar el siguiente gráfico.

GRÁFICO N° 05

ÍNDICE ESTADÍSTICO DE LA ENCUESTA APLICADA A CINCUENTA JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE, RESPECTO A LAS DESVENTAJAS EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO, DONDE HA APLICADO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA SOLUCIÓN DE CASOS CUANDO HAY COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.



Fuente: Resultado de la encuesta aplicado a 50 jueces del distrito judicial de Lambayeque. 24 de noviembre del 2017.

Descripción: Según el gráfico, los encuestados señalan que la desventaja en la aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional Peruano en un 20% se debe a que vulnera el derecho a la dignidad humana, en un 50% porque sacrifica un derecho fundamental, en un 4% porque no analiza a profundidad los hechos, y en un 26% señalan que la aplicación del principio de proporcionalidad no tiene desventajas.

2. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

Después de haber procesado estadísticamente los datos obtenidos se puede analizar y discutir los resultados en base a los siguientes parámetros, a fin de validar la hipótesis planteada:

2.1 – Respecto a las técnicas y métodos más usados por el tribunal constitucional peruano en la solución de casos.

Según la información obtenida de la muestra de estudios específicamente de la primera pregunta de la encuesta aplicada y conforme el grafico número 1; se observa que el Tribunal Constitucional Peruano siempre utiliza el principio de proporcionalidad para resolver los casos donde existe colisión entre derechos fundamentales; sin embargo en estos casos el máximo intérprete de la constitución también utiliza el principio de la unidad constitucional y la interpretación sistemática pero en circunstancias mínima.

2.2 – Respecto del principio de interpretación constitucional que debe utilizar el tribunal constitucional peruano como técnica más apropiada y eficaz en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales.

Según la información obtenida de la muestra de estudios específicamente de la segunda pregunta de la encuesta aplicada y conforme el grafico número 2; se observa que para los magistrado del distrito judicial de Lambayeque, el principio de concordancia practica debería ser utilizado como la técnica más apropiada y eficaz por el Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos donde haya colisión entre derechos fundamentales; sin embargo también se tiene que un buen número de los encuestados refieren que el principio de proporcionalidad es la técnica más apropiada y eficaz para el uso del tribunal constitucional en caso de colisión de derechos.

2.3 – Respecto de las materias del derecho en las con mayor frecuencia los jueces aplican el principio de proporcionalidad en la solución de casos.

Según la información obtenida de la muestra de estudios específicamente de la tercera pregunta de la encuesta aplicada y conforme el grafico número 3; se observa que los jueces aplican el principio de proporcionalidad en las diversas materias siendo en la mayoría de los casos en los procesos penales,

seguido del proceso contencioso administrativo y también en las materias laborales y en menor grado en procesos de garantías constitucionales.

2.4 – Respecto a la eficacia de las resoluciones emitidas por el tribunal constitucional peruano con la aplicación del principio de proporcionalidad en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales.

Según la información obtenida de la muestra de estudios específicamente de la cuarta pregunta de la encuesta aplicada y conforme el grafico número 4; se observa que las resoluciones resueltas con aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional Peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales, en su mayoría no son eficaces; sin embargo hay un buen número de la muestra que señala que si son eficaces aquellas resoluciones donde se han aplicado el referido principio.

2.5 – Respecto a las desventajas de la aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales.

Según la información obtenida de la muestra de estudios específicamente de la quinta pregunta de la encuesta aplicada y conforme el grafico número 5; se observa que la aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional Peruano para resolver los casos donde existe colisión entre derechos fundamentales, acarrea desventajas, siendo la mayor de ellas, el sacrificio de un derecho que su aplicación genera; también otra de las desventajas en menor proporción es que su aplicación vulnera el derecho a la dignidad humana, y también porque su uso no conlleva a un análisis profundo de los hechos; sin embargo un grupo minoritario señala que la aplicación de este principio por el Tribunal Constitucional Peruano no genera ninguna desventaja.

3. DESCRIPCIÓN DE LOS DOCUMENTOS ANALIZADOS

Del análisis de los documentos utilizados en el presente trabajo se llega a las siguientes descripciones:

3.1. En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de proporcionalidad se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución.

3.2. El Tribunal Constitucional del Perú ha estructurado el principio de proporcionalidad en: a) juicio de idoneidad, b) juicio de necesidad, y d) proporcionalidad o ponderación en sentido estricto.

3.3. Para el Tribunal Constitucional del Perú, el principio de proporcionalidad es una técnica para la solución de casos concretos.

3.4. El Tribunal Constitucional del Perú, aplica el principio de proporcionalidad para la interpretación de las normas fundamentales cuando existe colisión de derechos.

3.5. La aplicación del principio de proporcionalidad por el Tribunal Constitucional peruano, en la solución de casos siempre ha dejado de lado un derecho constitucional.

3.6. El Tribunal Constitucional del Perú, al aplicar el principio de proporcionalidad en la solución de casos, realiza un análisis conforme los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

3.7. El Tribunal Constitucional del Perú, al aplicar el principio de proporcionalidad en la solución de casos, no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales o legales que venga al caso; existiendo un mal uso de test.

3.8. El Tribunal Constitucional del Perú, al aplicar el principio de proporcionalidad en la solución de casos, llega a soluciones dispares en casos sustancialmente similares.

3.9. El Tribunal Constitucional del Perú, al aplicar el principio de proporcionalidad en la solución de casos, conlleva a la emisión de resoluciones con poca rigurosidad en la argumentación.

4. PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO

Como consecuencia del desarrollo del marco teórico y del análisis de los resultados de los instrumentos aplicados, conforme nuestro diseño de investigación descriptivo – explicativo, y contrastando la hipótesis planteada “La

aplicación del Principio de Proporcionalidad en la Interpretación de los Derechos Fundamentales no produce resoluciones eficaces por parte del Tribunal Constitucional Peruano”, se ha demostrado; que el principio de proporcionalidad se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional Peruano y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales; este principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución, y es así que este principio es el más importante, quizá el único que utiliza el Tribunal Constitucional Peruano para resolver casos cuando existen colisiones de derechos constitucionales.

Por otro lado, los principios de unidad de la constitución y de concordancia práctica, según los cuales la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático a partir del cual se organiza el sistema jurídico, evitándose en todo caso las contradicciones, entonces debe entenderse que cuando los poderes públicos pretendan la limitación de los derechos fundamentales o la imposición de sanciones, En este trabajo se tiene la afirmación que el principio de la Concordancia Práctica debe ser aplicada en la interpretación de los derechos fundamentales como la más apropiada y eficaz como técnica para la solución en casos de conflicto de derechos constitucionales, por cuanto las disposiciones constitucionales debe ser resuelta optimizando su interpretación, es decir, sin sacrificar ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio - derecho de dignidad humana.

El principio de proporcionalidad como una técnica en la solución de casos se aplica en las diversas ramas del derecho, obviamente, su uso es con mayor frecuencia en unos que otros; por decir en los procesos penales, este principio es básico para cuantificar la pena; de la misma forma en los casos

constitucionales y también en las causas laborales. Este principio aparece articulado de tres subprincipios que exigen que toda intervención en los derechos fundamentales deba cumplirse.

Entendiendo por eficacia de resoluciones del tribunal constitucional, ha aquella decisión que utilizando los medios necesarios logra alcanzar los objetivos anhelados dando una entera satisfacción a la sociedad y al Estado; se ha llegado a determinar que las resoluciones emitidas por el Tribunal con aplicación del principio de proporcionalidad no son eficaces por cuanto tiende a perjudicar a un derecho, sin tener en cuenta que los derechos fundamentales tienen un valor intrínseco en sí mismo, que exige la interpretación correlacionada de las normas y permite las soluciones hermenéuticas; en otras palabras, en la interpretación se debe evitar sacrificar una norma constitucional al aplicar otra de la misma naturaleza, entre esas exigencias y principios se encuentran, por ejemplo, la continuidad y prontitud del ejercicio de la función jurisdiccional, la independencia e imparcialidad del juez, la prohibición de incoherencias en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

CONCLUSIONES

1. El Tribunal Constitucional peruano siempre utilizado hasta la actualidad el principio de proporcionalidad como la técnica más apropiada e eficaz, para interpretar los derechos fundamentales en la resolución de casos donde existe colisión entre derechos fundamentales.
2. En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de proporcionalidad se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200º de la Constitución Política del Estado; el Tribunal Constitucional, ha precisado que este principio se constituye en un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado constitucional y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales.
3. El Tribunal Constitucional peruano, debería utilizar el principio de concordancia práctica como la técnica más apropiada y eficaz para la interpretación de los derechos fundamentales para solucionar casos cuando existe colisión de derechos constitucionales fundamentales.
4. Las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional aplicando el principio de proporcionalidad no son eficaces; por cuanto su aplicación en caso de enfrentamiento debilita a los derechos fundamentales y favorece la realización de metas arbitrarias e irracionales en contra de las personas porque los derechos fundamentales pierden su carácter inalienable y absoluto.
5. La aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales, acarrea desventajas porque sacrifica un derecho y vulnera el respeto del derecho de la dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado conforme lo reseñado en artículo 1º de nuestra carta magna.

