



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL PRINCIPIO DE
PROPORCIONALIDAD EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO
PERUANO. ESPECIAL REFERENCIA AL
ÁMBITO PENAL

Luis Castillo-Córdova

Trujillo, septiembre de 2004

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2004). El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal. En J. Mállap (Ed.) *Doxa: tendencias modernas del derecho* (155-180). Trujillo: Normas Legales.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN. II. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 1. *En Alemania.* 2. *En España.* 3. *En Perú.* III. DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 1. *El juicio de idoneidad.* 2. *El juicio de necesidad.* 3. *El juicio de proporcionalidad stricto sensu.* a) Definición del juicio. b) Riesgo en la aplicación del juicio: necesidad del juicio del contenido esencial de los derechos fundamentales. IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL. 1. *Campos de verificación del principio de proporcionalidad.* 2. *Una misma lógica operativa.* 3. *El juicio de adecuación o de idoneidad.* 4. *El juicio de necesidad.* a) El principio de protección de bienes jurídicos. b) El principio de intervención mínima. 5. *El juicio de proporcionalidad en sentido estricto.* a) Proporcionalidad en la previsión legislativa o proporcionalidad abstracta. b) Proporcionalidad en la aplicación de las penas o proporcionalidad concreta

I. INTRODUCCIÓN

El principio de proporcionalidad se ha convertido hoy en día en una herramienta hermenéutica de especial importancia para determinar si las intervenciones del poder político sobre el contenido jurídico de un derecho fundamental es o no constitucional. Como se sabe, los derechos fundamentales cuentan con un contenido jurídico que se compone de una doble dimensión, una subjetiva y otra objetiva. Por la primera, se reconoce que todos los derechos fundamentales traen consigo una serie de facultades a favor de sus titulares. Así, por ejemplo, la libertad de tránsito otorga a su titular la facultad de desplazarse físicamente de un lugar a otro. Este contenido subjetivo, reconocido desde las primeras declaraciones de derechos del hombre, esencialmente genera al poder político un deber de abstención. Para seguir con el ejemplo, la dimensión subjetiva del derecho a la libertad de tránsito obliga al Estado a no impedir arbitrariamente el desplazamiento que de un lugar a otro quiera realizar el titular de la libertad de tránsito.

Por la segunda, la dimensión objetiva, se llega a entender que debido a la especial importancia y significación de los derechos fundamentales tanto para la existencia digna del hombre, la existencia de la sociedad, como para la existencia misma del Estado como Estado de derecho, se exige del poder político (en cualesquiera de sus versiones) un compromiso serio de promoción de los referidos derechos, de modo que se favorezca en los hechos la plena vigencia de los mismos. Por ejemplo, y para seguir con el ejemplo puesto anteriormente, el Estado o más precisamente el poder político, se obligaría a legislar del modo que más se favorezca al libre desplazamiento de las personas de un lugar a otro (poder legislativo); o a resolver los distintos litigios que involucren el derecho al libre desplazamiento con verdadero espíritu de protección efectiva de los derechos (poder judicial); e incluso, y dependiendo de las concretas circunstancias, podría obligarlo a ayudar materialmente a una persona a desplazarse de un lugar a otro (poder ejecutivo).

Pues bien, para definir la constitucionalidad tanto de la no intervención como de la intervención que el poder público pueda realizar sobre el contenido jurídico de un derecho fundamental, existe una herramienta hermenéutica de primer orden: el principio de proporcionalidad. Se trata de definir en cada caso concreto y con base al mencionado



principio, si la intervención o acción positiva a la que se obliga el poder político por la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y si la abstención o acción negativa a la que se obliga el poder político por la dimensión subjetiva, se desarrollan según los cauces constitucionales o no.

Es dentro de este contexto en el cual se presenta este pequeño trabajo de investigación, el cual tiene por finalidad simplemente introducir al lector en el complejo jurídico que significa el principio de proporcionalidad. Para ello se darán en un primer momento las nociones básicas tanto de la significación como de la operatividad del referido principio, para después pasar a cotejarlas en el ámbito en el que este principio juega un papel principal: el penal, en la medida que se trata de afectaciones del derecho fundamental a la libertad.

II. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. *En Alemania*

Para entender mejor el principio de proporcionalidad conviene empezar su estudio adentrándonos –aunque brevemente– en las razones que, con base en la norma constitucional, se han presentado en el ordenamiento constitucional alemán y español para fundamentar la vigencia y plena efectividad del principio.

En lo que respecta al primero de ellos, el alemán, su estudio se justifica porque fue en ese sistema donde tuvo su origen la máxima de razonabilidad o principio de proporcionalidad en el derecho continental europeo a cuya tradición pertenece el derecho peruano¹. Concretamente tiene su origen en las sentencias de finales del siglo XIX del Tribunal Supremo Administrativo en el área del Derecho de policía.

Actualmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán ha hecho radicar el fundamento del principio en la cláusula del Estado de derecho que viene recogido en el artículo 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn (en adelante LF), en el que se dispone que “[e]l orden constitucional de los Länder deberá responder a los principios del Estado de Derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente Ley Fundamental (...)”.

En este sentido el mencionado Tribunal Constitucional alemán tiene expresado que “[e]n la República federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango constitucional. Se deriva del principio de Estado de Derecho, en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que, como expresión de la libertad general de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser limitados por el poder político más allá de lo que sea imprescindible para la protección de los intereses públicos”².

¹ En la tradición jurídica de la Europa insular o tradición anglosajona, la exigencia de razonabilidad hunde sus raíces en el *due process of law* (debido proceso legal), cuyos antecedentes remotos se encuentran en la Carta Magna impuesta por los nobles ingleses al Rey Juan sin Tierra.

² BVerfGE 19, 342 y 348.

2. En España

Es del mismo modo relevante saber cual ha sido la fundamentación que se le ha dado a este principio en el ordenamiento constitucional español debido a que el Tribunal Constitucional peruano dirige regularmente su interés a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español para afirmar o adoptar criterios jurisprudenciales. Esta práctica, en principio no es criticable si se repara en el hecho que la Constitución peruana actual (lo mismo que la de 1979), tiene en la Constitución española de 1978 una de sus fuentes. Esto se nota especialmente en lo referido a las doctrinas referidas a la protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales.

Un primer fundamento de este principio en el ordenamiento jurídico español lo constituye la interdicción de la arbitrariedad garantizada por la Constitución española en el artículo 9.3 CE³. Esta interdicción de la arbitrariedad ha sido entendida por la doctrina española tanto como prohibición de exceso así como el mandato de actuar razonable o proporcionadamente cuando se trata de afectar derechos constitucionales⁴. El Tribunal Constitucional español, por su parte y en esta misma línea, ha manifestado que el principio de proporcionalidad “exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985), cuyo contenido esencial es intangible. Este principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución”⁵.

