



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A TRAVÉS DEL HÁBEAS CORPUS

Luis Castillo-Córdova

Perú, 2008

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2008). La aplicación del principio de proporcionalidad a través del hábeas corpus. En L. Castillo (Coord.). *En defensa de la libertad personal: estudios sobre el Habeas Corpus* (233-277). Lima: Palestra Editores.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de la importancia del principio de proporcionalidad particularmente para la interpretación constitucional. Más allá de un extendido entendimiento del mismo que parte desde una visión conflictivista de los derechos fundamentales, se ha de rescatar un modo de entender la proporcionalidad como una técnica de hermenéutica constitucional dirigida a definir contenidos constitucionales concretos a partir de normas constitucionales abstractas, genéricas e imprecisas. Papel especialmente decisivo juega en referencia a los derechos fundamentales, cuando se ha de definir una concreta solución a una controversia iusfundamental dentro de las circunstancias de un caso concreto.

De entre esos derechos fundamentales, uno decisivamente importante es el de la libertad personal. El principio de proporcionalidad, como se verá, ha sido invocado y aplicado por el Tribunal Constitucional cuando ha tenido que resolver las controversias que generaba el ejercicio de la mencionada libertad fundamental. Esas controversias se han presentado y decidido a través del proceso constitucional de hábeas corpus, tal y como lo ha dispuesto el mandato constitucional.

A partir de aquí, necesariamente, se abren una serie de cuestiones. Así, ¿cómo ha acontecido la aplicación del principio de proporcionalidad en la solución de las controversias iusfundamentales que involucraba a la libertad personal o a algún derecho constitucional conexo a ésta? ¿Cuál es el significado de la proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando se ha tratado de la defensa de la libertad personal o derechos conexos? A resolver estas cuestiones se destina este trabajo.

Hoy en día la proporcionalidad se formula como necesario complemento de entender los derechos fundamentales como principios. En la base de este entendimiento, se encuentran teorías que admitiendo que los derechos fundamentales se expanden ilimitadamente, pretenden dar una respuesta a la determinación de aquello que debe ser objeto de protección constitucional en el caso concreto. Por eso se empezará formulando un estudio –aunque breve– de teorías como las absolutas y relativas, para inmediatamente después pasar a estudiar el significado del principio de proporcionalidad dentro del contexto que dibujan esas teorías. Una vez expresadas estas bases dogmáticas, se estará en condiciones de analizar la diversa y abundante jurisprudencia constitucional en la que ha acudido al principio de proporcionalidad para decidir y fallar una demanda de hábeas corpus. Finalmente, no será un estudio completo si es que no se analizase este derrotero jurisprudencial para establecer si en él se ha recogido el modo de entender la proporcionalidad al que conduce las antes mencionadas teorías, o si por el contrario, más bien hay espacio para un entendimiento diferente¹.

¹ De modo que este trabajo significará dar un paso más respecto de otros dos trabajos que sobre este mismo tema he publicado antes: “El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal”, en MALLAP, Johnny (editor), *Tendencias modernas del Derecho*, Normas Legales, Trujillo, septiembre 2004; y “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, número 11, julio–diciembre 2005.



II. TEORÍAS ABSOLUTAS Y RELATIVAS

1. *Derecho fundamental y contenido constitucional*

De modo general puede afirmarse que todo derecho tiene un contenido jurídico reconocible y determinable, lo que significa que cada derecho significa y tiene el alcance que su contenido jurídico le ha previsto. El derecho faculta a su titular a realizar sólo las acciones que su contenido jurídico le otorgue, de modo que el impedimento de realización de esas acciones significará la vulneración del derecho. A los derechos fundamentales, por ser derechos, le es aplicable igualmente esta categoría del contenido jurídico, de modo que es posible hablar del contenido jurídico de un derecho fundamental. Este contenido puede tener naturaleza constitucional o naturaleza *infra* constitucional. La primera conforma el contenido jurídico *ex Constitutione*, y la segunda –principalmente aunque no exclusivamente– conforma el contenido jurídico *ex Lege*.