6. La aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales, no tiene autonomía, llega a soluciones dispares en casos sustancialmente similares, y conlleva a la emisión de resoluciones con poca rigurosidad en la argumentación.

RECOMENDACIONES

1. El Tribunal Constitucional peruano debe aplicar técnicas y/o métodos más apropiados para que sus decisiones sean eficaces en los casos donde haya colisión de derechos fundamentales; y no solamente el principio de proporcionalidad que es una técnica de interpretación tomada de un modelo extranjero.
2. Los miembros del Tribunal Constitucional y los magistrados del poder judicial deben capacitarse constantemente en la aplicación de técnicas y métodos para la interpretación de los derechos fundamentales en casos concretos; y así proponer nuevas paradigmas que generen decisiones eficaces.
3. Que, los investigadores del mundo del derecho constitucional deben profundizar estudios con respecto a los principios de interpretación de los derechos fundamentales, así como su aplicación como métodos y/o técnicas por parte del Tribunal Constitucional, toda vez que es un campo poco explorado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 - AGUIAR DE LUQUE, I. "Dogmática y Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales en la Interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional Español". Revista de Derecho Político. 1983
- 2 - ATIENZA, Manuel. "Las Razones del Derecho". México. 2005.
- 3 - ALEXY, R. "La fórmula de peso", en AAVV El principio de proporcionalidad en el Estado. 2009.
- 4 - BARNES, J. "Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario. Revista de Administración. 1994.
- 5 - BECERRA SUAREZ, Orlando. "El Principio de Proporcionalidad". Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>
- 6 - BERNAL PULIDO, Carlos. "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales". Materiales de enseñanza Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2do nivel.
- 7 - BUNGE, Mario. "La ciencia, su método y su filosofía". Ediciones Arco iris.
- 8 - CASTILLO CORDOVA, Luis. "Comentarios al Código Procesal Constitucional". (Tomo I, Título Preliminar y Disposiciones Generales) Palestra, 2da edición. 2006.
- 9 - CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano". Revista Peruana de Derecho Público". Lima 2005.

- 10** - CHÁVEZ BAÑO, Juan Carlos. Tesis “El Principio de Proporcionalidad en la Justicia Constitucional”. Quito – Ecuador. 2010
- 11** - Constitución Política del Perú. 1993.
- 12** - FERNÁNDEZ NIETO, Josefa. “El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo”. Madrid. 2009.
- 13** - GONZÁLEZ BIELFUSS, M. “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. 2003.
- 14** - GRANDEZ CASTRO, Pedro. “El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC Peruano”. Lima 2010.
- 15** - HESSE, Konrad. “Escritos de Derecho Constitucional”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983.
- 16** - HERNÁNDEZ RENGIFO, Freddy Vidmar. “El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Tesis para optar el grado de maestro. Lambayeque 2013.
- 17** - LEONARDO CARRILLO, Reynaldo. “El Principio de Proporcionalidad y la Prisión Preventiva”, Tesis de para optar el grado de maestro. Lambayeque 2017.
- 18** - LOPERA, G. “Principio de Proporcionalidad y Ley Penal”. Madrid. 2006.
- 19** - MARTINEZ, D. “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 86, Madrid, 2009.
- 20** - MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNANDEZ SUÁREZ, Jesús. “Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica”. En “La interpretación jurídica” Módulo de Razonamiento Jurídico AMAG. Compilación de Ricardo León Pastor. 1999.

- 21** - MEDINA G, M. "El Principio de Proporcionalidad y el Legislador de Derechos Fundamentales", Cuadernos de Derecho Público N° 5. Madrid. 1998.
- 22** - RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel. "La Creación Judicial del Derecho en la Colisión entre Derechos Fundamentales." Tesis para optar el grado de doctor en derecho. España. 1998.
- 23** - RIOJA BERMUDEZ ALEXANDER. "Código Procesal Constitucional y su Jurisprudencia en Nuestro Tribunal Constitucional". 2010.
- 24** - RUBIO CORREA, MARCIAL. "El Test de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Lima. 2012
- 25** - RUBIO CORREA, Marcial. "La interpretación jurídica" en "El sistema Jurídico. Introducción al Derecho". Módulo de Razonamiento Jurídico. Programa de Formación de Aspirantes. 1997.
- 26** - TAMARA SAONA, Marín. "Aplicación del Principio de Proporcionalidad por el Tribunal Constitucional Chileno en el Control Constitucional de Leyes Penales". Valdivia – Chile. 2010
- 27** - THOMPSON IVÁN. Definición de Eficacia. Disponible en: <https://www.promonegocios.net/administracion/definicion-eficacia.html>
- 28** - Schneider (State interest analysis in Fourteenth amendment 'privacy' law), cit. por Pablo Lucas Murillo de la Cueva. El derecho a la intimidad. En: "Revista Jurídica del Perú". Trujillo, año XLVIII, N. ° 14 (ene – mar. 1998).
- 29** - STC ° 5854-2005-PA/TC. Piura. Caso Pedro Andrés Lizana Puelles
- 30** - STC EXP. N. ° 00728-2008-PHC/TC. LIMA. Caso Giuliana Llamuja Hilares
- 31** - STC ° 5854-2005-PA/TC. Piura. Caso Pedro Andrés Lizana Puelles

- 32** - STC 1091-2002-HC, Fundamento 4; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 0045-2004-HC, Fundamento 3.
- 33** - STC 1797-2002-HD, Fundamento 11; STC 2209-2002-AA, Fundamento
- 34** - STC 0001-2003-AI /0003-2003-AI, Fundamento 10; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 1013-2003-HC, Fundamento 6; 1076-2003-HC, Fundamento 7; STC 1219-2003-HD, Fundamento 6; 2579-2003-HD, Fundamento 6; STC 0029-2004-AI, Fundamento 15.
- 35** - STC 0976-2001-AA. Fundamento 5 STC 1124-2001-AA, Fundamento 6.
- 36** - STC N.º 6712-2005-HC/TC. Lima. Caso Magaly Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.
- 37** -STC N.º 007-2006-PI/TC, LIMA. Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari.
- 38** - STC 0045-2005-PI/TC, fundamento N.º 35, recogiendo la escala propuesta por Alexy, Robert “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.
- 39** - VALVERDE, A. M. “Contrato de trabajo y derechos fundamentales”, Derecho Social, N° 6, Bomarzo, Albacete. 1999.
- 40** - www.tc.gob.pe
- 41** - www.liberlex.com/archivos/interpretatio
- 42** - www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/
- 43** - www.derechoecuador.com/.../derechoconstitucional/.../la-ponderacion
- 44** - www.dab.com.ar/.../argumentación-jurídica-y-ponderación-de-principios

ANEXOS

ANEXO N° 01

ENCUESTA

INSTRUCCIÓN: MARQUE CON UNA ASPA LA RESPUESTA QUE ESTIME LA MÁS CONVENIENTE. (SOLO MARQUE UNA ALTERNATIVA?)

1 - ¿Cuál considera, usted que es la técnica y/o método más usada por el Tribunal Constitucional Peruano en la Solución de Casos cuando se produce colisión de derechos fundamentales?

- A - El principio de proporcionalidad ()
- B - El método literal ()
- C - Principio de unidad de la constitución ()
- D - La interpretación sistemática ()
- E - Concordancia práctica ()

2 - ¿Cuál de los principios de interpretación debe utilizar como técnica más apropiada y eficiente el TC en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales?