Un segundo fundamento, y de la misma manera a lo que ocurría en el ordenamiento jurídico alemán, el principio de proporcionalidad ha sido hecho radicar en la cláusula de Estado de derecho que, en el ordenamiento constitucional español se encuentra recogida en el artículo 1.1 CE, en el que se dispone que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Así, el Tribunal Constitucional español tiene manifestado que “al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho”⁶.

Como tercer fundamento, y con base en la proclamación de la justicia como valor superior en la comunidad política española (artículo 1.1 CE), se ha afirmado que el principio de proporcionalidad viene justificado por las exigencias de justicia material. Así por ejemplo,

³ El mencionado dispositivo constitucional establece que “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de derecho penal. Parte general*. Praxis, Barcelona, 1996, p. 47.

⁵ STC 50/1995, de 23 de febrero, f. j. 7.

⁶ STC 85/1992, de 08 de junio, f. j. 4.



tiene declarado el Tribunal Constitucional español en referencia al principio de proporcionalidad predicado de la labor del legislador penal, que la norma desproporcionada “socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho”⁷.

3. *En Perú*

En el ordenamiento jurídico peruano, y a diferencia de lo que ocurre en las Constituciones alemana y española, se ha previsto en un dispositivo constitucional la existencia del principio de proporcionalidad, aunque para referirlo a la vigencia de los derechos constitucionales dentro de un régimen de excepción. Precisamente se trata del último párrafo del artículo 200 CP, en el que se dispone que “[c]uando se interponen acciones de esta naturaleza [acciones de garantía] en relación con derechos restringidos o suspendidos [en un régimen de excepción], el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo”.

Es este dispositivo constitucional uno de los invocados por el Tribunal Constitucional para hacer residir el fundamento del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Ha establecido el mencionado Alto tribunal de la Constitución que “[e]l principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no”⁸.

El Tribunal Constitucional peruano, como se puede concluir de su declaración trascrita, acertadamente reconoce la existencia del principio de proporcionalidad como un principio del entero ordenamiento jurídico peruano, invocable por tanto en cualquiera de los ámbitos del derecho y no sólo aplicable para los casos de determinar la proporcionalidad de la concreta medida restrictiva de un derecho constitucional suspendido en un régimen de excepción.

Pero no es el único fundamento del principio de proporcionalidad encontrado por el Tribunal Constitucional peruano, sino que éste –al igual que ocurría en el ordenamiento jurídico alemán y español– también hace fundar aquel principio en la cláusula del Estado de derecho y, complementariamente, en el valor justicia. Así, tiene manifestado el Tribunal Constitucional peruano que “[e]n la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material”⁹.

⁷ STC 55/1996, de 28 de marzo, f. j. 8

⁸ Exp. 0010–2000–AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 138

⁹ Idem, f. j. 140.

En la medida que el Estado de derecho se define a partir del sometimiento del poder político a las normas del ordenamiento jurídico estatal y, especialmente, a la primera de esas normas que es la Constitución, se puede considerar que la cláusula del Estado de derecho viene recogida en el artículo 45 CP, al disponer que "[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen".

No hay duda que el Estado de derecho fundamenta el principio de proporcionalidad en la medida que al sujetarse el poder político a la Constitución, se sujeta también a los dispositivos constitucionales que reconocen y garantizan derechos, sujeción que le obliga a un respeto irrestricto de los mismos y, en todo caso, a que la afectación de los derechos sea razonable y equilibrada, es decir, se ajuste a las exigencias del principio de proporcionalidad.

Pero esta exigencia de que toda afectación de cualquier derecho constitucional sea equilibrada y razonable, es decir, que no sea inútil ni desproporcionada, tiene también como basamento la propia dignidad de la persona humana que –nunca debe olvidarse– se ha convertido por mandato constitucional en el fin de la existencia misma del Estado (artículo 1 CP). El respeto a la persona humana, a su dignidad de persona, obliga a que cuando se tenga que afectar las concreciones y exigencias jurídicas de esa dignidad que son los derechos constitucionales, se realice de modo *digno*, es decir, que se haga en beneficio de la misma persona humana y siempre se haga de modo estrictamente necesario y ponderado.

Muy de la mano de la concepción de la persona humana como fin del Estado y el consecuente respeto irrestricto de su dignidad, se encuentran las exigencias de justicia material. Sólo son tratos *dignos* con la naturaleza humana los tratos justos; los tratos injustos atentan contra la propia dignidad del hombre. Precisamente el principio de proporcionalidad sirve para establecer en cada caso concreto si una medida, una orden o una conducta se apega o no a las exigencias del valor justicia. Y es que el mencionado principio encarna una idea elemental de justicia material al proscribir toda injerencia inútil, innecesaria o desproporcionada en un derecho constitucional. Por lo demás, resulta inconcebible pensar en un verdadero Estado de derecho desvinculado del valor justicia.

III. DIMENSIONES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Cuando se habla de proporcionalidad, se habla fundamentalmente de justificar la afectación de un derecho constitucional. Se trata de determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre la restricción que llega a sufrir un derecho constitucional, y la conservación de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de la restricción. Por ejemplo, no cabe duda que cuando se habla de restricciones de derechos constitucionales en regímenes de excepción, el *test* de proporcionalidad aparece para resolver la cuestión de si la restricción que puede llegar a experimentar en un caso concreto el derecho constitucional viene justificada de modo



proporcionado al beneficio que se obtendría con el aseguramiento de la seguridad nacional –por ejemplo– como fin público en un estado de sitio¹⁰.

Este principio de proporcionalidad tiene una lógica y mecánica interna en la determinación de la existencia de esa adecuada relación entre lo sacrificado y la finalidad del sacrificio, que exige someter la medida o acto cuya proporcionalidad se pretende evaluar a un triple juicio. Ese triple juicio está conformado por el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *sensu stricto*. Para que una medida sea calificada de proporcionada, debe necesariamente superar cada uno de estos tres juicios.

Precisamente por eso es que el principio de proporcionalidad puede definirse de modo general como aquel principio “integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio”¹¹. A continuación se estudiarán cada uno de estos tres juicios, aunque se hará de manera general, como aplicables a todo el ordenamiento jurídico, sin que eso signifique que no se llegue a hacer alguna referencia concreta a la suspensión de derechos cuando de los regímenes de excepción se trate.

