



Strasbourg, 26 February 2019

CDL-JU(2019)008
Spanish only

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW
(VENICE COMMISSION)

In co-operation with
THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOLIVIA

INTERNATIONAL CONFERENCE

**Constitutional Justice
and the Principle of Proportionality**

**Sucre, Bolivia
7 December 2018**

REPORT

**Informe sobre el principio o test de proporcionalidad en la
jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano**

**Sr Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA
Magistrado del Tribunal Constitucional de Perú,
Miembro suplente de la Comisión de Venecia (Perú)**

This document will not be distributed at the meeting. Please bring this copy.
www.venice.coe.int

I. Introducción

El test o examen de proporcionalidad se ha vuelto un estándar universalizado, que se ha extendido prácticamente por todos los rincones del mundo¹ y por diversas áreas del Derecho². Su gran ventaja es que permite resolver conflictos entre o con disposiciones que tienen la estructura de “principios” (como suele considerarse a las disposiciones que reconocen derechos fundamentales).

Más precisamente sobre la “ponderación”, que forma parte del examen de proporcionalidad, es concebida como el método adecuado para resolver conflictos entre principios, esto en contraposición a la metodología de la “subsunción”, vinculada con la aplicación de reglas³.

Ahora, si bien existen discusiones sobre el contenido o los alcances del examen de proporcionalidad, la versión más difundida, y que sin duda usamos preferentemente en el Perú, entiende al test como conformado por tres subexámenes (siguiendo ciertamente los planteamientos de Robert Alexy).

De este modo, frente a una medida que interviene o restringe un derecho fundamental deberá analizarse si esta se encuentra constitucionalmente justificada, lo que requiere llevar a cabo los exámenes de “idoneidad” (o “adecuación”), de “necesidad” y de “proporcionalidad en sentido estricto” (o de “ponderación”)⁴. Expresado de manera resumida, conforme al “examen de idoneidad” debe evaluarse si la referida medida es *idónea* para alcanzar la finalidad que pretende satisfacer (finalidad, por cierto, que debe tener un sustento constitucional). Luego, mediante el “examen de necesidad” deberá evaluarse si existen otras medidas que también puedan ser adecuadas para alcanzar la finalidad que busca la medida, pero que impliquen un menor sacrificio para el derecho intervenido. Finalmente, y una vez superados ya los dos pasos anteriores, conforme al “examen de proporcionalidad en sentido estricto,” deberá analizarse si el sacrificio que se producirá en el derecho afectado se encuentra justificado o no en atención al grado de realización del principio que justifica la intervención. Ello, añadido, permitirá por ejemplo, luego sustentar si nos encontramos ante un supuesto de vulneración o frente a uno de amenaza de vulneración de un derecho.

Con un tenor más bien introductorio, en el presente informe daré cuenta sobre el contenido y los alcances de la noción de “proporcionalidad” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú. A estos efectos me referiré a los casos más emblemáticos, aquellos en los cuales la proporcionalidad ha sido utilizada como “examen” o “test”.

¹ Cfr. BARAK, Aharon. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra, Lima, 2017, p. 205 y ss; BERNAL PULIDO, Carlos. “La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa”. En: *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Tomo IV, volumen 1 (Estado constitucional), Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Diego Valadés (coordinadores), UNAM, México D. F., 2015, p. 235 y ss.

² Cfr. SCHLINK, Bernhard. “El principio de proporcionalidad”. En: *La ponderación en el Derecho*. Eduardo Montealegre, Nathalia Bautista y Luis Felipe Vergara (Coordinadores). universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 119-120.

³ ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N.º 91, enero-abril de 2011, pp. 12-13.

⁴ Cfr. ALEXY, Robert. “Principios formales. Algunas respuestas a los críticos”. En: Jorge Portocarrero (editor). *Ponderación y discrecionalidad. Un debate en torno al concepto y sentido de los principios formales en la interpretación constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 27; ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”. Ob. cit, pp. 13 y ss.

Así, en el primer acápite del presente informe se explicarán algunas cuestiones terminológicas que surgieron inicialmente en la jurisprudencia constitucional peruana (en especial, me referiré a la distinción entre “razonabilidad” y “proporcionalidad” en el marco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia). Haré además un repaso de aquellos casos más representativos dentro de los cuales se utilizó el “examen de proporcionalidad”, incluyendo una breve referencia sobre las cuestiones de mayor complejidad o especificidad que allí fueron abordadas, algunas de las cuales están relacionadas con las variables de la denominada “fórmula del peso”.

II. Distinciones terminológicas. En especial, sobre las confusiones entre razonabilidad y proporcionalidad

El Tribunal Constitucional peruano se enfrentó a una primera cuestión: la de distinguir entre las nociones de proporcionalidad y razonabilidad.

En primer lugar, necesario es anotar cómo este Tribunal ha considerado a la razonabilidad como un principio sustantivo, relacionado con la interdicción de la arbitrariedad. Desde esta perspectiva, se considera como una noción vinculada con lo “razonable”, a la necesidad de limitar cualquier exceso de poder. Esta idea de razonabilidad se encuentra relacionada con el “debido proceso sustantivo” al que alude la V (Quinta) enmienda de la constitución estadounidense.

“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”.
STC Exp. N° 1803-2004-AA/TC, f. j 12

Por otra parte, la razonabilidad ha sido entendida también como un análisis o “examen” que permite evaluar la constitucionalidad de una medida. Al respecto, se señala que es un juicio orientado a determinar si una medida que interviene en un derecho fundamental está dirigida o no a proteger un bien de relevancia constitucional.

“Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”.
STC Exp. N° 02235-2004-AA/TC, f. j. 6

Ahora bien, entendida así la razonabilidad, surgió inicialmente la duda –duda meramente conceptual– acerca de si la razonabilidad era un examen diferente al test de proporcionalidad, o si más bien se le debería entender como parte de este.

“Es conveniente precisar que la verificación de la legitimidad del fin que se persigue con la diferenciación no forma parte del juicio de proporcionalidad sino que es un requisito que debe ser examinado de modo previo a tal juicio, resultando indispensable para que este pueda ser realizado. No tendría ningún sentido examinar si una medida legislativa resulta proporcional con el fin que se

pretende si previamente no se ha verificado si el mencionado fin es contrario al sistema de valores de la Constitución”.

STC Exp. N° 00004-2006-AI/TC, f. j. 134

“[L]a razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de este es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad (...) [E]l principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”.

STC Exp. N° 00045-2004-AI/TC, ff. jj. 39 y 40

Lo cierto es que hay jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en distinto sentido, incluyendo varias otras formas, que hoy podríamos considerar como “atípicas”, de entender la relación entre la razonabilidad y la proporcionalidad (por ejemplo, la STC 0090-2004-AA; STC 0050-2004-AI y otros (acumulados) y STC 2192-2004-AA). En cualquier caso, cuando se trata de analizar la constitucionalidad de una medida, actualmente el Tribunal Constitucional del Perú suele referirse de manera directa al examen de proporcionalidad, sin aludir al test o examen de razonabilidad.

Por otra parte, una distinción que también vale la pena destacar es la que se puede hacer entre la razonabilidad y la proporcionalidad entendidas como “principio” por una parte (que podría aludir, por ejemplo, a la interdicción de arbitrariedad, a la prohibición de excesos), o como “test” por otra (que tendría que ver con los pasos que hay que seguir para evaluar si una determinada medida es constitucional o no: finalidad constitucional, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Al respecto, lamentablemente puede constatarse cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú usa indistintamente la denominación “principio” y “test”, para referirse a lo mismo; y en especial, al examen de proporcionalidad lo denomina tanto “principio”, “test”, “examen” o “juicio”, etc. Esto, que podría ser una cuestión meramente nominal, en ocasiones ha generado resultados ciertamente poco técnicos, debido precisamente a la confusión de los planos (cfr. STC 0535-2009-PA)

III. Casos emblemáticos del uso del examen de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵

A través de los años el uso del “examen de proporcionalidad” se ha ido consolidando como un estándar privilegiado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al momento de resolver conflictos con y entre derechos constitucionales (reconocimiento que, valga señalar, ha tenido vaivenes en tanto en el contenido atribuido al test como en su uso riguroso).

De esta manera, hoy puede afirmarse, cuando menos desde una perspectiva dogmática, que para el Tribunal Constitucional peruano la existencia de un conflicto

⁵ Para los resúmenes de las SSTC 0011-2013-PI, 2437-2013-PA, 0032-2010-PI, 0815-2007-HC y 05157-2014-AA hemos utilizado, básicamente, los reportes de jurisprudencia sobre el examen de proporcionalidad y la “fórmula del peso” que aparecen en SOSA SACIO, Juan Manuel. “Los límites de la “fórmula del peso” y las ventajas de su representación como diagrama de Atienza”. Tesis para optar el grado de Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, Alicante, 2017.

relacionado con los derechos fundamentales implica, *prima facie* o tendencialmente, la necesidad de utilizar el test de proporcionalidad para resolver dicho tipo de controversia. Asimismo, es claro que, en atención a la influencia de esta corte constitucional, para por lo menos la mayoría de académicos peruanos(as) y para los órganos jurisdiccionales ordinarios de este mismo país el examen de proporcionalidad se ha constituido en una herramienta metodológica indispensable, y hasta obligatoria⁶, para resolver conflictos iusfundamentales.

Señalado esto, la tendencia asentada ha sido a formular el test de proporcionalidad como un mecanismo para analizar o, mejor aún, comparar la intensidad del sacrificio que se produce en el derecho intervenido con el grado de optimización de la finalidad que se pretende concretar con la medida. Esto tiene una estrecha relación con la llamada “ley de la ponderación”, formulada por el profesor alemán Robert Alexy: “Cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de satisfacción del otro”⁷.

“No obstante lo dicho, existen supuestos en los cuales el examen del polígrafo sí se encontraría constitucionalmente justificado pues, como se ha dicho en reiterada y constante jurisprudencia, ningún derecho fundamental es absoluto, sino que puede ser sometido a restricciones o limitaciones, a condición de que éstas sean en definitiva razonables y proporcionales, por derivarse de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes en conflicto. Así pues, la vida de las personas, la defensa y la seguridad nacional, así como los poderes del Estado y el orden constitucional constituyen algunos de los intereses especiales que justificarían la realización del examen del polígrafo”.

STC Exp. N° 00273-2010-AA 3 y 4

Asimismo, otra tendencia jurisprudencial asentada en nuestro medio es la de entender al test de proporcionalidad como dividido en tres subexámenes: el de idoneidad o adecuación (que incluye, por lo general, el análisis sobre si la medida intervenida cuenta o no con una finalidad constitucional), el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto (con los contenidos que habitualmente se les reconoce por la doctrina. Esto por influjo de la obra de Alexy).