- A - Principio de proporcionalidad ()
- B - Principio de unidad constitucional ()
- C - Principio de fuerza normativa ()
- D - Principio de concordancia práctica ()
- E - Principio de corrección funcional ()

3 - ¿En qué materias y/o procesos considera usted que los jueces aplican con mayor frecuencia el principio de proporcionalidad en la solución de casos?

- A - Civil ()
- B - Constitucionales ()
- C - Contencioso Administrativo ()
- D - Penal ()
- E - Laboral ()

4 - ¿Considera usted, que las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano, aplicando el principio de proporcionalidad en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales, son eficaces?

- A- SI ()
- B- NO ()

5 - ¿Cuáles son las desventajas en la aplicación del principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales por el tribunal constitucional peruano en la solución de casos cuando hay colisión de derechos fundamentales?

- A - Vulnera la dignidad humana ()
- B - Sacrifica un derecho fundamental ()
- C - No hace un análisis profundo de los hechos ()
- D - No tiene desventajas ()

Chiclayo, noviembre del 2017

ANEXO N° 02

EXP. N.º 007-2006-PI/TC
LIMA
ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES
SAN RAMÓN Y FIGARI

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari

Sentencia del 22 de junio de 2007

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra las Ordenanzas N.º 212-2005 y N.º 214-2005 de la Municipalidad Distrital de Miraflores, que restringen el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada *Calle de las Pizzas*.

Magistrados firmantes:

**LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN**

VERGARA GOTELLI

Sumario

- I. ASUNTO**
- II. DATOS GENERALES**
- III. NORMA OBJETO DEL JUICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD**
- IV. ANTECEDENTES**
 - A. DEMANDA**
 - B. CONTESTACIÓN**
- V. FUNDAMENTOS**
 - A. EXCEPCIÓN PROPUESTA**

§1. REPRESENTACIÓN DEFECTUOSA O INSUFICIENTE DEL DEMANDANTE

B. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA

§1. VICIO DE INCOMPETENCIA DE LA ORDENANZA: LAS MATERIAS REGULADAS POR LAS ORDENANZAS NO SON DE SU COMPETENCIA

§2. DELEGACIÓN DE FACULTADES A TRAVÉS DE ORDENANZA

§3. PRINCIPIO DE GENERALIDAD DE LAS NORMAS

§4. ANÁLISIS DE LA RESTRICCIÓN CONFORME AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

§4.1 ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD I

§4.2 ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD II

§5. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD

§6. CLAUSURA DEFINITIVA COMO SANCIÓN CONTRARIA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E IRRAZONABLE

§7. DEBIDO PROCESO Y REVOCACIÓN UNILATERAL DE LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO

VI. FALLO

EXP. N.º 007-2006-PI/TC
LIMA
ASOCIACIÓN DE
COMERCIANTES
SAN RAMÓN Y FIGARI

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 22 días del mes de junio de 2007, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los señores magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Mesía Ramírez

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, contra las Ordenanzas N.º 212-2005 y N.º 214-2005, expedidas por la Municipalidad de Miraflores.

II. DATOS GENERALES

Demandante: Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari

Norma impugnada: Ordenanza N.º 212-2005 y Ordenanza N.º 214-2005.

Vicio de inconstitucionalidad: Inconstitucionalidad por el fondo. Infracción del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 25, inciso c; Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 23, numeral 1, literal c).

Petitorio: Demanda de inconstitucionalidad de la Ordenanza 212-2005 y Ordenanza 214-2005, que establecen una restricción del horario de funcionamiento de los locales ubicados en las calles San Ramón y Figari, conocida como *Calle de las Pizzas*; y demás zonas de influencia, constituidas por la Av. Óscar Benavides (Diagonal) cuadras 3 y 4; calle Berlín, cuadras 1, 2 y 3 y calle Benavides, cuadras 1 y 2, del distrito de Miraflores.

III. NORMA OBJETO DEL JUICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Ordenanza N.º 212-2005

Que regula el horario máximo de funcionamiento y atención al público de los locales y establecimientos comerciales ubicados en los pasajes San Ramón y Figari, autodenominados “Calle las Pizzas” y zonas de influencia

“Artículo Primero.- Establézcase el siguiente horario máximo de funcionamiento y atención al público de los locales y establecimientos comerciales que se ubiquen en las calles San Ramón y Figari, actualmente autodenominadas “Calle de las Pizzas”, y demás zonas de influencia, constituidas por la avenida Oscar Benavides (Diagonal) cuadras 3 y 4; calle Berlín cuadras 1, 2 y 3; calle Bellavista cuadras 1 y 2, debiendo cesar sus actividades:

- De domingo a jueves a la 01:00 horas del día siguiente
- Los días viernes, sábado y vísperas de feriado a las 02:00 horas del día siguiente.

Artículo Segundo.- Modificar el Cuadro de Infracciones y Sanciones vigente, agregando la siguiente infracción municipal:

CÓDIGO	INFRACCIONES	MONTO DE LA MULTA EN PROPORCIÓN A LA UIT VIGENTE	MEDIDA COMPLE- MENTARIA
02-114	Por operar un establecimiento comercial fuera del horario permitido.	1UIT	CLAUSURA DEFINITIVA

Artículo Tercero.- La presente Ordenanza entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

Artículo Cuarto.- Deróguese cualquier disposición municipal que se oponga en la presente Ordenanza, y déjese sin efecto las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas.

Artículo Quinto.- Encárguese el cumplimiento estricto de lo dispuesto en la presente Ordenanza, a la Gerencia de Fiscalización y Control y a la Gerencia de Seguridad Ciudadana, en coordinación con la Policía Nacional, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del Artículo 46 de la Ley N.º 27972.

Ordenanza N.º 214-2005

Que precisa el horario de cese de actividades de los locales y establecimientos comerciales ubicados en las calles San ramón y Figari, autodenominadas “Calle las Pizzas” y zonas de influencia

“Artículo Primero.- Establecer que el horario de cese de actividades de los locales y establecimientos comerciales ubicados en las Calles San Ramón y Figari, autodenominadas “Calle de las Pizzas” y demás zonas de influencia, será el señalado en la Ordenanza N.º 212, quedando autorizados a reiniciar sus actividades a partir de las 07:00 horas.

IV. ANTECEDENTES

A. Demanda

La Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari manifiesta que, mediante la Ordenanza N.º 212-2005, se restringió el horario de atención y funcionamiento de los locales comerciales ubicados en las calles San Ramón y Figari, denominada *Calle de las Pizzas*, y zonas de influencia constituidas por la Av. Óscar Benavides (diagonal) cuadras 3 y 4 ; calle Berlín, cuadras 1,2 y 3 y calle Bellavista, cuadras 1 y 2, del distrito de Miraflores, imponiéndose el límite para apertura de los establecimientos comerciales hasta la 1 a.m. de lunes a jueves y hasta las 2 a.m. los días viernes, sábados y feriados. Asimismo mediante la Ordenanza 214-2005, se amplía los efectos de la Ordenanza 212-2005, estableciendo que los locales comerciales solo podrán reiniciar sus actividades a partir de las 7 a.m. Del mismo modo objeta que las cuestionadas normas son contrarias al carácter general que debe revestir toda ordenanza, por el hecho que estas tienen un ámbito de aplicación localizado y específico, cuando las mismas deben tener exigencias sustantivas de carácter general, según lo establecido en el artículo 40 de la Ley 27972, y que su contenido no constituye materia regulable por medio de una ordenanza.

B. Contestación

La Municipalidad Distrital de Miraflores propone la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante, la misma que fundamenta señalando que el cálculo del 1% de ciudadanos adherentes se ha efectuado en base al padrón utilizado en el proceso electoral a nivel nacional el año 2001, según lo establecido en el artículo 203, inciso 5), de la Constitución; sin embargo en la mencionada norma no se precisa si dicho monto porcentual de ciudadanos debe computarse respecto del último acto electoral válido del año 2001, como erróneamente lo interpreta el JNE, o del número de ciudadanos hábiles al momento en que se interpone la demanda, es decir del año 2006. Además señala que del total de firmas o suscriptores consignados en la relación de adherentes se ha constatado que 254 personas que figuran como registradas, no son ciudadanos que residen dentro de su ámbito territorial, por lo tanto no se cumple con el requisito del uno por ciento de registros válidos de ciudadanos del ámbito territorial del distrito de Miraflores establecido en artículo 203, inciso 5), de la Constitución.