1. *El juicio de idoneidad*

También llamado subprincipio de adecuación. Este juicio tiene una doble exigencia. En primer lugar requiere que la medida o acto restrictivo de un derecho constitucional tenga un fin; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. Es un ejemplo de medida desproporcionada por falta de finalidad, el caso en el que el legislador exige que para que un trabajador pueda ser beneficiario de la jubilación, el procedimiento destinado a obtener los beneficios de la jubilación debería iniciarse mientras el trabajador se encuentre en actividad; de modo que si es iniciado después del cese, el trabajador perdía todos los beneficios que le corresponderían por jubilarse.

Un caso así fue enjuiciado por la Corte suprema de Argentina. Sobre la disposición legal que exigía que el trámite de jubilación se iniciara antes del cese del trabajador, dijo este Alto tribunal argentino que “no se percibía el fundamento de la exigencia: Esto equivale a afirmar que la cláusula legal controvertida carecía de finalidad”¹².

Mientras que sería un ejemplo de medida desproporcionada por inadecuada para alcanzar el fin si actualmente el legislador peruano quisiese evitar actos de terrorismo y para ello aprueba una ley en la que las conductas delictivas de terrorismo se sancionan exclusivamente con penas de multa o de servicios sociales. En este caso, no se trata de una

¹⁰ Como bien se ha dicho, “la proporcionalidad es utilizada como test de la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales para encontrar salida al presunto conflicto que en estos supuestos se daría entre fines públicos y derechos fundamentales”. CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. EUNSA, Pamplona, 2000, p. 286.

¹¹ BARNES, Javier. *El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar*. En: “Cuadernos de Derecho Público”, n° 5, 1998, p. 16.

¹² CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en...* Ob. cit., p. 325.

medida que carezca de finalidad, sino que previéndola la medida adoptada para su consecución se muestra ineficaz: con penas tan benévolas no se iba a lograr persuadir a las personas para que no cometiesen actos terroristas.

No cualquier finalidad sirve para legitimar un acto que restringe derechos fundamentales. El fin que ha de perseguir la medida (legislativa o no) debe tener al menos las dos siguientes características: debe ser constitucionalmente permitido y socialmente relevante¹³. De la misma manera, cuando se enjuicie la idoneidad de la medida para alcanzar el fin, el juicio debe ser realizado siempre en el presente, de modo que puede ocurrir que una medida que en su origen fue no idónea, con el tiempo y el cambio de circunstancias puede haber devenido en idónea y viceversa¹⁴.

Debe tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio o subprincipio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue. De manera que, por ínfima que sea la restricción de un derecho fundamental, si tal restricción es manifiestamente inútil, será una medida desproporcionada por no idónea e irrazonable. En cualquier caso, y dado que se presume la constitucionalidad o legalidad de las actuaciones estatales, en caso de duda se ha de estar por la idoneidad de la medida.

El Tribunal Constitucional peruano en más de una oportunidad ha aplicado el juicio de idoneidad para determinar la proporcionalidad de una medida. Así por ejemplo en la acción de inconstitucionalidad que presentó el colegio de Notarios de Junín contra el artículo 7 de la ley 27755, disposición legal por la que se permitía que aquellos inmuebles que tuviesen un valor no mayor de 20 UIT puedan ser inscritas sin escritura pública, sino simplemente mediante un formulario registral legalizado por notario¹⁵.

El Tribunal Constitucional sometió a un *test* de proporcionalidad la medida legislativa impugnada, y como primer paso se formuló el juicio de idoneidad antes expuesto.

¹³ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español tiene manifestado –en una declaración perfectamente aplicable al caso peruano– que “permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes”. STC 55/1996, de 28 de marzo, f. j. 7. En palabras del Tribunal Constitucional peruano se debe tratar de medidas “cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar”. Exp. 1260–2002–AI/TC, de 09 de junio de 2002, f. j. 5.

¹⁴ Un ejemplo en este sentido es “la norma del Código Civil argentino que prohibía la repotenciación de las deudas dinerarias. Al tiempo del dictado (1871) el artículo servía para evitar la usura y favorecer la estabilidad económica. Bastante más adelante, en el curso de un proceso de hiperinflación, la observancia de la disposición no sólo no alcanzaba esos fines, sino que además favorecía el incumplimiento de las deudas y la licuación de los pasivos”. CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en...* Ob. cit., p. 334.

¹⁵ El mencionado dispositivo legal establecía que “[v]encido el plazo del proceso de integración de los registros previsto en el artículo 2º de la presente Ley, todas las inscripciones se efectuarán por Escritura Pública o mediante formulario registral legalizado por Notario, cuando en este último caso el valor del inmueble no sea mayor de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UIT)”.



Siguiendo el *iter* propio del juicio de idoneidad, el mencionado Máximo intérprete de la Constitución peruana se preguntó en primer lugar por el fin de la medida: “es pertinente preguntarse si el propósito legislativo de hacer del derecho de propiedad un derecho oponible frente a terceros (registrarlo), a través de la reducción de los costos que supone la obligatoria utilización de la escritura pública para la inscripción del mismo, no termina por sacrificar en tal grado el principio constitucional de la seguridad jurídica, que termina resultando desproporcionado aun cuando el fin resulte legítimo”¹⁶.

En segundo lugar se preguntó por la legitimidad del fin encontrado: “es reconocible la intención del legislador, quien, a través de la utilización del formulario registral, procura crear para los propietarios de escasos recursos una vía menos costosa para inscribir su derecho. El fin perseguido, por lo pronto, aparece como constitucionalmente legítimo, pues se pretende dotar al derecho de propiedad de las garantías suficientes para su pleno desarrollo, a través del registro del mismo”¹⁷.

Como último paso del juicio de idoneidad, el Tribunal Constitucional se preguntó si la medida era en sí misma capaz de alcanzar la finalidad que perseguía: “se puede concluir razonablemente que la reducción de los costos de transacción en la búsqueda de inscribir el derecho de propiedad, generará que un mayor número de personas puedan acceder a dicha inscripción, razón por la cual se entiende que la medida adoptada es idónea para alcanzar el objetivo que se busca”¹⁸.

En el caso propuesto, la medida legislativa cuenta con una finalidad, la misma que tiene cobertura constitucional, y además la medida en sí misma era idónea para conseguir la finalidad propuesta. En buena cuenta, pues, la medida cuya proporcionalidad examinaba el Tribunal Constitucional, había superado el primer juicio.

2. *El juicio de necesidad*

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad no por ello es necesariamente una medida que se ajuste al principio de proporcionalidad, sino que ha de superar –como siguiente paso– el juicio de necesidad. Este juicio, también llamado juicio de indispensabilidad, consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental afectado que otras medidas igualmente eficaces. Definido así el juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue. Por ello se afirma que el juicio de necesidad es un juicio plurilateral pues exige un juicio con respecto al fin que se persigue y con respecto a otras posibles medidas igualmente eficaces¹⁹.