Aquí interesará hacer referencia sólo al primero, al menos por las siguientes razones. Primera, porque el contenido legal de un derecho fundamental será jurídicamente válido en tanto sea un contenido ajustado al mandato constitucional, es decir, en la medida que no contravenga el contenido constitucional del derecho fundamental. Y segundo, porque cuando se habla de limitaciones del contenido de un derecho fundamental, ellas se plantean y justifican desde la Constitución misma. Así, desde la Constitución preguntarse, por ejemplo, qué es el derecho a la libertad de tránsito, significa preguntarse por el contenido constitucionalmente reconocido y protegido de ese derecho fundamental.

No existe dificultad en admitir que el objeto de protección cuando se habla de derechos fundamentales, por ejemplo a través de los procesos constitucionales, es el contenido constitucional de cada derecho. La protección del contenido constitucional de un derecho fundamental es la garantía de incolumidad del derecho: todo derecho fundamental tiene un contenido constitucional que vincula y exige ser respetado. En este sentido, en la doctrina constitucional se habla de la “garantía del contenido esencial” (*Wesensgehaltgarantie*) de los derechos fundamentales para hacer referencia al contenido constitucional vinculante y exigible que trae consigo cada derecho fundamental². El “contenido constitucional” o “contenido esencial”³ de cada derecho fundamental así entendido será vinculante no sólo respecto del legislador –que es de quien normalmente se

² En la Constitución alemana se ha dispuesto que “[e]n ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial” (artículo 19.2 LF). Este dispositivo constitucional tuvo decisiva influencia en otros ordenamientos jurídicos, los cuales terminaron dando también reconocimiento constitucional a esta garantía. Así, por ejemplo, la Constitución española, en la que se ha establecido en referencia a los derechos fundamentales que “[s]ólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial” (artículo 53.1 CE). Estos dos ordenamientos constitucionales han influido en el peruano, pero no para ser reconocida la garantía en el texto de la Constitución, sino para ser admitida y empleada por el Tribunal Constitucional. Tiene dicho este Alto Tribunal que “[a]unque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa”. EXP. N.º 0014–2002–AI/TC, de 21 de enero de 2002, F. J. 94.

³ A lo largo de este trabajo se empleará indistintamente una u otra expresión, en la medida que se entiende que la expresión “contenido esencial” no se emplea para diferenciar una parte esencial de otra no esencial del contenido de un derecho fundamental, sino para significar que el contenido del derecho es uno sólo y todo él brota de la *esencia* –de aquello por lo cual el derecho es el que es y no es otro derecho diferente– del derecho fundamental que corresponda.

predica la vinculación– sino también del Ejecutivo y del Judicial como órganos del poder público, e incluso respecto de los particulares.

Sin embargo, si bien en este punto puede hallarse consenso, no ocurre lo mismo cuando se pretende establecer cuál es o cómo determinar el contenido constitucional de un derecho fundamental en concreto. Para resolver esta cuestión, sin duda una de las de mayor trascendencia a la hora de hablar de los derechos fundamentales, de su exigibilidad y de su protección, doctrinalmente se han planteado varias teorías. De entre ellas se han de destacar las llamadas teorías absolutas y las llamadas teorías relativas.

2. Teorías absolutas y teorías relativas

Proponer y admitir como jurídicamente posible la *restricción* (del contenido) de derechos constitucionales o fundamentales tiene su punto de partida en las llamadas teorías absolutas⁴. En buena cuenta estas teorías proponen que el contenido constitucionalmente reconocido de un derecho fundamental cuenta con dos facetas. Estas dos facetas están relacionadas una con la otra al modo de dos círculos concéntricos. El círculo interior contiene la parte esencial del derecho fundamental; mientras que el círculo exterior vendría a dibujar su parte no esencial.

La parte nuclear o contenido esencial del derecho es absoluta, esto quiere decir que no puede ser dispuesta (limitada, restringida o sacrificada) por el legislador (y con él por el Ejecutivo, el Judicial y los particulares) en ningún momento y bajo ninguna circunstancia. Se trata de un límite absoluto (*absolute Grenze*), el cual de ser cruzado genera automática y necesariamente la vulneración del contenido esencial del derecho fundamental⁵. Mientras que la parte no esencial, accidental o periférica del derecho vincula al legislador solo relativamente, de manera que el legislador podrá afectar (limitar, restringir, sacrificar) la parte no esencial siempre y cuando exista una justificación para ello.