Respecto al fondo de la demanda señala que le asiste la facultad constitucional de ejercer sus funciones de gobierno emitiendo para ello ordenanzas municipales en virtud de la autonomía política, económica y administrativa. Así mediante Ordenanza N.º 214-2005, se complementa la Ordenanza N.º 212-2005, pues si bien la primera establecer el horario en que deben cesar sus actividades los locales y establecimientos comerciales de la zona determinada, la siguiente fija el horario a partir del cual pueden reiniciar sus actividades fijándolo hasta las 7:00 horas. Afirma que la restricción en el horario de atención para los locales y establecimientos comerciales se justifica en el interés público y los beneficios para la comunidad que se esperaba obtener con ella pues dichos establecimientos vienen incumpliendo las normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa civil, causando peligro inminente a la vida e integridad de las personas que laboran y concurren a dichos locales; consecuentemente, tal restricción de horarios tiene como justificación la conservación del orden, la preservación de la seguridad ciudadana, la tranquilidad y la salud de los vecinos del distrito de Miraflores.

Respecto a la inconstitucionalidad de las ordenanzas por defecto de regulación general distrital, afirma que estas fueron emitidas por un órgano estatal de jurisdicción distrital, por lo que se trata de disposiciones restringidas a determinado ámbito territorial; además es posible legislativamente establecer restricciones o tratamientos especiales a determinado ámbito territorial o determinada actividad dentro de un distrito. De igual manera las ordenanzas no regulan materia distinta a las señaladas en el artículo 40 de la Ley 27972 pues las funciones y competencias de los municipios distritales no culmina únicamente con lo establecido por dicha ley ya que existen otras disposiciones que reconocen atribuciones especiales a los gobiernos locales.

V. FUNDAMENTOS

A. EXCEPCIÓN PROPUESTA

§1. REPRESENTACIÓN DEFECTUOSA O INSUFICIENTE DEL DEMANDANTE

1. La demandada ha propuesto la excepción de representación defectuosa o insuficiente del demandante. Ha alegado que la cifra que se consideró para contabilizar el 1% de la población, para poder interponer una demanda de inconstitucionalidad contra las Ordenanzas cuestionadas, ha sido la que corresponde al padrón electoral del año 2001, debiendo, por el contrario, haber considerado el “padrón electoral del año 2005, que sirvió para las últimas elecciones presidenciales, por tratarse del último padrón fiscalizado y aprobado por el organismo electoral”. Asimismo, afirmó que el “número de firmas registradas o suscribientes en los respectivos planillones (...) consigna a personas que no residen en el distrito de Miraflores, que no son contribuyentes y (...) [que] en 81 casos si bien se encuentran registradas que viven en el distrito de Miraflores no tienen la condición de ciudadanos residentes en el distrito de Miraflores.”
2. El Tribunal Constitucional, por resolución de fecha 18 de octubre de 2006, solicitó al Jurado Nacional de Elecciones que se informara al respecto, solicitud que fue absuelta por carta del Secretario General, de fecha 5 de enero de 2007.
3. En dicha información se ha afirmado que el padrón electoral que se tomó en cuenta para la contabilización del 1% de ciudadanos fue el de las elecciones regionales y municipales del año 2002 “por

ser las últimas elecciones de carácter nacional realizadas en el país, al momento de presentarse la citada solicitud”. En el citado documento, se informa que la solicitud de comprobación de firmas fue presentada el 14 de diciembre de 2004. Cabe precisar que la resolución del Jurado Nacional de Elecciones por la que se comprueba positivamente el recaudo de firmas correspondientes al 1% de ciudadanos, por parte de la demandante, fue expedida con fecha 14 de febrero de 2006 (Cfr. fojas 86 de autos).

4. De lo anterior se infiere que la determinación del cumplimiento del requisito de que la demanda de inconstitucionalidad sea interpuesta por el 1% de ciudadanos de la circunscripción correspondiente a la Municipalidad que expidió las Ordenanzas cuestionadas, ha tenido en consideración el padrón electoral de las últimas elecciones nacionales que tuvo lugar con motivo de las elecciones regionales y municipales del año 2002, ello debido a que en el momento de que la demandante solicitó la comprobación de firmas, esto es, el 14 de diciembre de 2005, la cifra correspondiente al 1% era la que había sido publicada el 22 de octubre de 2004 y que, según afirma, ha sido la considerada para efectos de examinar si la demandante cumplía o no el requisito cuestionado.
5. En cuanto a la alegación de que 81 casos de las personas que registran sus firmas en los planillones no corresponden a ciudadanos “residentes” en el distrito de Miraflores, cabe afirmar que la dirección de los ciudadanos es la que corresponde a la que se halla inscrita en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil a cargo de la RENIEC. El registro de esta dirección es *iure et iure* el que ha de considerarse a efectos de interpretarse el concepto “ciudadanos del respectivo ámbito territorial” a que se refiere el artículo 203, inciso 5), de la Constitución.

B. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA

§1. VICIO DE INCOMPETENCIA DE LA ORDENANZA: LAS MATERIAS REGULADAS POR LAS ORDENANZAS NO SON DE SU COMPETENCIA

6. Los Gobiernos Municipales son titulares de competencias sobre determinadas materias. Ello significa que detentan potestad normativa para regular las materias que corresponden al ámbito de su competencia.
7. El artículo 40°, primer párrafo, de la Ley Orgánica de Municipalidades, N.º 27972, (en adelante LOM) establece:

“Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las *normas de carácter general* de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, *la regulación*, administración y supervisión de los servicios públicos y *las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa*.”

8. Conforme a esta norma, el ámbito propio de regulación de una Ordenanza no se circunscribe a la aprobación de la organización interna de las Municipalidades, y la regulación de los servicios públicos, sino abarca también la regulación de las “materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa”. En consecuencia, el problema a abordarse es si la materia objeto de regulación de las Ordenanzas corresponde o no a la competencia de la Municipalidad demandada.
9. La Constitución en su artículo 195°, incisos 6 y 8, establece, respectivamente, que los Gobiernos Regionales son competentes para:

“*Planificar el desarrollo urbano y rural de sus circunscripciones, incluyendo la zonificación, urbanismo y el acondicionamiento territorial.*” (énfasis añadido)

“*Desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, vivienda, saneamiento, medio ambiente, sustentabilidad de los recursos naturales, transporte colectivo, circulación y tránsito, turismo, conservación de monumentos arqueológicos e históricos, cultura, recreación y deporte, conforme a ley.*” (énfasis añadido)

10. Conforme a estas disposiciones, los Gobiernos Municipales detentan competencia sobre la regulación de los *servicios en materia de recreación* y sobre planificación del desarrollo urbano y zonificación.

11. La Ley Orgánica de Municipalidades, N.º 27972, (en adelante LOM) establece en su artículo 79º, apartado 3.6.4, que es condición de competencia exclusiva de la Municipalidad Distrital, la de:

“Normar, regular y otorgar autorizaciones, derechos y licencias, y realizar la fiscalización de:

“Apertura de establecimientos comerciales, industriales y de actividades profesionales de acuerdo con la zonificación.”

12. De una interpretación literal de esta disposición se infiere que la regulación de las condiciones relativas a la “apertura de establecimientos comerciales” constituye materia propia de las Municipalidades Distritales. Ahora bien, bajo este concepto debe entenderse las condiciones y requisitos que, en general, se deben satisfacer para la apertura de establecimientos comerciales. Dentro de ellas, no sólo están los requisitos para la concesión de una licencia para la apertura de un establecimiento comercial, sino también las normas que regulan algunos aspectos que, según el caso, puedan estar relacionados con la “apertura de establecimientos comerciales”.
13. Ello no significa que tal regulación pueda ser arbitraria o se halle desprovista de límites materiales; por el contrario, como toda norma, ella deberá ser plenamente compatible con el conjunto de derechos fundamentales y principios de la Constitución; sin embargo, el examen de si tal compatibilidad es satisfecha o no por una Ordenanza Municipal concierne al examen del contenido o eventual vicio material, que debe ser claramente distinguido del vicio competencial aquí analizado.

§2. DELEGACIÓN DE FACULTADES A TRAVÉS DE ORDENANZA

14. La demandante ha impugnado también la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ordenanza N.º 212. Esta disposición establece:

“Facúltese al Alcalde de Miraflores para que, mediante Decreto de Alcaldía, dicte normas complementarias a la presente Ordenanza así como también señale nuevos lugares del distrito en los que se pudiese generar la misma problemática, a la que se aplicarán las reglas de la presente Ordenanza.”