¹⁶ Exp. 0016–2002–AI/TC, de 30 de abril de 2003, f. j. 6.

¹⁷ Idem, f. j. 7.

¹⁸ Idem, f. j. 8.

¹⁹ Para Cianciardo, se trata de un juicio “vertical y horizontal simultáneamente, entre el medio escogido, el fin buscado y otros medios hipotéticos (...) Es un juicio horizontal y vertical porque tiene lugar, primero, entre cada medio y el fin, y, después, entre el medio y los medios alternativos”. CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en...* Ob. cit. ps. 342–343.

En tanto se trata de evaluar si el legislador o el agente que dispone o ejecuta la medida restrictiva de derechos, tuvo o no a su alcance la posibilidad de decretar otra medida igualmente eficaz para la consecución del fin pero menos gravosa o restringente de los derechos fundamentales, se puede plantear la objeción de si realmente el órgano judicial – y eventualmente el Tribunal Constitucional– está constitucionalmente habilitado para evaluar la necesidad de la medida que se enjuicia, pues en definitiva el legislador o el ejecutivo –como en los casos de regímenes de excepción– tienen un amplio margen de constitucionalidad dentro del cual pueden tomar una u otra decisión, decisión en la que – indefectiblemente– entran a tallar consideraciones políticas que –en principio y para eficacia de la misma medida– no deberían ser enjuiciadas por el órgano judicial²⁰.

Sin embargo a esta objeción debería responderse afirmando la ya no tan reciente doctrina de la doble dimensión de los derechos fundamentales²¹. Con base en esta doctrina, se reconoce que los derechos fundamentales tienen atribuida una dimensión objetiva por la que debido a la especial significación de los derechos fundamentales al interior de un orden estatal, social y jurídico el poder del estado se compromete a su especial protección y promoción de las condiciones para que el ejercicio de los derechos sea el más amplio y eficaz posible.

Esta significación objetiva de los derechos fundamentales obliga por sí misma a que el poder político cuando tenga que adoptar una medida, adopte la que menos dañe a esos elementos estructurales esenciales para la vida en comunidad que son los derechos fundamentales. Por eso es que se puede leer en el artículo 44 CP que un deber esencial del Estado peruano es la *promoción* de los derechos humanos, fundamentales o constitucionales²². Si el deber estatal es promocionar y favorecer lo más posible la vigencia plena de los derechos fundamentales, entonces no hay otra opción que exigirle que cuando se trate de afectar derechos fundamentales, se decida por la medida igualmente eficaz para el logro del fin pero la menos restrictiva de derechos. Y al Tribunal Constitucional y al juez cuando conoce de cuestiones constitucionales, se le debe exigir aplicar en primer lugar el texto constitucional (artículo 51 CP), como el citado artículo 44 CP en general y, en

²⁰ Este razonamiento subyace en algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Argentina. Esta Corte “ha sostenido en numerosas ocasiones que no se encuentra dentro de sus posibilidades la de analizar la oportunidad o conveniencia de las medidas adoptadas por el legislador. Bajo ese *standard* el Tribunal se ha resistido a la valoración de la necesidad o indispensabilidad de la legislación. “El verdadero razonamiento del Tribunal es éste: no corresponde a los jueces merituar si el medio elegido es el mejor, entre varios posibles, desde el ángulo técnico–social, es decir, si el elegido es o no el *más* eficaz. Le basta con que el medio elegido sea uno de los posibles y él tenga una cierta proporcionalidad con el fin (...)””. CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en...* Ob. cit., ps. 339–341.

²¹ Sobre esta doctrina en el ordenamiento constitucional peruano véase CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Elementos de una teoría general de los derechos constitucionales*. Universidad de Piura – Ara editores, Lima 2003, ps. 157–197.

²² Una fundamentación acerca de la indiferencia terminológica de denominar los derechos de la persona como “derechos humanos”, “derechos fundamentales” o “derechos constitucionales” en el caso peruano, véase CASTILLO CORDOVA, Luis. *Algunas consideraciones sobre los derechos de la persona en la norma constitucional peruana*. En “Revista Jurídica del Perú”, n° 53, diciembre 2003, ps. 15–19.



particular, del precepto constitucional que recoja el derecho fundamental afectado por la medida en el caso concreto. De lo contrario, incluso, se estaría contradiciendo el principio de normatividad que debe animar la vigencia y aplicación de la norma constitucional.

El juicio de necesidad, por otra parte, es plenamente reconocido y aplicado en jurisdicciones constitucionales como la española y la peruana. En efecto, el Tribunal Constitucional español apela a este juicio de necesidad cuando se trata de aplicar el principio de proporcionalidad en la determinación de la constitucionalidad o no de una medida. Así por ejemplo, el mencionado Tribunal tiene dicho que “sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento”²³.

El Tribunal Constitucional peruano también ha acudido al juicio de necesidad como elemento del principio de proporcionalidad. Así, lo ha empleado como elemento del *test* de proporcionalidad que aplicó al ya citado artículo 7 de la Ley 27755 en su afán de determinar si se trataba o no de una norma constitucional. Dijo el Alto tribunal de la Constitución que “para concluir la proporcionalidad de la disposición cuestionada, no es suficiente la legitimidad del propósito buscado, ni tampoco la adecuación de la medida al fin perseguido. Es imprescindible valorar la necesidad de que sea esa medida la utilizada y no otra la que pueda sacrificar en menor grado el principio constitucional comprometido, en este caso, la seguridad jurídica. A efectos de determinarse la necesidad o no de la medida adoptada, es del caso preguntarse cuál es el verdadero grado de afectación que sufre el principio de la seguridad jurídica, cuando se propone como alternativa la utilización del formulario registral legalizado por Notario Público, en lugar de la escritura pública”²⁴.

En este último caso puede concluirse que el Tribunal Constitucional considera superado el juicio de necesidad al afirmar que “si bien la alternativa de uso de formularios reduce los alcances de la protección que dispensa la seguridad jurídica, ésta no se ve desvirtuada desde que se exige que el formulario registral sea “legalizado por Notario Público””²⁵.

²³ STC 55/1996, citada, f. j. 8.

²⁴ Exp. 0016–2002–AI/TC, citado, f. j. 9. En otra oportunidad, y por citar un ejemplo más acerca del reconocimiento del juicio de necesidad, el Tribunal Constitucional peruano estableció que “la existencia e idoneidad de otras medidas cautelares para conseguir un fin constitucionalmente valioso, deslegitima e invalida que se dicte o mantenga la medida cautelar de la detención judicial preventiva”. Exp. 1091–2002–HC/TC, de 12 de agosto de 2002, f. j. 12.