La justificación, en estos casos, sólo puede consistir en la necesidad de salvar otro derecho constitucional u otro bien jurídico constitucional⁶. La necesidad de sacrificio de un derecho fundamental en su parte no esencial así como la magnitud del mismo, podrá ser determinado a través del principio de proporcionalidad, entendido como uno de los límites de los límites (*Schranken-schranken*) de los derechos fundamentales, en particular, a través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto o también llamado ponderación, a los que se aludirá más adelante.

Algo semejante, aunque no exactamente igual ocurre con las llamadas teorías relativas de la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Para estas teorías, en buena cuenta, el contenido constitucional del derecho fundamental no está dividido en dos partes, una esencial y otra no esencial, como lo proponía las teorías absolutas. El contenido es uno solo, y –digámoslo así– todo él puede ser limitado,

⁴ Sobre esta teoría en Alemania Cfr. GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1994, ps. 226–271.

⁵ BVerfGE 16, 194 (201).

⁶ Como bien se ha puesto de relieve, en estas teorías “la periferia puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 405.



restringido o sacrificado por el legislador (y con él, por el Ejecutivo, el Judicial y los particulares), siempre y cuando la medida que limita, restringe o sacrifica el contenido del derecho fundamental haya pasado el *test* de proporcionalidad, en particular, las exigencias de la ponderación. Como se ha dicho “el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación”⁷.

III. LA TEORÍA EXTERNA DE LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *Los límites como realidades impuestas desde fuera del derecho mismo*

Ambas clases de teorías siendo distintas coinciden, sin embargo, en la concepción de la naturaleza jurídica del contenido normativo de los derechos fundamentales y de la posición jurídica del poder político frente a ellos. Así, los derechos fundamentales pueden ser *restringidos*, debido a que su contenido no es absoluto, sino que esencialmente es un contenido disponible (totalmente según las teorías relativas, y parcialmente en las absolutas) precisamente para formular la *restricción* o incluso la *suspensión* –como ocurre en los llamados regímenes de excepción– en el caso concreto⁸.

Esto que se acaba de decir permite formular las siguientes dos consecuencias. La primera es que el contenido jurídico constitucional de un derecho fundamental no vincula de modo absoluto al poder político, sino que éste –a través del Legislador, el Juez o la propia Administración– podría válidamente desconocer una exigencia propia del contenido del derecho. Y la segunda es que este desconocimiento sólo será posible si es que así lo exige la salvación de otro derecho o bien jurídico constitucional, lo cual se determinaría siempre a través del principio de proporcionalidad.

2. *Los derechos fundamentales como principios*

En referencia a la primera de las dos mencionadas consecuencias, hoy en día es común la afirmación de que el poder político (en todas sus manifestaciones) puede *restringir* o *suspender* derechos fundamentales. La justificación de esta afirmación es que ello es posible debido a que los derechos fundamentales, primero, tienen la calidad de principios⁹, por lo que –segundo– no sólo tienen reconocido un peso específico¹⁰, sino que además –tercero– son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en grados e intensidades distintas¹¹. Por lo que, es posible atribuir pesos a los derechos fundamentales, y dependiendo del peso el derecho alcanzará un grado de optimización u otro, cuando ambos concurren en las circunstancias del caso concreto¹².

⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (trad. Ernesto Garzón Valdéz), p. 288.

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “Hábeas corpus, amparo y hábeas data en regímenes de excepción”, en CASTANEDA OTSU, Susana (coord.). *Derecho Procesal Constitucional*, tomo II, 2ª edición, Jurista editores, Lima, julio 2004, ps. 991–1020.

⁹ Se ha afirmado que “[l]a teoría de los principios, y con ella la teoría de los derechos limitables, es hasta ahora el mejor camino hacia un mayor entendimiento de la estructura de los derechos fundamentales”. BOROWSKI, Martin, “La restricción de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 59, mayo–agosto 2000, p. 56.

¹⁰ DWORKIN, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en ÍDEM, *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 92.

¹¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 86.