15. Esta norma faculta al Alcalde para dos aspectos: el dictado de “normas complementarias” de la Ordenanza y la extensión del ámbito de aplicación de aquélla a otros lugares del distrito.
16. En cuanto a la primera cuestión, la premisa de la que debe partirse es la siguiente. La LOM dispone en su artículo 42º que los Decretos de Alcaldía “establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas”. Asimismo, señala que el Alcalde está facultado para “Dictar decretos (...), *con sujeción a las leyes y ordenanzas*” (art. 20, numeral 6, LOM, énfasis añadido). Esto significa que en el sistema de fuentes de lo que la LOM ha denominado *ordenamiento jurídico municipal* (art. 38º), los Decretos de Alcaldía constituyen manifestación de la potestad reglamentaria de la Alcaldía, en tanto *órgano ejecutivo del gobierno local* (art. 5º LOM). En tal sentido, el Alcalde puede ejercer tal potestad a efectos de desarrollar o concretizar una Ordenanza, para la expedición de lo que en doctrina se conoce como *reglamento ejecutivo*.
17. En consecuencia, el dictado de *normas complementarias* a través de Decreto de Alcaldía no puede interpretarse sino como alusión a la potestad reglamentaria que el Alcalde puede ejercer a efectos de desarrollar o concretizar la Ordenanza, para la expedición de lo que en doctrina se conoce como *reglamento ejecutivo*. En consecuencia, en tanto la facultad de dictado de *normas complementarias* por Decreto de Alcaldía está aludiendo, en realidad, a la potestad reglamentaria de la Ordenanza, la primera norma de la disposición no resulta inconstitucional.
18. En cuanto a la extensión del ámbito de aplicación de la Ordenanza a otros lugares del distrito, ella resulta inconstitucional por contravenir las normas que componen el *bloque de constitucionalidad* y, concretamente, la Ley Orgánica de Municipalidades. A diferencia del supuesto anterior, el objeto de la norma es *facultar* o *delegar* al Alcalde una potestad normativa propia del Consejo Municipal. Se está aquí ante un supuesto de *delegación de facultades normativas* propias del Consejo a favor del Alcalde.

19. La LOM establece en su artículo 40° las materias que son propias o pueden ser reguladas por una Ordenanza. Según ella, tales materias pueden ser:

- aprobación de la organización interna de la Municipalidad;
- regulación, administración y supervisión de servicios públicos, y
- regulación, administración y supervisión de materias de competencia normativa de la municipalidad

20. De la lectura de esta disposición se infiere que no es materia propia de una Ordenanza la regulación de las fuentes del ordenamiento jurídico municipal. La *delegación de facultades* que la Ordenanza efectúa a favor del Alcalde para regular materias propias de aquella categoría, significa introducir una forma de creación de derecho municipal, esto es una norma sobre la producción de normas no prevista en el citado artículo 40°. No hay en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico municipal una figura análoga a la *delegación de facultades*, que sí existe en el ordenamiento jurídico nacional cuando el Congreso la puede efectuar a favor del Poder Ejecutivo en virtud del artículo 104° de la Constitución. No se lee en ella que sea objeto de la Ordenanza la delegación de facultades normativas a favor del Alcalde. Tampoco se ha previsto como atribución del Consejo (art. 9° LOM), en cuanto titular de la potestad de expedir Ordenanzas (art. 39°, LOM), la figura de una delegación de facultades, y tampoco está contemplado que el Alcalde pueda ejercer potestad normativa a través de esa vía (Art. 20° LOM).

21. Por otra parte, ha de considerarse lo siguiente. La extensión del ámbito de aplicación territorial, personal o temporal, de una norma no es en absoluto *concretización* o *especificación* de dicha norma, sino la introducción *ex novo* de una nueva a un ámbito territorial, personal o temporal, en el que, hasta antes de ella, tal norma no existía.

22. En consecuencia, la *facultad* de que a través de Decreto de Alcaldía se extienda el ámbito de aplicación de las regulaciones de la Ordenanza a otros lugares del distrito no constituye una concretización o especificación de aquella que pudiera ser comprendida como ejercicio de la potestad reglamentaria del Alcalde, sino la introducción *ex novo* de una norma, aún no existente, en otros lugares del distrito, pero no a través de una Ordenanza, sino a través de Decreto de Alcaldía. La norma está facultando para introducir, a través de decreto de alcaldía, nuevas normas en una materia –la apertura de establecimientos comerciales- que es propia de una Ordenanza.

§3. PRINCIPIO DE GENERALIDAD DE LAS NORMAS

23. La demandante ha sostenido que la norma cuestionada es contraria al carácter general que debe revestir toda ordenanza de conformidad con lo establecido en el artículo 40° de la Ley N.° 27972, esto es, que deba tener “como ámbito de aplicación a toda la jurisdicción distrital y no a un sector localizado y específico integrante de aquella”.

24. La Ordenanza N.° 212-2005, expedida por la Municipalidad de Miraflores y publicada el 2 de noviembre de 2005, establece en su artículo 1° un “horario máximo de funcionamiento y atención al público” para el caso de “locales y establecimientos comerciales” que se ubican en la “Calle de las Pizzas” y demás “zonas de influencia”. Conforme a esta disposición el horario máximo de funcionamiento es de domingo a jueves, a la 1.00 a.m. del día siguiente, y de viernes, sábado y vísperas de feriado, hasta las 2.00 a.m. del día siguiente.

25. El principio de generalidad de las normas que se infiere de lo establecido en el artículo 103°, *ab initio*, de la Constitución, constituye un elemento fundamental del Estado de Derecho. Conforme a este principio las normas deben ser generales y no establecer un régimen contrario al derecho a la igualdad. El concepto de generalidad alude a que el supuesto comprendido por la norma es abstracto y los destinatarios de la misma son indeterminados. Así, la abstracción del supuesto y la indeterminación de sus destinatarios configuran la generalidad de una norma. Desde tal perspectiva, una norma que satisfaga estas condiciones es *general*.

26. Ahora bien, una norma general puede no obstante tener como destinatario un conjunto o sector de la población, con lo cual no se infringe este principio, siempre y cuando el tratamiento diferente que se haya establecido no sea contrario al derecho a la igualdad de las personas. Para tal efecto, ha de analizarse la restricción del horario en aplicación del principio de proporcionalidad. Si la medida satisface las

exigencias de este principio, entonces resulta constitucional; lo contrario supondrá su inconstitucionalidad.

§4. ANÁLISIS DE LA RESTRICCIÓN CONFORME AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