²⁵ Exp. 0016–2002–AI/TC, citado, f. j. 9.

3. El juicio de proporcionalidad *stricto sensu*

a) Definición del juicio

Si la medida que afecta el derecho fundamental supera el juicio de idoneidad y el juicio de necesidad, no significa con ello que se esté delante de una medida proporcional. Esa medida debe aprobar un juicio más, el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio exige que la medida cuestionada guarde una *relación razonable* con el fin que se pretende alcanzar. Generalmente se admite que se está frente a una *relación razonable* cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada. Definida así la *relación razonable* debe llegarse a admitir que a mayor beneficio se permitirá un mayor costo. Es decir, este juicio permitirá concluir que una medida es razonable si se produce una restricción del derecho fundamental en un grado similar al grado de beneficio que se obtiene con la consecución de la finalidad.

Esta concepción “costos–beneficios” que definiría la *relación razonable* es acogida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Luego de afirmar que para que una medida sea proporcional debe cumplir el juicio de idoneidad y de necesidad, ha establecido que la medida será proporcional “si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”²⁶.

De igual forma, esta concepción suele estar presente en el razonamiento del Tribunal Constitucional peruano. Así, por ejemplo, tiene dicho este Tribunal de la Constitución que “la esencia de la igualdad consiste no en impedir diferenciaciones, sino en evitar que estas carezcan de justificación objetivamente razonable, y se respete una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”²⁷.

²⁶ STC 207/1996, de 17 de diciembre, f. j. 4.e. En ese mismo fundamento, termina afirmando el Tribunal Constitucional que “[a]sí pues, para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 C.E.D.H.), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin, y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes”.

²⁷ Exp. 0005–2002–AI/TC (acumulados con otros), de 10 de marzo de 2003, f. j. 8. Manifestación también de la concepción “costos–beneficios” lo constituye un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la detención preventiva en los siguientes términos: “[c]omo antes se ha sostenido, la detención judicial preventiva, además de ser una medida provisional, debe encontrarse acorde con el principio de proporcionalidad. Ello significa que la detención judicial preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado”. Exp. 1260–2002–HC/TC, de 9 de julio de 2002, f. j. 6.



Para continuar con el caso referido al artículo 7 de la Ley 27755, y sobre el cual ya se estudiaron los juicios de idoneidad y necesidad que hace el Tribunal Constitucional, se debe decir que este Tribunal también ha formulado el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Así se puede concluir de su afirmación en el referido caso por la cual “si bien el formulario registral legalizado por Notario no goza de la solemnidad de una escritura pública, se ha optado por una medida que no termina por desvirtuar la seguridad jurídica, sino que, respetándola dentro de términos todavía razonables, presenta una opción legislativa proporcional frente al fin legítimo que se pretende alcanzar”²⁸.

b) Riesgo en la aplicación del juicio: necesidad del juicio del contenido esencial de los derechos fundamentales

Pero la aplicación estricta de esta concepción costo–beneficio corre el riesgo de que con su ejecución se termine vulnerando derechos fundamentales. En efecto, si a mayor importancia o trascendencia del fin se ha de permitir una mayor restricción del derecho fundamental, entonces, no habrá problema para admitir que una finalidad especialmente relevante pueda terminar por aniquilar un derecho fundamental en un caso concreto. Es decir, la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, puede terminar desnaturalizando el contenido esencial de un derecho fundamental²⁹, y con ello, puede terminar legitimando una medida inconstitucional.

Por este camino y en buena cuenta, los derechos fundamentales no terminarán por actuar como verdaderos y eficaces límites a la actuación del poder político, pues a éste nunca le faltarán buenas razones (“razones de Estado”) para decretar verdaderas desnaturalizaciones y violaciones de los derechos fundamentales³⁰.

Este riesgo, sin embargo, puede ser controlado si al juicio de razonabilidad se le añade un último juicio: el del contenido esencial de los derechos fundamentales. De esta manera, “la garantía del contenido esencial opera como control de constitucionalidad de las medidas proporcionadas que ya han superado el *test* de razonabilidad”³¹.

²⁸ Exp. 0016–2002–AI/TC, citado, f. j. 9.

²⁹ La expresión “contenido esencial” de un derecho fundamental, se empleará en el siguiente trabajo no para significar la existencia de una parte “no esencial” en el contenido de un derecho, el cual pueda quedar a disposición del legislador. Se emplea más bien para significar que todo el contenido del derecho (que es uno sólo) todo él se corresponde con la *esencia* del derecho, que todo él es esencial porque pertenece a la ontología del derecho fundamental en cuestión. Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. *Elementos de una...* Ob. cit. p. 138.

³⁰ Hablando de esa concepción costo–beneficio, acertadamente ha afirmado Cianciardo que “este planteamiento de la razonabilidad no impide siempre y en todos los casos que el legislador o el administrador violen los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, una conceptualización del principio de proporcionalidad que acabe en un balance entre el peso del derecho de que se trate y el de las razones que han conducido al legislador a decidir una restricción determina, en última instancia, que los derechos fundamentales pierdan su carácter de barrera infranqueable para el poder. En efecto, bastará el concurso de “razones de estado” más o menos convincentes para que los derechos sean dejados de lado”. CIANCIARDO, Juan. *Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales*. En: “Persona y Derecho”, n° 41, 1999, p. 50.

³¹ Idem, ps. 51–52.

No es el momento de abundar en el significado de la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales³². Simplemente se afirmará que es una figura plenamente vigente en el ordenamiento constitucional peruano al haber sido introducida a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³³, y que le es plenamente aplicable la doble vía que para la determinación del contenido constitucional del derecho ha previsto el Tribunal Constitucional español.

La primera de las vías “es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”³⁴.

La segunda vía en la determinación del contenido constitucional de un derecho, “consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”³⁵.

Estas dos vías o caminos “no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con

³² Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Acerca de la garantía del “contenido esencial” y de la doble dimensión de los derechos fundamentales*. En: “Revista de Derecho de la Universidad de Piura”, vol. 3, 2002, ps. 28–40.

³³ Sólo por citar algunas sentencias: Exp. 1100–2000–AA/TC, de 30 de noviembre de 2000, f. j. 2, Exp. 0014–2002–AI/TC, de 21 de enero de 2002; Exp. 1593–2003–HC/TC, de 30 de enero de 2004, f. j. 11 y 19.

³⁴ STC 11/1981, de 8 de abril, f. j. 8, párrafo primero.