¹² Por ejemplo, conocida es la fórmula del peso planteada por Alexy:

$$G_{Pi,jC} = \frac{IPiC}{-----}$$

Ciertamente, el reconocimiento de un peso a los derechos fundamentales como principios no es un peso abstracto que haga posible hablar de jerarquías generales e inamovibles entre ellos, pues “no existen jerarquías internas en la Constitución”¹³. Por el contrario, debido a que los derechos fundamentales contienen un mandato de optimización por el que se ordena “que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas”¹⁴, la optimización tendrá lugar siempre en las concretas circunstancias del caso, de modo que lo que llega a establecerse es una jerarquía móvil de derechos¹⁵. La solución del conflicto entre principios, definido como “dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio”¹⁶, se obtiene precisamente estableciendo cuál de los dos principios en colisión tiene mayor peso en el caso concreto. Y es que, “el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan sólo de pesos relativos”¹⁷ al caso concreto.

En efecto, teniendo en cuenta que “la colisión de principios –cómo sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”¹⁸, la solución de la colisión pasa por determinar cual de los dos derechos (principios) en colisión tiene el mayor peso y cual el menor. En el caso concreto, el primero será el derecho vencedor, y por ello precederá al segundo que es el derecho vencido. La consecuencia necesaria es que, siempre en el caso concreto, el derecho vencedor podrá ser optimizado a costa del derecho vencido.

3. Contenido *prima facie* y contenido definitivo de los derechos

Mientras que en referencia a la segunda de las dos mencionadas consecuencias, tanto la categoría de conflicto entendido como *choque*, como la solución del mismo entendido como *prevalencia del derecho fundamental* (principio) que tiene mayor peso en el conflicto concreto, sólo son posibles de ser formuladas y ejecutadas con base en la distinción entre contenido constitucional *prima facie* o también llamado “ámbito de protección inicial”¹⁹, o “contenido constitucionalmente protegido *ab initio*”²⁰, y contenido constitucional *definitivo* del derecho fundamental como principio. En efecto, si los derechos fundamentales son considerados principios, y el principio es definido como un

WPjC

Esta fórmula significa que el peso (G) del principio Pi en relación al principio Pj, es igual al cociente entre la intensidad de intervención en Pi en las circunstancias concretas (C), y la importancia de Pj en las mismas circunstancias C. cfr. ALEXY, Robert, *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid 2004, p. 67.

¹³ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 191.

¹⁴ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 99.

¹⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 191.

¹⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 87.

¹⁷ Idem., p. 161.

¹⁸ Idem., p. 89.

¹⁹ BERNAL, PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 461.

²⁰ MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 153.



mandato de optimización, entonces los derechos fundamentales tal y como son recogidos en la Constitución “no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*”²¹.

Este carácter *prima facie* de los derechos fundamentales considerados como principios, configura el ámbito de protección inicial del derecho fundamental. Se trata de un ámbito caracterizado por su enorme amplitud, pues queda “conformado por todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución”²². Esta adscripción *prima facie* se lleva a cabo con criterios muy laxos, pues “[b]asta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por lo menos una propiedad que la relacione con la disposición iusfundamental, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita *prima facie*”²³. No se ha de reparar si la norma o posición adscrita “pueden dañar o afectar algún derecho de terceros o los intereses generales de la comunidad”²⁴. En definitiva, se trata de “la amplia esfera de libertad ‘natural’ ”²⁵.

Debido a que si se piensa un derecho fundamental con un contenido tan amplio como el referido convierte al derecho en una realidad impracticable y –por ello– jurídicamente no protegible ya que su ámbito normativo se extendería casi ilimitadamente, entonces se hace necesario *restringir* el ampuloso alcance *prima facie* del derecho para reducirlo a lo prácticamente posible y a lo jurídicamente aceptable. De modo que con la *restricción* el contenido *prima facie* se convierte en un contenido definitivo: “[u]na vez restringido, todo derecho fundamental adquiere su posición jurídica definitiva, o en otros términos, ciñe sus contornos, ya no a un ámbito de protección inicial, sino a un *contenido efectivamente garantizado*”²⁶. Consecuentemente, la *restricción* de los derechos fundamentales puede ser definida como “normas que restringen la realización de principios iusfundamentales”²⁷.