§4.1 ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD I

27. Corresponde entonces examinar si la Ordenanza cuestionada constituye una norma general y, adicionalmente, si es que ella no es contraria al derecho a la igualdad. En cuanto al primer aspecto, cabe afirmar que ella satisface el requisito de generalidad debido a que el supuesto es *abstracto* y los destinatarios son *indeterminados*. El supuesto es los “locales y establecimientos comerciales” que se ubican en la denominada *Calle de las Pizzas* y “zonas de influencia”. El objeto de regulación de la Ordenanza no es un supuesto concreto, sino cualquier establecimiento que esté ubicado en esa zona, se trata de cualquier local o cualquier establecimiento, actual o futuro, con lo cual se satisface la exigencia de *abstracción*; pero, además, constituye una regulación cuyos destinatarios no están determinados en función de los caracteres o condiciones personales de sus titulares, sino al margen del titular o los titulares de dichos establecimientos, de modo que dentro de ella quedan comprendidas todas las personas que desarrollan actividades comerciales en la zona o cualquiera que, en el futuro, pueda desarrollarla. Con esto, la Ordenanza satisface, además, la exigencia de *indeterminación*.
28. Una cuestión adicional que debe plantearse es si la Ordenanza, aun cuando es general, contraviene o no el derecho a la igualdad. No obstante que la absolución de este problema ya se encuentra anticipada con la respuesta afirmativa respecto de la exigencia de la indeterminación, la problemática de la igualdad requiere ser abordada específicamente.
29. La restricción del horario máximo de atención no es contraria al derecho a la igualdad puesto que tiene un fundamento objetivo y razonable. De la lectura de la parte considerativa de la Ordenanza N.º 212 se advierte que el objetivo de la restricción es que “se resguarde la tranquilidad y seguridad de los vecinos miraflorinos”, ello en tanto los establecimientos “no reúnen las medidas de seguridad necesarias” (décimo tercer considerando) y los propietarios de estos establecimientos venían “incumpliendo las normas y medidas de seguridad establecidas por Defensa Civil” (novenio considerando); que “no cumplen con las condiciones mínimas de seguridad, causando un peligro inminente a la vida e integridad física de las personas que laboran y concurren a dichos locales” (décimo considerando).
30. Pero ¿puede garantizarse la vida y la integridad estableciendo una restricción de la hora máxima de apertura de un establecimiento? Están en juego tanto la tranquilidad y seguridad de los vecinos de Miraflores como también la seguridad, vida e integridad física de las personas que trabajan en los locales y de sus concurrentes. ¿Puede la vida, seguridad e integridad física de los trabajadores y concurrentes de los establecimientos de la zona bajo restricción garantizarse restringiendo el horario máximo de apertura del mismo? La respuesta es negativa.
31. La restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para la prosecución del objetivo que se propone la Municipalidad. En efecto, la protección de la integridad, la vida y la seguridad de los trabajadores de los establecimientos comerciales así como de los concurrentes a ellos puede proveerse a través de la implementación de un adecuado servicio de la Policía Nacional y del servicio de Serenazgo de la propia Municipalidad e, incluso, establecerse como deber de los propios establecimientos comerciales, resultante de los servicios que brindan. En suma, la protección de aquellos derechos puede lograrse a través de un mayor y más adecuado servicio de seguridad, mas no a través de la restricción de los horarios de atención nocturnos y de madrugada.
32. Podría restringirse, incluso más, tal horario, pero ello no garantizaría la vida, la seguridad y la integridad de los trabajadores y de los concurrentes a los establecimientos. Este planteamiento se basa en una presuposición no exacta, consistente en que en tanto los establecimientos estén abiertos hasta altas horas de la noche o hasta la madrugada, tanto más embriagados podrían estar los concurrentes y, así, ocasionar peligro en el resto de personas o, también, exponer aquellos su propia vida, seguridad e integridad. La inexactitud de tal presuposición reside en que omite que otro sector de concurrentes no opta por la ingesta de bebidas alcohólicas hasta el nivel de embriaguez, sino por la realización de actividades de diversión (baile, canto o la simple conversación), acompañada de la ingesta moderada de bebidas

alcohólicas o, sencillamente, por la ingesta de bebidas no alcohólicas. En suma, no todos los concurrentes optan por la ingesta de bebidas hasta el nivel de la embriaguez, de modo que la mencionada suposición no es exacta y, por ello, no puede servir de premisa para fundamentar la medida restrictiva de la Ordenanza.

33. En consecuencia, la restricción de la Ordenanza es una medida inadecuada para la protección de los derechos de las personas que trabajan en establecimientos y de las personas que concurren a los mismos. Esta conclusión podría conducir a que la restricción de la Ordenanza sea declarada inconstitucional; sin embargo, como a continuación se analiza, ella sí representa una medida *proporcional*, esto es, idónea, necesaria y ponderada, a efectos de proteger determinados derechos fundamentales de los residentes en las zonas aledañas a aquélla donde opera la restricción analizada.

§4.2 ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD II

34. El *objetivo* de la medida es la protección de la tranquilidad y el estado de salud de los vecinos residentes en las zonas aledañas a aquélla donde opera la restricción analizada. En efecto, como es de público conocimiento, en la zona de restricción se produce un ruido que razonablemente puede considerarse como perturbador del sueño de los vecinos de la zona y, por tanto, el permitir que tal ruido se produzca en los horarios que opera la restricción y que corresponden justamente a los horarios de descanso o del dormir de las personas, perturbaría intensamente el desarrollo de estas necesidades humanas.
35. El ruido que se produce en la zona de restricción origina una *contaminación acústica* de considerable magnitud y se origina, por lo menos, en tres factores. Los elevados ruidos procedentes de la música de los establecimientos, pubs, discotecas y de otros. Por otra parte, el desplazamiento de los concurrentes a los establecimientos de la zona de la restricción y la evacuación de los mismos hasta altas horas de la noche o de la madrugada ocasionan ruidos provenientes tanto de las conversaciones de aquellos como también del tráfico de vehículos en la zona de restricción que traslada a los concurrentes.
36. En suma, el *objetivo* de la restricción es evitar la contaminación acústica de la zona aledaña a la de la restricción. Tal objetivo tiene como *fin* o se justifica en el *deber de protección* del poder público, en este caso de la Municipalidad, con respecto a los derechos al medio ambiente (*entorno acústicamente sano*) y a la tranquilidad y el derecho a la salud de los vecinos que residen en las zonas aledañas donde opera la restricción. En conclusión, siendo el fin de la restricción la protección de estos derechos, hay un fin constitucional legítimo que ampara su adopción.
37. *Análisis de idoneidad.* La medida restrictiva constituye un medio adecuado o apto para la prosecución del *objetivo*. La restricción del horario de atención de los establecimientos introducida por la Ordenanza, justamente en las horas de descanso o del dormir de las personas, impide que la elevada contaminación acústica de la zona continúe durante las horas de descanso o del dormir de las personas, posibilitando de ese modo un entorno acústicamente sano para el desarrollo normal de aquellas necesidades.
38. *Análisis de necesidad.* La restricción es un medio necesario dado que no hay *medidas alternativas, igualmente eficaces*, que posibiliten un *entorno acústicamente sano (objetivo)* en las zonas aledañas a la de la restricción. Evidentemente, existen medios alternativos, pero que no son igualmente eficaces, como el permitir prolongar el horario de apertura con el establecimiento de niveles de decibelios tope en los establecimientos; sin embargo, resulta evidente que ello no eliminaría el sonido de la música en la zona y la contaminación acústica resultante de los otros factores de contaminación que seguirían produciendo sus efectos lesivos, de modo que no se lograría el entorno acústicamente sano requerido para la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud. Por el contrario, la restricción del horario de atención en los establecimientos en las horas determinadas en la Ordenanza constituye un medio *más eficaz* para posibilitar un *entorno acústicamente sano* que la mencionada alternativa hipotética. En consecuencia, si bien existe al menos una medida alternativa a la restricción examinada, dicha medida no es igualmente eficaz y, por tanto, la restricción examinada constituyó un medio *necesario* para la protección de los derechos al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud de los vecinos de las zonas aledañas a la de la restricción.
39. *Análisis de ponderación.* Para efectuar este análisis es preciso identificar los derechos constitucionales y/o bienes constitucionales que se hallan en conflicto. Hemos dejado establecido que el *fin constitucional*

de la restricción es la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad y del derecho a la salud. Por su parte, la restricción constituye una *intervención* o limitación de la libertad de trabajo de los propietarios de los establecimientos comerciales de la zona restringida (los miembros de la asociación demandante) y, además, una *intervención* del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a los establecimientos de la zona restringida.

40. En esta estructura, el derecho a la libertad de trabajo y al libre desenvolvimiento de la personalidad constituyen los derechos intervenidos o restringidos con la restricción examinada. Frente a ello se tiene los derechos al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud, como los derechos por cuya protección se adopta la restricción examinada.
41. Por tanto, la ponderación tiene lugar, entonces, ante el conflicto del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (de los vecinos de la zona restringida), frente a la libertad de trabajo y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (de los propietarios de los establecimientos y de los concurrentes, respectivamente).
42. La estructura del examen de ponderación ha sido definida por este Tribunal Constitucional, con motivo de examinar una restricción en la libertad de trabajo, señalándose que “Conforme a éste [-la ponderación-] se establece una relación según la cual *cuanto mayor es la intensidad de la intervención de la libertad de trabajo, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional*. Si tal relación se cumple, entonces, la intervención en la libertad de trabajo habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la libertad de trabajo sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en dicha libertad no estará justificada y será inconstitucional.”^[1]
43. Dado que la restricción examinada interviene también en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, la formulación de la ponderación en el presente caso habría de integrar este derecho, de modo que resultaría formulada en los siguientes términos:

“cuanto mayor es la intensidad de la intervención en la libertad de trabajo y en el libre desenvolvimiento de la personalidad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización de la protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (fin constitucional).”