Entre los principales casos, o los más emblemáticos, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, en los cuales se utilizó el examen de proporcionalidad para resolver una controversia, tenemos los siguientes:

1. STC 0045-2004-AI, caso Profa 1, sobre derecho a la igualdad

En este caso se buscaba establecer si, en el marco de concursos públicos para acceder a la carrera judicial, “el otorgamiento de una bonificación de hasta un 10%, del total del puntaje obtenido” a favor de los abogados que hayan cursado el programa de formación de aspirantes de la Academia de la Magistratura (“Profa”), y también a favor

⁶ De hecho, de diferentes modos, el Tribunal Constitucional espera de los órganos jurisdiccionales que conozcan y utilicen el examen de proporcionalidad al resolver sus controversias. En especial, el Tribunal tiene reiterada jurisprudencia mediante la cual se indica que uno de los supuestos en los cuales puede corregirse una motivación constitucionalmente defectuosa de la justicia ordinaria es cuando en este ámbito se ha empleado erróneamente el examen de proporcionalidad (conforme a la “fórmula Schneider”).

⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Segunda edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007, p. 138.

de los magistrados titulares del Poder Judicial y el Ministerio Público, era constitucional o no.

Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú utilizó el llamado “test de igualdad”, que, en el caso peruano, fue básicamente planteado y concebido como una versión extendida del “test de proporcionalidad”, el cual aplicado cuando se quiere analizar posibles trasgresiones del derecho a la igualdad en el contenido de la ley.

En lo que concierne al examen vinculado específicamente con el análisis de proporcionalidad, el Tribunal resolvió lo siguiente: Sobre el *subtest de idoneidad*, se indicó que la medida que establece el puntaje tiene como finalidad contar con una judicatura idónea (con formación adecuada y especializada), y esto efectivamente se consigue contando con una judicatura experimentada, y sobre todo si se apuesta por una judicatura preparada.

Sobre el análisis de necesidad, el Tribunal encontró que, como medida alternativa para lograr una judicatura idónea, podría preverse “una preparación específicamente orientada a suministrar aspectos específicos que la experiencia judicial provee”, o también una formación como la que se brinda con el Profa, capacitación que podría brindarse “una vez que el postulante ya ha ingresado a la magistratura”. Estas medidas, debido a que no implican mayor diferenciación para postular, no serían lesivas del derecho a la igualdad. Siendo así, la bonificación analizada no habría superado el análisis efectuado y, por ende, es inconstitucional.

2. STC 00025-2005-AI y otro, caso Profa 2, sobre igualdad en el acceso a la carrera pública

Posteriormente al caso Profa 1, el Tribunal Constitucional analizó una cuestión similar en el caso conocido como Profa 2. En esta nueva oportunidad el órgano colegiado que hoy integro como Magistrado evaluó si existía una eventual lesión del derecho a “al acceso a la función pública e condiciones de igualdad”, pues se exigía como requisito obligatorio para postular la aprobación previa del Profa.

En lo que concierne al examen de proporcionalidad, el Tribunal empezó estableciendo que la finalidad de esta medida era el “principio constitucional de idoneidad de la administración de justicia” y que el objetivo era contar con una “magistratura (jueces y fiscales) idónea”. Realizado el *análisis de idoneidad*, el Colegiado consideró que “la aprobación del PROFA extendido por la Academia de la Magistratura es conducente a la consecución de una magistratura idónea”. Ello en el entendido de que *prima facie* “la exigencia de la aprobación del PROFA como requisito para la postulación al concurso para la magistratura” implicará que “los abogados que sean nombrados magistrados serán magistrados idóneos”.

Con respecto al *análisis de necesidad*, el Tribunal señaló que puede alcanzarse una magistratura idónea a través de otras medidas menos lesivas del derecho, por ejemplo, permitiendo la postulación a todos los abogados, y luego condicionando el ejercicio del cargo a quienes aprueben el Profa (“condicionado su nombramiento como juez a la superación de tal curso”).

3. STC 0007-2006-AI, caso “Calle de las Pizzas”, sobre horario máximo de funcionamiento de locales comerciales

En el caso se analiza si las restricciones en el horario de atención de locales abiertos al público en la zona conocida como “Calle de las Pizzas” y zonas de influencia (barrio comercial de la ciudad de Lima), establecido a través de una ordenanza expedida por la Municipalidad de Miraflores, es constitucional o no. La ordenanza cuestionada disponía un horario máximo de funcionamiento de domingo a jueves hasta la 1 a.m. del día siguiente, y en los días viernes, sábado y vísperas de feriado hasta las 2.00 a.m. del día siguiente.

Específicamente, y en lo que concierne a la finalidad de la medida, el Tribunal encuentra que con la ordenanza se estaría buscando promover “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”. Sin embargo, al momento de realizar el *examen de idoneidad* (aunque de manera desordenada), se señala que la norma presupone que las personas se quedan hasta tarde se embriagan hasta el punto de poner en “peligro en el resto de personas” así como “su propia vida, seguridad e integridad”, cuando en realidad, según anota el Tribunal peruano, “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”. Siendo así, el Tribunal inicialmente considera que no se supera el examen de idoneidad.

Además de ello, el Tribunal peruano sostuvo asimismo (lo cual se asemeja a un examen de necesidad) que 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”. En este sentido, el órgano colegiado estaría señalando que existe una medida alternativa.

Ahora bien, y cuando se analiza de manera específica el objetivo de eliminar “la contaminación acústica de la zona aledaña a la de la restricción”, básicamente en relación con la finalidad de proteger 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”, al realizar el *análisis de idoneidad* el Tribunal Constitucional peruano encuentra que la restricción del horario de atención de los establecimientos comerciales se produce “en las horas de descanso o del dormir de las personas” y, en dicho sentido, cumple con su propósito.