4. Teoría externa de los límites

En este contexto, los derechos fundamentales no podrán existir nunca en armonía pues *prima facie* chocan y se contradicen, y luego *definitivamente* cuando –con base en el principio de proporcionalidad– se ha resuelto el choque lo que existe es un derecho vencedor y un derecho vencido, es decir, un contenido constitucional con su alcance amplio, y otro derecho fundamental mutilado en su contenido constitucional. Utilizando la terminología propia de la teoría de los derechos fundamentales entendidos como principios se diría que “un principio únicamente puede realizarse a costa del otro”²⁸.

En la base de toda esta propuesta dogmática se encuentra la teoría externa de los límites de los derechos fundamentales²⁹. Según ésta teoría los límites de los derechos fundamentales son siempre imposiciones externas, que vienen generadas e instituidas desde fuera del

²¹ Idem 99.

²² BERNAL, PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 460.

²³ Ibidem.

²⁴ MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, ps. 61–62.

²⁵ Idem, p. 62.

²⁶ BERNAL, PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 461.

²⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 276.

²⁸ ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 103.

²⁹ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 140.

derecho mismo, son, por tanto, una realidad externa y distinta al contenido constitucional del derecho. La imposición la sufrirá el derecho vencido con un alcance proporcional al grado de optimización que se haya reconocido al derecho vencedor.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: MARCO TEÓRICO

1. *Derechos fundamentales como mandatos de optimización y proporcionalidad*

Este modo de ver las cosas empuja necesariamente a la aceptación de que los derechos fundamentales pueden entrar en verdadero conflicto entre sí o contra otros bienes jurídicos constitucionales. Si todos los derechos fundamentales inicialmente tienen un ámbito de protección que se expande casi ilimitadamente, entonces no hay modo de evitar que choquen entre sí. La Constitución sería *prima facie* un hervidero de derechos en constante e infinito choque y contradicción y en descarnada pugna por imponerse unos sobre otros a fin de lograr la requerida optimización.

Como el Derecho si pretende algún grado de eficacia debe ser constatado en su utilidad para regular y ordenar las relaciones humanas en la realidad, entonces se hace imprescindible encontrar la manera de determinar cual de los dos contenidos ampulosos y contradictorios entre sí deberá prevalecer. Optar por la maximización de un principio o derecho fundamental en lugar de su contrario depende de que sea posible dar mayores y mejores razones para establecer cuál derecho deberá prevalecer y cual deberá ser postergado. Un principio o derecho fundamental “es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor”³⁰. Estas razones que definen cual derecho fundamental deberá beneficiarse de la maximización porque tiene un mayor peso, y cuál deberá quedar rezagado, soslayado e incluso *lesionado* por su menor peso, se definirían principalmente a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. Como se ha escrito respecto del Legislador, aseveración fácilmente extendible a la Administración o al Juzgador, “[u]na ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la *lesión* que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo.

De esta manera, el principio de proporcionalidad dentro de las teorías absolutas, relativas y externas, tiene la misión de sopesar el contenido *prima facie* de dos derechos fundamentales a fin de establecer cual de ellos tiene un mayor peso en las circunstancias del caso concreto a fin de hacerlo prevalecer sobre el otro derecho fundamental. De esta manera, el principio de proporcionalidad se convierte en la figura decisiva para la determinación y diferenciación de posiciones jurídicas vencedoras y vencidas en los casos concretos.

2. *Fundamentación del principio de proporcionalidad*

A) Similitud entre el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad

El Tribunal Constitucional peruano ha interpretado que el principio de proporcionalidad equivale al principio de razonabilidad. Ha dicho el Supremo intérprete de la Constitución peruana que “[s]i bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea

³⁰ Idem, p. 100.



arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable”³¹. En este sentido, continuará diciendo el mencionado Tribunal, “el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios”³². Y es que “más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad”³³.

B) Un principio del entero ordenamiento jurídico

En el ordenamiento jurídico peruano, y a diferencia de lo que ocurre en las Constituciones alemana y española, se ha previsto expresamente en un dispositivo constitucional la existencia del principio de proporcionalidad, aunque para referirlo expresamente a la vigencia de los derechos constitucionales dentro de un régimen de excepción (último párrafo del artículo 200 CP). Ha sido 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. El mencionado Tribunal, luego de mostrar una postura más bien imprecisa y ambivalente en este asunto³⁴, actualmente tiene asentado el criterio jurisprudencial de reconocer el principio de proporcionalidad como un principio que informa el entero ordenamiento jurídico peruano: “[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”³⁵.