Corresponde ahora examinar cada una de las *intensidades* y los *grados de realización* a efectos de que posteriormente pueda analizarse si se cumple o no esta *ley de ponderación*. La valoración de las *intensidades* puede ser catalogada como: grave, medio o leve^[2], escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil^[3]. Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los *grados de realización* del fin constitucional de la restricción.

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

§5. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD

45. El *derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad* no se halla enunciado literalmente en la Constitución de 1993, como sí lo estuvo por la Constitución de 1979. En efecto, el artículo 2, inciso 1, de ésta establecía que toda persona tiene derecho:

“A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad.” (énfasis añadido)

46. Aun cuando el artículo 2, inciso 1, de la Constitución vigente, cuando menciona el derecho de la persona al “libre desarrollo y bienestar” pudiera interpretarse como alusivo al libre desenvolvimiento de la personalidad, tal interpretación no sería del todo correcta ya que *desarrollo y bienestar*, dotan de un contenido o, al menos, de una orientación, en los que habría de interpretarse la libertad de actuación. Por el contrario, el objeto de protección de la libertad de actuación es la simple y llana conducta humana, desprovista de algún referente material que le otorgue algún sentido –desarrollo y bienestar-. Por ello, corresponde examinar si hay otra vía a efectos de considerarlo como un derecho conformante de nuestro ordenamiento constitucional.
47. El libre desenvolvimiento de la personalidad constituye un *derecho fundamental innominado o implícito* que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona (arts. 1 y 3, Constitución). En efecto, la valoración de la persona como centro del Estado y de la sociedad, como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad.
48. El Tribunal Constitucional alemán, en el célebre caso Elfes^[4], interpretar este clásico enunciado de la *Ley Fundamental* alemana, -la Constitución de ese país- en su artículo 2.1, entendiendo que el contenido o ámbito de protección del derecho al *libre desenvolvimiento de la personalidad* comprende la “libertad de actuación humana en el sentido más amplio”, la “libertad de actuación en sentido completo”^[5]. Se trata, entonces, de un “derecho autónomo que garantiza la libertad general de actuación del hombre”^[6] y que no se confunde con la libertad de la actuación humana “para determinados ámbitos de la vida” que la Constitución ha garantizado a través de específicos derechos fundamentales^[7], tal como sería el caso de las libertades de expresión, trabajo, asociación, etc.
49. En el caso concreto, los concurrentes a los establecimientos comerciales de la zona de la *Calle de las Pizzas*, tales como discotecas, pubs, karaokes, etc., en suma, los actos de esparcimiento o de mera diversión de las personas que concurren a estos lugares constituyen conductas que se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. Es decir, el jolgorio, el esparcimiento, la diversión y conductas análogas de la persona son actos de ejercicio del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad y, por ello, se hallan garantizados bajo el ámbito de protección de este derecho fundamental. Con ello no desconoce el Tribunal Constitucional que el artículo 2, inciso 22, alude como derecho el “disfrute del tiempo libre”, pero debe observarse que éste no significa sino una concreta manifestación del derecho general al libre desenvolvimiento de la personalidad y, por ello, de la condición digna de la persona.
50. En consecuencia, no se trata de conductas irrelevantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales, sino, de modo totalmente contrario, del ejercicio de un derecho fundamental y que, como tal, exige también su garantía. Esto implica que el poder público no debe considerarlas bajo la idea de tolerarlas, sino como ejercicio de un derecho. Pero, como todo derecho, él no es absoluto y su ejercicio debe guardar armonía con los derechos fundamentales de otras personas y, desde luego, con un bien de relevancia constitucional de significativa entidad como es el orden público. Se trata, en suma, de que su ejercicio deba satisfacer el principio de *concordancia práctica*.
51. En efecto, la restricción de los horarios de apertura de los establecimientos en la *Calle de las Pizzas* constituye una *restricción o intervención* en el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a dichos establecimientos, pues tal derecho les garantiza su visita a estos lugares.
52. En principio, se está ante una restricción legítima que tiene como propósito la salvaguarda del derecho al medio ambiente, la tranquilidad y a la salud, de los vecinos de la zona de restricción. Por otra parte, como se advirtió, no existe medio hipotético alternativo que pueda cumplir tal cometido.
53. Ahora bien, la intensidad de la intervención en el libre desenvolvimiento de la personalidad de los concurrentes a los establecimientos de la zona restringida es *leve*. Se trata de una *restricción temporalmente parcial*, limitada a determinadas horas, no de una *restricción total*. Esto significa que los concurrentes pueden divertirse y encontrar un espacio de esparcimiento en la *Calle de las Pizzas* durante

buena parte de la noche e, incluso, de la madrugada, pero no durante toda la noche, hay un margen temporal suficientemente razonable para que las personas puedan recrearse en este espacio de Miraflores. Por otra parte, se trata de una restricción *espacialmente parcial*, no *total*; es decir, los concurrentes pueden optar por lugares alternativos a los de la zona bajo restricción, donde no exista esta o, por último, en los domicilios de los mismos. Por tanto, la restricción del libre desenvolvimiento de la personalidad es de intensidad *leve*.

54. El grado de realización de la protección del derecho al medio ambiente y a la tranquilidad es *elevado*. El derecho al medio ambiente adecuado está garantizado por el artículo 2, inciso 22, de la Constitución. Este derecho comprende, entre otros aspectos, la garantía de un entorno acústicamente sano. La mejor forma de alcanzar este objetivo es posibilitando un ambiente silente, lo que es particularmente importante durante las horas nocturnas y de madrugada, objetivo que se alcanza justamente a través de la restricción de los horarios examinada.
55. El grado de realización de la protección del derecho a la salud es *elevado*. El descanso y el dormir habitual de la persona durante la noche constituye un elemento indispensable para la recuperación de energía, por ello, su disfrute posibilita un estado de salud pleno. Por el contrario, su perturbación o interrupción como consecuencia de ruidos molestos, de un entorno acústicamente contaminado, como el que ocasionaría el funcionamiento nocturno sin límites de horarios en los establecimientos de la *Calle de las Pizzas*, ocasionaría una afectación grave del derecho a la salud. En tal sentido, la medida restrictiva analizada constituye un medio a través del cual se alcanza una *elevada* realización del derecho a la salud. La salud, por su importancia, no puede protegerse a través de medios que den paliativos frente a los factores que la afectan o que la ponen en peligro, sino a través de medios plenamente efectivos, de modo que se garantice con eficacia el derecho a la salud de las personas.
56. En consecuencia, se tiene que la intensidad de la intervención es *leve*, mientras que el grado de realización del fin constitucional es *elevado*. Expuesto en otros términos, conforme a la ponderación efectuada se concluye que, en la restricción del horario de atención examinada, resulta que el grado de limitación de la libertad de trabajo y del libre desenvolvimiento de la personalidad es *leve*, mientras que el grado de protección del derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud es *elevado*. Por consiguiente, la medida adoptada satisface la *ley de ponderación* y, por tanto, es constitucional.

§6. CLAUSURA DEFINITIVA COMO SANCIÓN CONTRARIA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD E IRRAZONABLE

57. La Ordenanza N.º 212 establece en su artículo segundo como sanción una multa equivalente a 1 UIT y como medida complementaria la clausura definitiva. Esta norma no resulta contraria al principio de razonabilidad. La grave intensidad de la afectación que un entorno acústicamente sano ocasiona en el derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y, de modo importante, a la salud, justifican que la Municipalidad pretenda introducir un efecto disuasorio de máxima magnitud de posibles infracciones de los límites de horarios, a través de drásticas sanciones. Esta finalidad preventiva general o intimidatoria de la sanción administrativa a través de una drástica sanción resulta proporcional o acorde a la magnitud de la grave afectación que la contaminación sonora nocturna puede ocasionar en los vecinos de la zona de la restricción. La elevada magnitud de la sanción se corresponde, aquí, al elevado grado de afectación de derechos que la infracción puede ocasionar.

§7. DEBIDO PROCESO Y REVOCACIÓN UNILATERAL DE LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO

58. El derecho al debido garantiza (art. 139º, inciso 3, Constitución) a toda persona que cualquier acto que incida en la esfera subjetiva de sus derechos, debe estar precedido de un procedimiento donde aquélla pueda ejercer de manera plena los derechos que componen el derecho al debido proceso, en particular, el derecho de defensa. En tal sentido, los actos del poder público que inciden en los derechos de la persona y que están desprovistos de un procedimiento previo donde se hayan cumplido aquellas garantías, afectan el derecho al debido proceso.
59. El artículo 4º de la Ordenanza N.º 212 establece lo siguiente:

“(…) déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas.”