³⁵ Idem, f. j. 8, párrafo segundo.



la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse”³⁶.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PENAL

1. *Campos de verificación del principio de proporcionalidad*

Si bien el principio de proporcionalidad debe aplicarse en todos los ámbitos del quehacer jurídico, indudablemente donde tiene un importante campo de prueba es en el derecho sancionador, particularmente en el derecho penal. Por esta razón es que se abre este apartado, para constatar cómo es la operatividad de lo que se lleva dicho acerca del principio de proporcionalidad cuando se trata de sancionar conductas delictivas a través de la afectación de derechos como el derecho a la libertad. Se ha de decir una vez más que el razonamiento se hará siempre en función del ordenamiento jurídico peruano.

En materia penal, el poder punitivo del Estado (*ius puniendi*) se manifiesta a través del establecimiento de sanciones de las conductas previamente definidas como delictivas. De ahí que en el ámbito penal se suele hablar del principio de *proporcionalidad de las penas*. Sobre esto ha dicho el Tribunal Constitucional peruano que “el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa-penitenciaria de la pena”³⁷.

Cuando se hable del principio de proporcionalidad de las penas, por tanto, hay que considerar la eficacia en tres ámbitos: la determinación legal de las penas (son las penas que de modo abstracto y general el legislador prevé para los diferentes tipos penales); la determinación judicial de la pena (son las concreciones que en cada caso hace el juez al sancionar con una pena determinada al que incurre en conducta delictiva); la determinación administrativa de la pena (que se manifiesta en la ejecución de la pena y está muy relacionada con la aplicación de los beneficios penitenciarios que pueda decretar el juez de ejecución penal).

2. *Una misma lógica operativa*

Como no podía ser de otro modo, cuando se trata de la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito penal, la lógica operativa que se ha estudiado anteriormente de este principio, no sufre ningún cambio. Se trata de establecer si la intervención del poder punitivo en la esfera jurídica de derechos como la libertad, es proporcional; es decir, si se trata de una intervención idónea, necesaria y equilibrada (proporcionada en sentido estricto), según como se ha definido anteriormente estos tres juicios.

Así, por ejemplo, manifiesta esta lógica el Tribunal Constitucional peruano cuando hablando de la determinación legislativa de la pena, ha establecido que frente a ella

³⁶ Idem, f. j. 8, párrafo tercero.

³⁷ Exp. 0010-2002-AI/TC, citado, f. j. 139.

corresponde al Tribunal Constitucional “indagar si los bienes o intereses que se tratan de proteger son de naturaleza constitucional y por tanto, son socialmente relevantes; asimismo, evaluar si la medida es idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que se persiguen, por no existir otras penas menos aflictivas de la libertad y, finalmente, juzgar si existe un desequilibrio manifiesto, esto es, excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma”³⁸.

La lógica del juicio de idoneidad claramente se nota al momento en que establece que se ha de examinar si la medida tiene un fin y si ese fin es constitucional y socialmente relevante. Del mismo modo, se manifiesta la segunda parte del juicio de idoneidad cuando dispone la necesidad de “evaluar si la medida es idónea”, es decir, si la medida como tal puede alcanzar ese fin constitucional y socialmente relevante que debe prever.

La lógica del juicio de necesidad también la manifiesta de modo claro, al mandar que para que la medida sea proporcional se debe examinar si la medida siendo idónea (y por tanto eficaz para el logro del fin), es la *menos aflictiva de la libertad*. Y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto queda patente cuando manda que la medida (la sanción que supone una aflicción de la libertad) debe ser equilibrada en función del beneficio que se espera obtener con la consecución del fin. Nótese, en todo caso, que para que la medida no supere este juicio se debe estar ante un desequilibrio *manifiesto*. Esto quiere decir –como ya se tuvo oportunidad de tratar– que en caso de duda se ha de concluir a favor de la proporcionalidad de la medida.

3. *El juicio de adecuación o de idoneidad*

Predicar este juicio para el ámbito de determinación legal de las penas (que incluye las penas propiamente dichas y las medidas de seguridad) exige que la previsión de una conducta como tipo penal y la previsión de su consecuencia jurídica, sean aptas para lograr la finalidad que se pretenda. Esta finalidad en la norma penal es doble. Por una lado, la persecución de una determinada conducta como delito a fin de buscar su erradicación de la sociedad; y, complementariamente, buscar la readaptación del delincuente a la sociedad. Es así que el Tribunal Constitucional tiene manifestado que “el legislador goza, dentro de los límites de la Constitución, de un amplio margen de libertad para determinar las penas, atendiendo no sólo al fin esencial y directo de protección que corresponde a la norma, sino también a otros fines o funciones legítimas, como los señalados en el inciso 22) del artículo 139º de la Constitución”³⁹.

Dispone el Máximo intérprete de la Constitución, que el legislador al momento de prever una pena, no sólo deberá atenerse a la finalidad de protección de un bien jurídico fundamental, sino que además deberá tener en cuenta que es un principio constitucional que “el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y

³⁸ Idem, f. j. 142.

³⁹ Idem, f. j. 141.



reincorporación del penado a la sociedad” (artículo 139.22 CP). Esto es especialmente importante porque en buena cuenta se está disponiendo un doble parámetro para el juicio de idoneidad. La idoneidad de una ley penal, por ejemplo, no sólo se definirá a partir de que la medida sea apta para conseguir la protección de un bien jurídico en particular, sino que su idoneidad se definirá también con respecto a su eficacia para lograr “la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”. Consecuencia necesaria de lo que se lleva dicho es la inconstitucionalidad en el ordenamiento constitucional peruano de las leyes que dispongan como pena la pena de muerte y la pena de cadena perpetua, porque serán medidas desproporcionadas por no haber superado el juicio de idoneidad, pues en uno y otro caso, la medida no es apta para lograr una finalidad, la que busca la reincorporación del penado a la sociedad. En el primer caso porque el delincuente deja de existir, y en el segundo porque el delincuente no tendrá realmente la posibilidad de reincorporarse a la sociedad, si va cumplir pena privativa de la libertad de por vida.

4. *El juicio de necesidad*

En materia penal a través del juicio de necesidad se exige que la incriminación de una conducta sea el medio imprescindible para la protección de un determinado bien jurídico y, a la vez, suponga la intervención mínima posible sobre los derechos de la persona a quien se le imputa la conducta incriminada. De esta manera, para que la medida cuya proporcionalidad se examina supere el juicio de necesidad, debe ser una medida que se ajuste a las exigencias de dos principios de derecho penal: el principio de protección de bienes jurídicos y el principio de intervención mínima.

a) El principio de protección de bienes jurídicos

El empleo del *ius puniendi* del Estado sólo se justifica en la medida que se dirige hacia la protección de la sociedad, más en concreto de sus intereses fundamentales. A estos intereses se denominan “bienes jurídicos”. Así, sólo se deberán criminalizar conductas socialmente dañosas, que efectivamente lesionen bienes jurídicos protegidos por el derecho. Por tanto, dos son los elementos que conforman este principio: la existencia de un bien jurídico y la efectiva lesión o puesta en peligro del mismo⁴⁰. Supondrá lo que se ha dicho que, una medida será desproporcionada por no haber superado el juicio de necesidad, cuando se criminalice una conducta que no es socialmente dañosa, en la medida que no vulnera efectivamente ningún bien jurídico⁴¹.