Respecto al *examen de necesidad*, se encuentra que “no hay medidas alternativas, igualmente eficaces, que posibiliten un entorno acústicamente sano (objetivo) en las zonas aledañas a la de la restricción”. Al respecto, si bien puede ofrecerse como una medida alternativa la posibilidad de que se regule el disminuir los decibeles en los locales a partir de determinado horario, “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”.

En cuanto al *análisis de proporcionalidad en sentido estricto*, el Tribunal Constitucional del Perú considera que la intensidad de la intervención en la libertad de trabajo es leve, ello porque la norma cuestionada no plantea “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”. Asimismo, la intensidad de la intervención en el libre desenvolvimiento de la personalidad de las personas que asisten a los establecimientos en la Calle de Las Pizzas es leve, debido a que la restricción es “temporalmente parcial, limitada a determinadas horas” y “espacialmente parcial”, pues “los concurrentes pueden optar por lugares alternativos a los de la zona bajo restricción”.

Finalmente, y en relación con los principios opuestos, el Tribunal peruano encuentra que la protección del derecho al medio ambiente, que “comprende la garantía de un entorno acústicamente sano”, es elevada, debido a que la “mejor forma de alcanzar este objetivo es posibilitando un ambiente silente, lo que es particularmente importante durante las horas nocturnas y de madrugada”. En similar sentido, se indica que el “grado de realización de la protección del derecho a la salud es elevado”, ello porque 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”

4. STC Exp. n.º 0011-2013-PI, caso Ley de Protección a la Economía Familiar, sobre la prohibición de limitar la asistencia a clases debido a deudas educativas

En el presente caso un colegio de abogados pretendía que se declare inconstitucional el artículo de la denominada “Ley de Protección a la Economía Familiar”. Esa norma disponía que las instituciones educativas (institutos, escuelas superiores, universidades y escuelas de posgrado), públicas o privadas, no condicionen “la asistencia a clases, la evaluación de los alumnos ni la atención de los reclamos formulados, al pago de las pensiones en el ciclo lectivo en curso”. En especial, la entidad demandante sostiene que esta regulación era inconstitucional en la medida que se extiende específicamente a los centros de educación superior.

El Tribunal Constitucional del Perú, al analizar la constitucionalidad de esta regulación, sostuvo que, de todos los bienes alegados, la norma solo tenía una eventual incidencia en los derechos a la libertad de empresa y libertad de asociación, y en la autonomía universitaria, sobre todo con respecto a ámbitos de autonomía comunes a dichos bienes: la “autoorganización” en el caso de las libertades de empresa y de asociación, y la “autodeterminación” en relación con la autonomía universitaria (f. j. 87). La finalidad de la medida es garantizar la continuidad del derecho fundamental a la educación superior.

Con respecto al *subtest de idoneidad*, el Tribunal determina que lo prescrito por la disposición cuestionada (que “ningún instituto, escuela superior, universidad o escuela de posgrado, públicos o privados, puede interrumpir el servicio educativo que brinda como consecuencia de que el alumno incumpla con el pago de sus pensiones en el ciclo lectivo en curso”) tiene como propósito de asegurar la continuidad de la prestación del servicio educativo y, en efecto, garantiza el derecho del estudiante a continuar recibéndolo. En tal sentido, la medida es idónea.

Sobre el *examen de necesidad*, el órgano colegiado que hoy integro señaló que no existe una medida alternativa que tenga “la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado”. Sobre la propuesta deslizada de que se pudiera generar un trámite *ad hoc* que permita delegar en las áreas de asistencia social la decisión de decidir o no la suspensión de los pagos atendiendo a cada circunstancia específica, el Tribunal indicó que, con ello, en la práctica, se generaría “un lapso dentro del cual no está garantizado el objetivo y la

finalidad que se propone alcanzar”, por lo cual no se le puede considerar como una medida alternativa posible.

Con respecto al *examen de proporcionalidad en sentido estricto*, el tribunal señaló que este tiene tres pasos (1) definir el grado de restricción de los principios intervenidos y la importancia de la satisfacción de los principios que justifican la intervención; (2) establecer el grado de “seguridad de las premisas epistémicas”; (3) enjuiciar los datos obtenidos en el pasos anteriores, a fin de establecer si el grado satisfacción del derecho invocado justifica la intensidad de la intervención en los bienes implicados (las libertades de empresa y asociación, y en la autonomía universitaria).

Con lo indicado, es posible reconstruir los argumentos utilizados aquí por el Tribunal Constitucional del Perú, conforme a las variables de la denominada “fórmula del peso” enunciadas por Robert Alexy⁸ (como ya fue indicado antes, autor al que ha seguido el Tribunal peruano en esta materia). Esta fórmula, valga precisar rápidamente, permite incorporar en el análisis el peso de los derechos o principios involucrados en abstracto (“peso abstracto”); el grado de afectación al derecho intervenido y de satisfacción del principio interviniente (“peso concreto”); así como la certeza o seguridad de que las variables del caso concreto conduzcan a una real afectación (“certeza”, que puede ser “epistémica”, dirigida a la evaluar la seguridad de que el sacrificio o la satisfacción de los principios involucrados vaya a ocurrir en el plano de los hechos, o “normativa”, que implica evaluar la certeza sobre lo que las disposiciones normativas implicadas establecen u ordenan)⁹.