C) El Estado de Derecho como base del principio de proporcionalidad

Pero no es el único fundamento del principio de proporcionalidad encontrado por el Tribunal Constitucional peruano, sino que éste también lo funda en la cláusula del Estado

³¹ EXP. N.º 2192–2004–AA/TC, de 11 de octubre de 2004, F. J. 15.

³² Ibidem.

³³ EXP. N.º 0090–2004–AA/TC, de 5 de julio de 2004, F. J. 35. Igual declaración se encuentra en la sentencia al EXP. N.º 0013–2003–CC/TC, de 29 de diciembre de 2003, F. J. 10.6.

³⁴ Así, el Tribunal Constitucional erró cuando declaró improcedente una acción de amparo por la simple razón de que iba dirigida contra derechos suspendidos, sin tan siquiera plantearse la posibilidad de examinar si la concreta restricción del derecho suspendido era o no arbitraria por irrazonable o desproporcionada. En este caso, dijo el Tribunal Constitucional que “de conformidad con el artículo 29º de la Ley N.º 25398, decretados cualesquiera de los regímenes de excepción establecidos en la Carta Política del Estado, no procede las acciones de garantía cuando éstas se interponen en defensa de derechos constitucionales que han sido suspendidos, y teniéndose en cuenta que en el presente caso se configura dicho supuesto de suspensión, conforme se ha expresado en el fundamento anterior, resulta improcedente la presente acción de garantía”. EXP. N.º 0671–1997–HC/TC, de 23 de abril de 1998, F. J. 4.

³⁵ EXP. N.º 0010–2002–AI/TC, de 3 de enero de 2003, F. J. 138. Continuará diciendo el mencionado Tribunal que “[e]n 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”.

de derecho³⁶ y, complementariamente, en el valor justicia. Así, “[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”³⁷. Una medida que afecta un derecho fundamental, como puede ser una sanción, puede llegar a ser desproporcionada o irrazonable cuando aparece como manifiestamente injusta. En estos casos se habla adicionalmente de la violación del debido proceso en su dimensión material. En efecto, la violación del debido proceso “no solo ocurre cuando se afectan algunas de sus garantías formales, sino también *cuando no se observa un mínimo criterio de justicia*, es decir, un criterio objetivable a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”³⁸. Se parte, entonces, del entendido de que la razonabilidad, “en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia”³⁹.

3. Finalidad del principio de proporcionalidad: determinar la constitucionalidad de una medida que restringe derechos fundamentales

Admitido que los derechos fundamentales entendidos como principios son mandatos de optimización que chocan entre sí, de modo que la optimización se realizará según lo determine el peso específico y relativo a las circunstancias del conflicto concreto, el principio de proporcionalidad aparece como un procedimiento dirigido a establecer cuál derecho deberá prevalecer, cuál será su grado de su optimización y cual el grado de lesión del derecho vencido, siempre en las circunstancias del conflicto concreto. De ahí que el principio de proporcionalidad vaya estrechamente ligado a la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización (principios), de modo que “el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla”⁴⁰, al punto que “quien objeta la teoría de los principios tiene también que objetar el principio de proporcionalidad”⁴¹.

De esta manera, el principio de proporcionalidad tendría la finalidad de ayudar a establecer si una medida de intervención sobre un derecho fundamental dictada con fundamento en un derecho fundamental distinto y opuesto, ocasiona o no una lesión o sacrificio *proporcionado* en el derecho fundamental intervenido, y ello con la finalidad de decidir si se le da o no cobertura constitucional. Con otras palabras, estaría destinado a determinar la constitucionalidad de toda medida (legislativa, ejecutiva o judicial, inclusive privada) que *restringa* o *limite* un derecho constitucional.

4. Dimensiones del principio de proporcionalidad

La determinación del derecho fundamental (principio) se intenta establecer a través del sometimiento de la medida (legislativa, ejecutiva o judicial) que dispone la *restricción* del

³⁶ En tanto que el Estado de derecho se define a partir del efectivo 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”.

³⁷ EXP. N.º 0010-2002-AI/TC, citado, F. J. 140.

³⁸ EXP. N.º 2502-2004-AA/TC, de 8 de noviembre de 2004, F. J. 4.