60. Esta disposición resulta contraria al derecho al debido proceso. La Municipalidad demandada no puede revocar licencias sin que haya precedido un procedimiento, en cada caso, esto es, con respecto a la situación individual de cada titular de los establecimientos comerciales ubicados en la zona que se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la Ordenanza.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda; en consecuencia:
2. Declarar **INCONSTITUCIONAL** el artículo 4° de la Ordenanza N.º 212, expedida por la Municipalidad Distrital de Miraflores, únicamente en el extremo que dispone: “déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas”
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en cuanto al resto de vicios de inconstitucionalidad alegados.
4. Declarar **INFUNDADA** la excepción de representación defectuosa de la demandante.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN

VERGARA GOTELLI

EXP. N.º 00007-2006-PI/TC

LIMA

ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES

SAN RAMÓN Y FIGARI

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Formulo este voto singular, cuyos argumentos principales expongo a continuación:

- a) El objeto de la demanda de autos es que se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza N.º 212-2005 y de la Ordenanza N.º 214-2005, emitidas por la Municipalidad Distrital de Miraflores, las cuales establecen restricciones en el horario de funcionamiento y atención al público de los locales y establecimientos comerciales ubicados en los Pasajes San Ramón y Figari, conocida como “Calle de las Pizzas” y demás zonas de influencia, constituidas por la Av. Óscar Benavides (Diagonal), cuadras 3 y 4; calle Berlín, cuadras 1, 2 y 3; y calle Bellavista, cuadras 1 y 2.
- b) Dichas ordenanzas disponen que los locales y establecimientos comerciales ubicados en las calles antes referidas cesarán sus actividades : i) De domingo a jueves a las 01:00 horas del día siguiente; y, ii) Los días viernes, sábado y vísperas de feriado a las 02:00 horas del día siguiente.
- c) Debo dejar constancia, en principio, que comparto, por los mismos fundamentos, el pronunciamiento que declara inconstitucional el artículo 4º de la Ordenanza N.º 212, en la parte que dispone “déjese sin efecto todas las Licencias Especiales dadas a la fecha, para los establecimientos comerciales ubicados en las referidas zonas”. Del mismo modo, considero también que la excepción de representación defectuosa de la demandante debe desestimarse.
- d) No obstante, disiento de éste respecto al extremo por el que se declara “infundada la demanda en cuanto al resto de vicios de inconstitucionalidad alegados” por las siguientes razones.
- e) La igualdad ante la ley es un principio jurídico constitucional que, entre otros aspectos, persigue tratar con igualdad en lo que somos iguales y, de diversa manera, en lo que somos diferentes. Así, para establecer cuándo se está frente a una medida que implica trato desigual y, cuándo frente a una medida que solamente establece diferenciación, es necesario evaluar lo que la doctrina ha venido en denominar la razonabilidad. Ahora bien, si la desigualdad nace de la ley, debe determinarse, primero, si existe una causa objetiva y razonable que la fundamente. Luego, si dicha desigualdad está desprovista de una justificación también objetiva y razonable, debe haber una relación de proporcionalidad entre medios y fin; o, lo que es lo mismo, que los motivos que se alegan para justificar la desigualdad sean razonables. Y, por último, si el trato que se cuestiona genera o no consecuencias diferentes entre dos o más personas. Como es de verse, lo fundamental es el examen dentro de la norma para encontrar las razones que puedan justificar la desigualdad.
- f) En ese sentido, considero que las impugnadas ordenanzas –que regulan el horario máximo de funcionamiento de los establecimientos comerciales ubicados en la denominada “Calle de las Pizzas” y

demás zonas de influencia– resultan incompatibles con la Constitución Política del Estado, pues del examen de éstas no se advierte, la razón que justifique el trato desigual con respecto a otros locales del mismo género ubicados en el mismo distrito, ni tampoco que los motivos que se alegan para justificarla sean razonables. Por el contrario, tal trato genera consecuencias diferentes entre los establecimientos comerciales ubicados en las zonas materia de regulación con respecto a aquellos ubicados en el mismo distrito de Miraflores, pero en otras ubicaciones, por lo que, en ese sentido y, como se expone a continuación, es el derecho a la igualdad en la ley, constitucionalmente previsto por el inciso 2) del artículo 2º de la Norma Fundamental, el que ha sido lesionado.

- g) En principio, estimo oportuno precisar que, respecto a la invocada protección de la vida e integridad de las personas que laboran y concurren a dichos locales, así como en cuanto a la conservación del orden y la preservación de la seguridad ciudadana, como razones que justifican la expedición de las ordenanzas, es evidente que la restricción del horario de atención no constituye una medida idónea para los fines que persigue la Municipalidad, pues incluso hasta antes de las 02:00 horas podría perfectamente presentarse alguna situación que atente contra alguno de los derechos y valores antes mencionados. Para ello, la comuna debe adoptar las medidas que tanto la Constitución como su Ley Orgánica le prevén, como por ejemplo un mejor y más adecuado servicio de seguridad, sea a través del Serenazgo o con el apoyo de la Policía Nacional.
- h) A mi juicio, dichas ordenanzas resultan incompatibles con la Constitución, pues en el término de distinción que establece –referido a la protección del derecho a la paz y la tranquilidad y a gozar de un medio ambiente equilibrado de los vecinos residentes en las zonas aledañas, como justificación de las ordenanzas–, no existe ni una causa objetiva y razonable que fundamente la desigualdad, ni tampoco una debida justificación respecto del por qué de ella, no siendo, en consecuencia, ni razonable ni proporcional la diferencia establecida, pues, además, se generan consecuencias distintas entre los locales comerciales situados en la zona objeto de regulación, respecto de aquellos ubicados en el resto del distrito miraflorentino.
- i) En efecto, la Municipalidad Distrital de Miraflores, con tal decisión, esto es, la de restringir el horario de atención de determinados locales comerciales a efectos de proteger la salud y tranquilidad de los vecinos –y no hacer lo mismo con los otros establecimientos–, por el hecho de su ubicación, privilegia a un grupo de ellos con respecto a los demás, pues quienes se ubican en zonas distintas pueden continuar operando. Como consecuencia de ello, además, la comuna emplazada lesiona el derecho a la libertad de empresa.
- j) Si bien es cierto constituye una finalidad legítima que la emplazada persiga proteger los derechos a la paz y la tranquilidad, a un medio ambiente sano y equilibrado y a la salud de sus vecinos, no puede, *so* pretexto de ello, adoptar medidas como las ordenanzas impugnadas en autos, que establecen un trato discriminatorio de unos respecto de otros y que, como corolario, terminan por afectar la libertad de empresa de sólo algunas empresas, por el sólo de hecho de estar ubicadas en determinado ámbito de su jurisdicción. Si en el ejercicio de sus competencias constitucionalmente previstas en el numeral 195.8 de la Constitución pretende regular las actividades y/o servicios en materia de recreación y, con ello, proteger los derechos de sus vecinos, entonces corresponderá que una medida de tal naturaleza sea adoptada en todo el distrito, y no sólo en una parte de él.
- k) Por lo demás, si los motivos adicionales que se alegan para justificar la medida, y que constan de la contestación de la demanda, son aquellos constituidos por problemas de seguridad –prostitución y drogas (sic)–, es precisamente la Municipalidad Distrital de Miraflores la que, en ejercicio de sus competencias previstas en el artículo 73º de la Ley Orgánica de Municipalidades, deberá adoptar las medidas necesarias para dar solución a dicha problemática.
- l) Por ello, soy de la opinión que la demanda debe ser declarada fundada y, por tan virtud, inconstitucionales las Ordenanzas N.ºs 212-2005 y 214-2005, expedidas por la Municipalidad Distrital de Miraflores.

S.

MESÍA RAMÍREZ

[1] STC 8726-2005-PA/TC, fundamento N.º 22.

[2] Cfr. STC 0045-2005-PI/TC, fundamento N.º 35, recogiendo la escala propuesta por Alexy, Robert *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 60.

[3] *Ibid.*

[4] Caso Elfes: BVerfGE 6, 32. La sentencia data del 16 de enero de 1957.

[5] *Ibid.*, 36

[6] *Ibid.*, 36-37

[7] *Ibid.*, 37