En primer lugar, puedo indicar que no se encuentra en este caso una referencia expresa a los pesos abstractos de los bienes involucrados. En cuanto a los pesos concretos, en relación con las instituciones privadas de educación superior, el Tribunal explica en primer lugar que es cierto que la subsistencia de estas depende del pago de las pensiones, por lo cual no se trataría de una simple “obligación civil” sino de un auténtico “deber del estudiante” (f. j. 89). Sin embargo, señala asimismo que la medida regulada constituye solo una “afectación parcial” a la autonomía de los centros educativos para determinar el procedimiento para cobrar las pensiones y que se encuentra directamente relacionada con la finalidad social que cumplen (que es prestar el servicio público de la educación superior). Asimismo, desde el Tribunal se prescribe que la restricción impuesta a los centros es parcial (se restringe a un semestre, luego pueden aplicar otras medidas como condicionar la matrícula o retener los certificados de notas) y excepcional (lo alumnos no pueden ejercer dicha garantía de manera abusiva) (ff. jj. 90.i y 90.iii). Los jueces explican, finalmente, que las instituciones educativas tienen otros medios de cobranza o formas de reducir el número de deudores, por lo que no se pone en riesgo la continuidad de sus actividades (ff. jj. 90.ii, 90.iv y 91), con lo cual, en suma, considera que la afectación en los derechos de las instituciones de educación superior es de grado leve.

Por otra parte, y con respecto al derecho a la educación, se señala que su grado de optimización es “intenso” (elevado), si bien la justificación del Tribunal se refiere antes bien a los efectos deseados con la protección de este derecho (f. j. 93)¹⁰.

⁸ Cfr. ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”. En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Miguel Carbonell y Pedro Grández (Coordinadores), Palestra, Lima, 2010.

⁹ Expreso aquí esto sin entrar en detalles, desde luego, y con fines meramente expositivos.

¹⁰ Señala el Tribunal que la “eficacia [del derecho a la educación superior] asegura no solo que, en el semestre, se siga recibiendo el servicio sino, incluso, que cuando el alumno pague la pensión correspondiente, esto sea la contrapartida de un servicio realmente recibido. La aplicación de la disposición impugnada no impedirá que el alumno siga estudiando, rinda sus evaluaciones e, incluso, reclame cuando lo considere pertinente, es decir, siga siendo considerado como un usuario pleno de la actividad educativa superior” (f. j. 93)

En este caso en especial el Tribunal hace referencia expresa a la variable “certeza epistémica” (“seguridad de las premisas epistémicas”). Al respecto, y en con relación a la “autoorganización” y “autodeterminación” económica y administrativa de los centros de educación superior, el Tribunal Constitucional peruano califica a la afectación como “segura”. Mientras tanto la considera “no evidentemente falsa” con respecto a la continuidad de prestar el servicio público de educación superior, pues esta finalidad puede seguirse cumpliendo pese a la eventual falta de pago de algunos estudiantes (a menos, ciertamente, que todos los alumnos se pongan de acuerdo en no pagar sus pensiones, hipótesis notoriamente implausible)¹¹.

Por último, y en relación con la optimización del derecho a la educación superior, nuestro Tribunal Constitucional la calificó como “segura”, pues consideró que no existía duda sobre que la medida legislativa promueve “un servicio educativo pleno para los alumnos que se han visto afectados por dificultades económicas durante el desarrollo de un determinado curso lectivo” (f. j. 94).

Con lo anotado, se considera finalmente que la satisfacción del derecho a la educación superior es alta y que la afectación de las libertades de asociación y de empresa, y de la autonomía universitaria es grado leve, con lo cual queda justificada la constitucionalidad de la medida.

5. STC Exp. n.º 2437-2013-PA, caso Plaza Vea, sobre el uso de perros guía en un supermercado

Los demandantes, personas con capacidades diferentes en el ámbito visual, presentaron una demanda de amparo contra un conocido supermercado para que se les permita ingresar acompañados de sus perros-guía. La empresa había restringido el ingreso a sus locales comerciales con mascotas por razones de sanidad.

El Tribunal Constitucional peruano analizó la constitucionalidad de dicha medida y consideró que el derecho involucrado era el derecho a la igualdad como no discriminación, básicamente en su contenido de “discriminación por indiferenciación” (aunque también hay referencias a la autonomía o independencia personal; vide f. j. 60). La referida discriminación por indiferenciación es lesionada cuando se trata de igual forma situaciones que merecen ser diferenciadas. En el caso, ella habría sido vulnerada porque no estableció un trato distinto entre las personas con alguna capacidad diferente *en general* (que pueden requerir asistencia humana) y las personas con una diferente capacidad *visual* (que demandan específicamente asistencia animal, como es el caso de uso de perros guía).

Con respecto a la justificación de la medida, el Alto Tribunal consideró que la medida pretendía optimizar el derecho a la salud. En especial, a través de la mencionada prohibición se procuraba que los alimentos estuvieran libres de agentes externos (por ejemplo, el que proviene de los perros) (f. j. 51).

Al realizar el examen de proporcionalidad, el Tribunal encontró que la medida superó el *subexamen de idoneidad*, pues “la prohibición general de que los animales accedan a las instalaciones del Supermercado” sí procura “que la comercialización de alimentos y bebidas destinados al consumo humano se realice en un centro de abastos libre de

¹¹ En el caso de la variable “certeza” de las premisas, y siempre de conformidad con lo planteado por Robert Alexy, la gradación que se plantea distingue entre: segura, plausible y no evidentemente falsa.

agentes externos”. Asimismo, supera el *examen de necesidad*, pues ni siquiera, incluso en caso se propusiera levantar por completo la restricción para el ingreso de los perros-guía (lo que se alega intervendría menos en los derechos alegados), podría evitarse el llamado “contacto indirecto” con los productos (es decir, pese a que el perro no tengo contacto directo con los productos, como podría existir “algún pelo suelto del animal que vaya a parar al bien de consumo humano”).