³⁹ EXP. N.º 0976-2001-AA/TC, de 13 de marzo de 2003, F. J. 17.

⁴⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 111.

⁴¹ ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 101.



derecho a tres juicios: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *sensu estricto*. Por eso, 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”⁴².

De modo que una *restricción* o *sacrificio* de un derecho fundamental será constitucionalmente permitido si la medida que establece la *restricción* o *sacrificio* es una medida idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto. A continuación se estudiará cada uno de los tres juicios en los que se descompone el principio de proporcionalidad.

A) El juicio de idoneidad

El primer juicio que compone el *test* de proporcionalidad es el juicio de idoneidad o de adecuación. Este juicio tiene una doble exigencia: requiere que la medida o acto *restrictivo* de un derecho fundamental tenga un fin; y exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin, es decir, “debe ser idónea para producir la protección del bien jurídico”⁴³. En palabras del Tribunal Constitucional peruano, de acuerdo con este juicio “toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida *sub examine*”⁴⁴.

Sin embargo, no cualquier finalidad sirve para legitimar una medida que *restringe* derechos fundamentales, sino que el fin propuesto debe ser constitucionalmente permitido y socialmente relevante. Así, “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”⁴⁵. Por tanto, se requiere de medidas “cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar”⁴⁶.

La aplicación de este juicio se formula 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 viceversa⁴⁷. Complementariamente, el fin al que ha de obedecer el operador jurídico, no es sólo el fin expresamente declarado por el emisor de la medida (legislador, funcionario del Ejecutivo o juez), sino también a la finalidad que pueda real y verdaderamente subyacer a la medida⁴⁸.

⁴² BARNES, Javier, “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n° 5, 1998, p. 16.

⁴³ BVerfGE 67, 157 (173).

⁴⁴ EXP. N.º 0050–2004–AI/TC y otros acumulados, de 3 de junio de 2005, F. J. 109.

⁴⁵ STC 55/1996, citada, F. J. 7.

⁴⁶ EXP. N.º 1260–2002–HC/TC, de 9 de junio de 2002, F. J. 5.

⁴⁷ CIANCIARDO, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. EUNSA, Pamplona, 2000, p. 334.

⁴⁸ Así por ejemplo, en referencia a la detención preventiva, el Tribunal Constitucional alemán ha tenido que hacer referencia al “verdadero motivo” que subyacía a la medida que restringía la libertad. Así dijo el mencionado Tribunal: “el juez tiene que tener en cuenta que el objetivo que se persigue como el verdadero motivo de justificación de la detención preventiva, es el de garantizar el desarrollo ordenado del proceso penal, y asegurar la posterior ejecución de la pena; si deja de ser idónea para uno de estos fines,

B) El juicio de necesidad

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad, no por ello es una medida proporcionada, sino que ha de superar –como siguiente paso– el juicio de necesidad. Mediante este juicio se examina si una medida que *restringe* un derecho fundamental es la menos restrictiva de entre otras medidas igualmente eficaces para alcanzar la finalidad constitucionalmente permitida y perseguida. De forma que “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado”⁴⁹.

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 persigue⁵⁰. Con otras palabras, se “[r]equiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental”⁵¹. Así, una medida será necesaria “si el legislador no habría podido elegir otro medio igualmente eficaz pero nada o sensiblemente menos restrictivo del derecho”⁵² que el empleado finalmente; o cuando una finalidad “no se puede alcanzar con otro tipo de medidas que coarten menos la libertad”⁵³. Dicho negativamente, una medida que *restringe* un derecho fundamental será innecesaria cuando “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”⁵⁴.

C) El juicio de proporcionalidad *strictu sensu*

a. La ley de la ponderación

Para que una medida idónea y necesaria sea proporcionada debe superar aún el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto o sencillamente juicio de ponderación. A través de éste juicio se exige que la medida que *restringe* un derecho fundamental “se encuentre en una relación adecuada [*angemessenem Verhältnis*] con el peso y la significación del derecho fundamental”⁵⁵. Generalmente se admite que se está frente a una *relación adecuada* o *razonable* cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y las desventajas o los costos que conlleva adoptar la medida restrictiva de un derecho fundamental. Definida la *relación razonable* como una *relación de equilibrio* se podrá llegar a admitir que a mayor beneficio se permitirá una mayor *restricción* del derecho constitucional. Este es, en buena cuenta, el contenido de la por Alexy propuesta Ley de

no será proporcionada y por consiguiente no será admisible, en principio, ordenarla, mantenerla o cumplirla”. BVerfGE 19, 342 (349).