Por otro lado debe tenerse presente siempre que el principio de protección de bienes jurídicos exige que “[l]a determinación del catálogo de bienes jurídicos que constitucionalmente admiten por su relevancia una protección penal debe completarse por una jerarquización entre los mismos, dotándolos respectivamente de una protección penal

⁴⁰ De ahí que a este principio también se le llame de *ofensividad o de lesividad*. Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego. *Curso de Derecho Penal*. Universitas, Madrid, 1996, p. 82.

⁴¹ Con razón se ha afirmado que “[n]o en vano, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, esto es, la realización de determinados hechos socialmente dañosos, es el *contenido esencial* de la infracción del orden jurídico que conocemos precisamente con el nombre de “delito””. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal*. 3ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, ps. 233–234.

–de unas penas– proporcionadas en su gravedad a la relevancia valorativa de dichos bienes”⁴².

Por lo demás, se trata de un principio plenamente reconocido en el ordenamiento penal peruano, cuando en el Título IV del título preliminar del Código penal se dispone que “[l]a pena, necesariamente, precisa de la lesión y puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

b) El principio de intervención mínima

El principio de intervención mínima del derecho penal exige que la defensa del bien jurídico que se propone, se realice a través del derecho penal después de haber fallado en el mismo intento otras ramas del derecho (incluso la del derecho administrativo sancionador) y se realice de la manera igualmente eficaz para la consecución de la finalidad, pero del modo menos gravoso para los derechos de las personas⁴³.

Este principio, a su vez, queda estrechamente relacionado con el principio de subsidiaridad: en la protección de los bienes jurídicos, “[d]eberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción, como una adecuada *Política social*. Seguirán a continuación las *sanciones no penales*: así, civiles (...) y administrativas (...). Sólo cuando ninguno de los medios anteriores sea suficiente estará legitimado el recurso de la pena o de la medida de seguridad”⁴⁴.

Del mismo modo, está vinculado con el principio del carácter fragmentario del Derecho penal, por el cual se exige que el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes [jurídicos] que protege, sino sólo las *modalidades de ataque más peligrosas* para ellos”⁴⁵. Ello precisamente por la gravedad que supone para los derechos de la persona, la intervención penal estatal⁴⁶.

Y es que “[q]ue el Derecho penal *sólo* deba proteger "bienes jurídicos" no significa que *todo* "bien jurídico" haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes

⁴² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho...* Ob. cit., p. 49.

⁴³ De esta manera, “[a] la exigencia de que el Derecho penal intervenga solamente para la protección de bienes jurídicos fundamentales se une como consecuencia del principio de proporcionalidad el que esa intervención punitiva que restringe las esferas de la libertad y que mediante la pena priva o condiciona el ejercicio de derechos fundamentales sea el último de los recursos de los que el Estado tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos (...) y, a su vez, que sea lo menos gravoso posible para los derechos individuales”. Ibidem.

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* Ob. cit., p. 90.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Como ha apuntado Bustos Ramírez, “dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación lesiva del bien jurídico, sino respecto de hechos muy determinados y específicos. Lo contrario significaría una ampliación de la actividad punitiva del Estado que podría llevar a una paralización de la vida social y a provocar la inseguridad de las personas permanentemente amenazadas por la violencia del Estado”. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZABAL MALAREE, Hernán. Vol. I, Trotta, Madrid, 1997, ps. 66-67.



jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiaridad y carácter fragmentario del Derecho penal”⁴⁷.

De ahí que, pueda ser desproporcionada por no superar el juicio de necesidad una medida legislativa que criminaliza y sanciona una conducta que ha supuesto una afectación irrelevante al bien jurídico. O sería desproporcionada por igual razón una medida del legislador por la que se penaliza una conducta, sin que se haya acudido previamente a otras medidas que, existiendo, razonablemente se prevé llevarían al mismo resultado. Es este último el caso, por ejemplo, en el que el legislador prevé sólo prisión preventiva para cualquier tipo de delito sin permitir otro tipo de medidas igualmente eficaces, como puede ser la detención domiciliaria. Es el caso también en el que el juez penal decreta prisión preventiva contra un procesado por un delito cuando en el caso concreto la misma finalidad que se persigue con la medida de detención preventiva puede perfectamente lograrse con la medida de detención domiciliaria, estando ésta última prevista en la legislación correspondiente⁴⁸.

5. *El juicio de proporcionalidad en sentido estricto*

A diferencia del juicio de necesidad que fundamentalmente consiste en determinar la proporcionalidad en la determinación del campo de conductas que se han de configurar como delitos, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto dirige su atención a las consecuencias de esas conductas criminalizadas, es decir, a las penas y medidas de seguridad que se hayan de prever para delitos concretos. Por eso, este principio en materia penal se le conoce como principio de proporcionalidad de las penas. Coviene –como se hará inmediatamente– estudiar el juicio de proporcionalidad en los dos ámbitos en los que opera: en el de la previsión legislativa; y en el de la aplicación judicial.

a) Proporcionalidad en la previsión legislativa o proporcionalidad abstracta

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto referido de las previsiones legislativas exige que exista un equilibrio entre la gravedad de la pena dispuesta legislativamente para un delito (marco penal), la relevancia del bien jurídico que se protege con la previsión del delito, la forma (gravedad) del modo como se ha afectado el bien jurídico, y las propiedades subjetivas con las que actuó el delincuente. Estas consideraciones deberán ser examinadas conjuntamente a efectos de determinar si supera el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. De manera que es una exigencia del principio de proporcionalidad el que las penas más graves deberán ser reservadas para las afectaciones más graves de bienes jurídicos especialmente importantes para la sociedad a través de conductas dolosas.

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición (2ª reimpresión), Barcelona, 1998, ps. 91–92.

⁴⁸ El último de los ejemplos mencionados fue el resuelto en el Exp. 1260–2002–HC/TC, de 9 de julio de 2002, en el que el Tribunal Constitucional peruano tuvo oportunidad de manifestar que “[s]i de lo que se trata es de evitar que en el caso se produzca una sustracción de la acción de la justicia por parte de los recurrentes (...), para ello el juez penal cuenta con una serie de medidas previstas en nuestro ordenamiento procesal penal menos aflictivas sobre la libertad individual de los recurrentes a los cuales puede apelar”. F. j. 6.