De otro lado, y en lo que concierne al desarrollo de la *proporcionalidad en sentido estricto*, el colegiado constitucional parece utilizar la fórmula del peso “simple” o “abreviada” (o un “test de intensidades”). Sin embargo, alude a consideraciones que bien pueden adscribirse a algunas variables que contiene la “fórmula del peso completa”.

En cuanto al peso abstracto de los principios, el Tribunal Constitucional del Perú señala, de manera explícita, que en el caso del derecho a la no discriminación como indiferenciación el grado de aflicción es alto o grave (ff. jj. 42 y 57). No se hace una referencia expresa al peso abstracto del derecho a la salud.

En cuanto al peso concreto del derecho a la no discriminación (que en realidad es tratado juntamente con el peso abstracto), el Alto Tribunal se ha referido a la justificación especial que requeriría la restricción, debido a que, además, se afectan bienes de otros derechos de rango constitucional (se menciona el “derecho al libre desarrollo y a un ambiente adecuado”, vide f. j. 57).

Sobre el peso concreto del derecho a la salud, en relación con la alegada tarea de evitar la contaminación de los productos con agentes externos (debido a la presencia de los perros-guía), el Tribunal señaló que el grado de satisfacción sería mediano o bajo. Lo que indicó, más precisamente, es que “el grado de fomento, promoción o satisfacción del fin no es igual, cuando menos, al grado de aflicción sufrido por los derechos intervenidos”. Siendo así, si la intensidad de la afectación del derecho a la no discriminación era alta, el grado de optimización del derecho a la salud que no es “cuando menos igual” solo podría ubicarse entre los otros dos grados menores.

Asimismo, si bien el órgano colegiado no hizo referencia explícita a la “certeza epistémica”, sí empleó como criterio para establecer el grado de fomento del derecho a la salud si la medida realmente favorecía que “la comercialización de alimentos y bebidas destinados al consumo humano se realice en un centro de abastos libre de agentes externos”. Dicho con otras palabras, en “condiciones higiénicas y sanitarias razonables, libres del contacto directo con animales” (f. j. 58). Al respecto, se estableció que si bien la medida restrictiva evitaba la contaminación debido al “contacto directo” con los animales, no prevenía finalmente de la contaminación por el “contacto indirecto”. De este modo puso énfasis en que “la prohibición analizada no garantiza, de manera radical, que un bien de consumo humano comercializado por el Supermercado esté a salvo de pelos o de bacterias de origen animal (canino o de cualquier otra clase)”, lo cual significa que “su utilización solo puede asegurar un nivel mínimo de eficacia y probabilidad en la consecución del fin”. Esto, ciertamente, en términos de la fórmula del peso podría ser considerado como la atribución del grado o valor “no evidentemente falso” a la variable referida a la certeza epistémica.

Es pues, en función a lo aquí indicado que el Tribunal Constitucional peruano finalmente resolvió la preponderancia en el caso concreto del derecho a la no discriminación (como indiferenciación) frente al derecho a la salud (f. j. 62).

6. STC Exp. n.º 0032-2010-PI, caso Ley antitabaco, sobre la prohibición de fumar en lugares cerrados y centros educativos

En esta sentencia el Tribunal Constitucional se pronunció con respecto a la demanda de inconstitucionalidad que interpusieron más de cinco mil ciudadanos contra el artículo 3 de la Ley N° 28705, “Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo de tabaco”, disposición que estableció restricciones para fumar en cualquier espacio público cerrado así como en todo centro educativo. Los demandantes alegaron que la regulación cuestionada incurrió, de manera específica, en dos supuestos inconstitucionales: la prohibición de que existan establecimientos exclusivos para fumadores y que pueda fumarse en áreas abiertas de establecimientos educativos para adultos.

Al resolver esta causa, el Tribunal Constitucional peruano empleó el examen de proporcionalidad. Para tales efectos precisó que los derechos intervenidos con la regulación eran el derecho al libre desarrollo de la personalidad (para el caso de los fumadores), así como los derechos a la libertad de empresa y a la libre iniciativa privada (para los locales abiertos al público). Por otra parte, sostuvo que la finalidad que de las prohibiciones cuestionadas estaba básicamente orientada a optimizar la salud pública (más específicamente, (1) a proteger la salud de los propios fumadores a través de la reducción del consumo de tabaco, y (2) a evitar los altos costos vinculados a la atención sanitaria por los problemas de salud que ocasiona el consumo de tabaco; f. j. 83).

En relación con el *test de idoneidad*, después de un análisis sobre la posibilidad de que el Estado implemente medidas paternalistas y con base en diversos informes científicos, el Alto Tribunal consideró probado que las prohibiciones absolutas de fumar en los espacios públicos cerrados y en los centros educativos sí contribuyen a reducir el consumo de tabaco en la sociedad. En otras palabras, determinó que las prohibiciones cuestionadas resultan idóneas para reducir sustancialmente el consumo de tabaco, constituyendo medidas idóneas para proteger la salud de los fumadores y para reducir los costos de atención sanitaria que estos puedan requerir.

Con respecto al *examen de necesidad*, el Colegiado indicó que los recurrentes no ofrecieron alguna alternativa que permita apreciar que las prohibiciones cuestionadas eran innecesarias por existir otras menos gravosas, teniendo en cuenta que las prohibiciones reguladas por el legislador tuvieron por finalidad no solo proteger la salud de los no fumadores sino reducir el consumo de tabaco en los propios fumadores¹².

Tras lo anterior, el Tribunal Constitucional del Perú pasó a realizar el análisis de *ponderación* o *examen de proporcionalidad en sentido estricto*. Reordenando los argumentos utilizados en esta ocasión, vemos que no hubo un pronunciamiento expreso en relación con los pesos abstractos. En cambio, sí hubo un análisis sobre los pesos concretos. De este modo, y con respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, sostuvo que para el caso de los adictos a la nicotina su libertad de elección se encuentra disminuida y por ello la incidencia en el derecho al libre desenvolvimiento sería leve (f. j. 129), y para el caso de quienes no son adictos, fumar no constituiría un ámbito relevante del libre desarrollo (como serían los “actos de libertad que procuran la satisfacción o cobertura de necesidades básicas para poder construir un proyecto de vida”), sino solo uno secundario (relacionado con “actos de

¹² No se consideró como una medida alternativa la creación de un área apartada de fumadores, con mecanismos adecuados de ventilación y extracción del humo.

agere licere que no definen la esencia de un proyecto vital, sino que solo procuran la satisfacción de intereses o placeres no esenciales”), por lo cual se le consideró a la intervención como de intensidad leve (f. j. 131).

Por otro lado, y en relación con el peso concreto del derecho a la salud (dejo aquí de lado la intervención en el derecho a la libertad de empresa, la cual requeriría un análisis aparte), el órgano colegiado consideró que la optimización era de intensidad elevada. En torno a esto, sostuvo básicamente (1) que, en atención al alto grado de efectividad de la prohibición con respecto a la reducción del consumo de tabaco, dicha medida redundaba en una mayor protección en la salud pública (salud de los fumadores y reducción de costos sanitarios) (f. j. 138); (2) que el tabaquismo es una epidemia que pone en grave riesgo la salud de fumadores y no fumadores, la cual puede ocasionar daños irreparables (f. j. 139); y (3) que el consumo de cigarrillos tiene un “alto efecto adictivo” (f. j. 141, cfr. f. j. 38).

Ahora bien, conviene tener presente que los demandantes sostuvieron como argumento en contra de la optimización del principio de salud pública que la medida prohibitiva obligaría a los fumadores a tener que fumar en su casa, lo cual repercutiría negativamente en la salud familiar, y en especial de los niños, e incluso fomentaría el consumo de aquello que precisamente no se quiere promover. Frente a ello, el Tribunal sostuvo (1) que, conforme lo acreditan estudios de organizaciones especializadas (Organización Mundial de la Salud y O'Neill Institute for National and Global Health Law), la creación de espacios libres de humo en realidad conlleva a la disminución del consumo de cigarrillos dentro de las casas (f. j. 133); y, que (2) no fumar en casa es en realidad un deber constitucional de los padres y que “no compete al Estado subrogarse a los padres en la protección de los hijos, pues incurriría en una violación de la autonomía de decisión familiar (...) y de la intimidad familiar” (f. j. 134).

Por último, y si bien en el presente caso el Tribunal no hace referencia a la certeza de las premisas, pueden encontrarse algunas afirmaciones relacionadas con estas variables de la fórmula del peso. Por ejemplo, se plantea si los fumadores adictos ejercen realmente o no su derecho al libre desarrollo, lo cual podría plantearse como un asunto de incerteza normativa (ff. jj. 126-129); y por otra parte, los estudios relacionados con la eficacia de las medidas para reducir el consumo de cigarrillos en los hogares (f. j. 134), o que dan cuenta de los efectos positivos a la salud de la regulación de ambientes libres de humo (ff. jj. 98-100), pueden plantearse como valores relacionados con la variable certeza epistémica.

Sin embargo, estas consideraciones no habrían servido en la argumentación del Tribunal Constitucional peruano para graduar el peso concreto de la intervención o de la satisfacción de los principios involucrados, en la medida que el Tribunal Constitucional por lo general, y en este caso en particular, prefiere usar la “fórmula del peso abreviada” (o lo que algunos denominan “test de intensidades”¹³), que tan solo implica una comparación entre los “pesos concretos” de los principios involucrados.

¹³ En ese sentido, GRÁNDEZ CASTRO, Pedro. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del TC peruano”. En: *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Miguel Carbonell y Pedro Grández (coordinadores). Palestra, Lima, 2010, p. 365.

7. STC Exp. n.º 0815-2007-HC, caso Flores Llerena, sobre la prueba de ADN ordenada judicialmente

En este proceso de hábeas corpus el demandante pide la nulidad de una resolución judicial en la que dispuso que se le tome muestras corporales y se les realice un examen de ADN. Ello a efectos de establecer su posible responsabilidad penal respecto al delito de violación sexual. El Tribunal debía pronunciarse acerca de si este tipo de intervención corporal (ámbito que se relaciona luego con el derecho a la intimidad) es desproporcionada o no, en relación con la finalidad que persigue la medida, a saber, el “interés público en la investigación del delito” (f. j. 11, segundo párrafo).

Para el Tribunal Constitucional del Perú, la medida inicialmente superó los dos primeros subtests del examen de proporcionalidad (de idoneidad y de necesidad). En efecto, respecto al *examen de idoneidad*, la corte indicó que el examen de ADN “tiene por finalidad la averiguación de la identidad del autor en un presunto delito de violación sexual”, y en tal sentido “la medida cuestionada resulta idónea para la realización del fin constitucionalmente protegido en el presente caso, es decir, el interés público en la investigación del delito”.

En relación con el *subtest de necesidad*, y atendiendo a que se quiere realizar una comparación entre el ADN del intervenido y la muestra obtenida en el cuerpo de la agraviada, para establecer si el acusado es responsable o no del delito que se le imputa, el Alto Tribunal consideró que “no existen otros mecanismos que puedan brindar los mismos resultados, sin que presenten un mayor grado de afectación para los derechos fundamentales del recurrente, por lo que la medida adoptada cumpliría con el requisito de necesidad exigido”.