Dentro de un Estado democrático, el “Derecho penal (...) debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la “nocividad social” del ataque al bien jurídico”⁴⁹. En cualquier caso, no debe olvidarse que penas desproporcionadas sólo pueden generar la desobediencia de la norma penal: “[l]a exigencia de proporcionalidad no es solamente de orden jurídico, sino también requisito material de la prevención, pues sólo penas proporcionadas a la gravedad de los delitos y a su violación social están en condiciones de motivar a los ciudadanos al respeto a las normas”⁵⁰.

Una medida legislativa, por ejemplo, podría llegar a ser inconstitucional por desproporcionada por no superar el juicio que se comenta ahora, si sanciona con la misma pena la consumación y la tentativa de un delito; o si sanciona con la misma pena las conductas dolosas y las culposas.

b) Proporcionalidad en la aplicación de las penas o proporcionalidad concreta

La proporcionalidad abstracta era la exigencia dirigida al legislador para que previera penas en relación de equilibrio con las conductas delictivas. La previsión penal de sanciones que realiza el legislador, es disponiendo un máximo y un mínimo de pena. Es decir, lo que se prevé legislativamente es un marco que deberá ser concretado en cada caso concreto y dependiendo de las especiales circunstancias del agente y del hecho que lesionan un bien jurídico. Esa tarea de concreción corre por cuenta del juez penal. Será él quien, a la vista de las circunstancias del caso concreto, definirá para la concreta comisión de un delito por un concreto delincuente, la pena que como castigo a su conducta dañosa, deberá enfrentar. Precisamente para cumplir con esa función de determinación de la pena que realiza el juez penal, se exige que se actúe según el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

El juez penal deberá considerar una serie de factores si quiere actuar de acuerdo a las exigencias de la proporcionalidad. En primer lugar, y aunque parezca ocioso decirlo, el juez sólo podrá sancionar con una pena aquellas conductas que estén expresamente detalladas como delitos y, por tanto, como sancionables: “[s]i no existe una ley que incrimine una conducta, aun cuando la conducta sea altamente dañosa y lesiva para la sociedad, la proporcionalidad se diluye dado que no habrá obligación jurídica dirigida al juez de imponer una pena”⁵¹. Esto viene a significar que el principio de proporcionalidad presupone necesariamente el principio de legalidad.

En segundo lugar, deberá tomar en consideración una serie de circunstancias cuando deba definir la pena: si el que interviene en el hecho lo hace a título de autor o como partícipe o cómplice; si se está o no ante un delito que se llegó a consumar, y si la no consumación se

⁴⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...* Ob. cit., p. 101.

⁵⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho penal...* Ob. cit. p. 51.

⁵¹ CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho. Parte general*. Gaceta Jurídica, Lima, Febrero de 2002, p. 318.



debe a causas propias o ajenas del sujeto imputado; si el delito aparece de manera aislada o en concurrencia con otras figuras delictivas; y en general, todas las circunstancias que se detallan en los artículos 45 y 46 del Código penal⁵².

En tercer lugar, se deberá tener en cuenta que la proporcionalidad que se exige en el ámbito penal es una proporcionalidad en sentido garantista, es decir, “que ha de servir para determinar los grados máximos de penalidad y no para definir grados mínimos irreductibles”⁵³. Esto significa que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto está pensado para impedir que se condene a un sujeto a una pena mayor a la que resulte de la relación de adecuación entre la importancia del bien jurídico lesionado, la gravedad en su afectación, la gravedad de la conducta y las calidades subjetivas del imputado.

Por esta razón es que puede considerarse que la base legal, al menos del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se encuentra en el artículo VIII del Título preliminar del Código penal, en el que se dispone que “[l]a pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho”⁵⁴. En este sentido también se ha manifestado el Tribunal Constitucional peruano, el mismo que ha establecido que el principio de proporcionalidad “impone al legislador el que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Este principio, en el plano legislativo, se encuentra en el artículo VII del título preliminar del Código Penal, que señala que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”⁵⁵.

⁵² Establece el artículo 45 del Código penal que “[e]l Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente;
2. Su cultura y sus costumbres; y
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen”.

Por su parte, el artículo 46 del Código penal dispone que “[p]ara determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles y fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente”.

⁵³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. *Lecciones de Derecho penal...* Ob. cit. p. 53.

⁵⁴ Para Castillo Alva, “[l]a ley en el precepto mencionado sólo consagra la prohibición que la penalidad pueda sobrepasar la responsabilidad por el hecho, más no dice nada acerca de los criterios materiales de los cuales puede derivarse u obtenerse el principio de proporcionalidad. En realidad, el legislador lo único que declara es una prohibición de exceso que constituye uno de los principales derivados del principio de proporcionalidad”. CASTILLO ALVA, José Luis. *Principios de Derecho Penal...* Ob. cit., p. 294.

⁵⁵ Exp. 0010-2002-AI/TC, citado, f. j. 140.

El sentido garantista del juicio de proporcionalidad en materia penal al que se ha hecho referencia anteriormente, supone que el juez penal no deberá estar impedido de reducir la pena por debajo del mínimo que el legislador haya previsto para un delito en particular. E incluso, deberá estar habilitado para sustituir la pena de prisión por otras penas más leves. Precisamente por esta razón es que en el ordenamiento penal peruano se han previsto normas como el artículo 20 y el artículo 21 del Código penal⁵⁶, y el último párrafo del artículo 136 del Código de procedimientos penales⁵⁷, por los cuales se recogen los supuestos en los que el juez queda habilitado para disminuir la pena por debajo del mínimo legal. De igual manera, se recoge en el artículo 52 del Código penal⁵⁸ los casos en

⁵⁶ El artículo 20 del Código penal establece que “[e]stá exento de responsabilidad penal:

1. El que por anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;

2. El menor de 18 años.

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y,

c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa;

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y

b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;

6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza;

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor;

8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;

9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones; y,

10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición”.

Por su parte, el artículo 21 del Código penal establece que “[e]n los casos del artículo 20º, cuando no concorra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”.

⁵⁷ En la parte final de este artículo se ha previsto que “[l]a confesión sincera debidamente comprobada puede ser considerada para rebajar la pena del confeso a límites inferiores al mínimo legal”.

⁵⁸ En el artículo 52 se dispone que “[e]n los casos que no fuera procedente la condena condicional o la reserva del fallo condenatorio, el Juez podrá convertir la pena privativa de libertad no mayor de dos años en otra de multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres, a razón de un día de privación de libertad por un día-multa, por una jornada de prestación de servicios a la comunidad o por una jornada de limitación de días libres”.



los que procede por parte del juez, la conversión de la pena privativa de libertad en otras menos.