Finalmente, y respecto al *subexamen de proporcionalidad en sentido estricto* (f. j. 11, párrafos 1 al 4), al reconstruir los (escuetos) argumentos de este subtest conforme a los elementos de la “fórmula del peso”, veremos que el Tribunal peruano no explicitó el peso abstracto de los bienes en juego, ni hizo referencia a los valores o grados relacionados con la certeza o la seguridad de las premisas.

De este modo, el Tribunal se pronunció únicamente sobre el peso concreto de los principios en conflicto. Estamos entonces, nuevamente, ante un “test de intensidades” o ante la “fórmula del peso abreviada” (f. j. 11, quinto párrafo). En dicho contexto, se resolvió que “el grado de realización del fin de relevancia constitucional” (el interés público en la investigación del delito) “es, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad”. En otras palabras, que el valor del interés público en la investigación del delito es igual (o mayor) que el valor asignado a la afectación ocasionada por la intervención corporal. Se trataría, pues, de un caso de empate.

Al respecto, vale la pena indicar que en la sentencia se señala, al realizarse el examen de necesidad, que “no cabe duda alguna que los actos de intervención corporal constituyen una amenaza grave en los derechos fundamentales”. Siendo, entonces, que nos encontraríamos ante una afectación elevada del derecho intervenido, no es tan claro como interpretar la afirmación del Tribunal acerca de que el grado de satisfacción del principio opuesto debe ser “por lo menos equivalente” (lo cual *prima facie* sería “mayor o igual”). En dicho marco, corresponderá presumir que estamos ante un caso de empate entre valores elevados o graves.

Aunque no lo explicita, al resolver el Alto Tribunal echaría mano a la carga de la argumentación a favor de la autoridad legítima, pues se resuelve que la medida es

constitucional tratándose de un caso de empate: “[e]n ese sentido, la medida cuestionada aprobaría el examen de proporcionalidad en sentido estricto, resultando constitucional” (f. j. 11, quinto párrafo, *in fine*).

8. STC Exp. n.º 05157-2014-AA, caso Chura Arcata, sobre acceso a préstamo bancario de personas adultas mayores

En este caso en particular, el Tribunal Constitucional peruano se pronunció sobre el pedido de una mujer de 85 años (al momento de interponer su demanda), quien había pedido un préstamo a una entidad bancaria (Banco de la Nación), solicitud que le fue denegada en atención al riesgo crediticio que, según se argumentó, implicaba otorgarle lo solicitado a una persona de tan avanzada edad.

Sin perjuicio de los contenidos que el colegiado constitucional desarrolló con respecto a la tutela especial que merecen las personas adultas mayores, el Tribunal Constitucional del Perú encuentra que en este caso se podría haber vulnerado el derecho a no ser discriminado por motivo de edad.

Y es que al evaluar la constitucionalidad del trato diferenciado, el Tribunal peruano encuentra que la medida, la cual consiste en denegar el acceso al crédito a las personas que tengan 84 años o más (como aparece en una directiva que regula el otorgamiento de préstamos), tiene como finalidad la “reducción del riesgo de incumplimiento de la operación de financiamiento”, que se sustenta en el interés del banco “de hacer efectivo el cobro de créditos” es constitucionalmente legítimo. Con base en estas premisas, y pasando a lo que concierne al *examen de idoneidad*, el Tribunal considera que la medida supera este test debido a que “la denegación de cualquier posibilidad de acceder a un crédito de un grupo determinado de personas – en este caso, de los adultos mayores– permite reducir el riesgo de incumplimiento de pago”

Sin embargo, y en cuanto al *examen de necesidad*, el Tribunal determina que este no ha sido superado, en la medida que existen medidas alternativas que puede asegurar el pago, sin limitar el acceso a los préstamos por motivo de la edad del solicitante.

Al respecto, y del análisis de la propia documentación con la que contaba el banco, se desprendía que existían diversas medidas dirigidas a ello, como por ejemplo “la posibilidad de contar con garantes, tal y como se presenta con la figura del aval”; la regulación del importe del préstamo; o incluso el ajuste del pago por el Seguro de Desgravamen, “a fin de indemnizar al contratante en caso de fallecimiento o invalidez producida por un accidente o enfermedad de la asegurada, de acuerdo a las condiciones de la póliza que se contrate”.

Siendo así, el Tribunal Constitucional del Perú finalmente considera que la limitación establecida es inconstitucional, al “existir medios alternativos que, siendo por lo menos igualmente idóneos que el medio real, restringen en menor medida el acceso de los adultos mayores de acceder a créditos”. Señala también que no existen “fuertes razones o imperiosos motivos que justifiquen que la entidad emplazada deniegue, de manera genérica, la posibilidad de acceso a créditos para los mayores de 83 años”.

IV. A modo de conclusión

Aun cuando no exento de un uso en ocasiones no suficientemente preciso, el empleo de la proporcionalidad ha devenido en un instrumento de innegable relevancia para enfrentar y resolver situaciones de conflicto entre o con disposiciones con estructura

de principio (fórmula básicamente utilizada en aquellas disposiciones que, según fuese la postura asumida, recogen o reconocen los derechos fundamentales).

Como bien demuestra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, la proporcionalidad viene constituyendo un significativo instrumento para asegurar la concretización de los parámetros constitucionales y, sobre todo, con aquellos con mayor relevancia cualitativa, los vinculados a los derechos fundamentales.

De allí la importancia de conocer lo que bien puede hacerse y viene realizándose al respecto, pudiendo incluso avanzarse mucho más si se van tomando cada vez algunas recaudos al respecto.