⁴⁹ EXP. N.º 0050–2004–AI/TC, citado, F. J. 109.

⁵⁰ Para Cianciardo, se trata de “un juicio plurilateral, vertical y horizontal simultáneamente, entre el medio escogido, el fin buscado y otros medios hipotéticos (...) Es un juicio de comparación que tiene lugar, primero, entre cada medio y el fin, y después, entre el medio y los medios alternativos”. CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Universidad Austral – Editorial Abaco, Buenos Aires, 2004, p. 90.

⁵¹ EXP. N.º 0050–2004–AI/TC, citado, F. J. 109.

⁵² BVerfGE 30, 292 (316).

⁵³ BVerfGE 19, 342 (351).

⁵⁴ STC 55/1996, citada, F. J. 8.

⁵⁵ BVerfGE 67, 157 (173).



ponderación que dice: “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁵⁶.

b. Vinculación a la teoría de los derechos fundamentales como principios

Para advertir la vinculación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto con la teoría de los derechos fundamentales como principios, se asumirá lo siguiente: que P_1 es un derecho fundamental que entra en contraposición con P_2 (otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional), que M_1 es una medida adoptada con la finalidad F consistente en el favorecimiento de P_1 , pero que restringe a P_2 . La vinculación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto con la concepción de los derechos fundamentales como principios queda manifestada cuando se constata que precisamente por considerarse que tanto P_1 como P_2 son principios, es decir, que son mandatos de optimización, la medida M_1 debe al menos generar un beneficio a P_1 de la misma importancia que el perjuicio que causa a P_2 . Es decir, no sería posible hacer prevalecer una optimización de uno por sobre la del otro sin antes haber sopesado con cual de los dos mandatos de optimización se generan más beneficios y menos perjuicios para los derechos fundamentales en juego. Si no fuesen considerados como principios, la adopción de M_1 se produciría al margen de la justificación del grado de restricción o perjuicio que pueda sufrir P_2 ⁵⁷.

Asumiendo que en las circunstancias del caso concreto (C) la adopción de M_1 supondrá una *relación razonable* entre los beneficios que signifique a P_1 y los perjuicios que produzca sobre P_2 , M_1 será proporcionada. Por lo tanto, esta medida será constitucional y la *lesión, sacrificio o restricción* que pueda suponer sobre P_2 está constitucionalmente justificada. Esto significará que P_1 es el derecho fundamental victorioso, y P_2 el derecho fundamental derrotado. De modo que frente a la cuestión decisiva de determinar “bajo cuales condiciones cuál principio tiene precedencia y cuál debe ceder”⁵⁸, la respuesta es que P_1 precede a P_2 en las circunstancias del caso concreto: (P_1 P P_2) C. En estas circunstancias estaría permitido lesionar, sacrificar, restringir P_2 .

V. MARCO PRÁCTICO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: SU DEFENSA A TRAVÉS DEL HÁBEAS CORPUS

1. *La lógica operativa*

Dibujado a grandes rasgos el marco teórico en el cual se ha de desenvolver y tener eficacia el principio de proporcionalidad, corresponde ahora analizar cómo este principio ha sido aplicado en los procesos constitucionales de hábeas corpus en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como se sabe, constitucionalmente se ha establecido que el hábeas corpus procederá en defensa del derecho a la libertad individual y de los derechos conexos a ella (artículo 200.1 CP). Dentro de la lógica dogmática que se ha presentado antes, se tendría que admitir que la aplicación del principio de proporcionalidad en el seno de un proceso de hábeas corpus, tendría los siguientes tres pasos.

En primer lugar, reconocer que el contenido constitucionalmente protegido *prima facie* de la libertad individual (y de los derechos conexos a ella) es un contenido que tiende a

⁵⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 161.

⁵⁷ Según Alexy, “[l]a máxima de *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades *jurídicas*”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 112.

⁵⁸ Idem., p. 93.

expandirse, y que inicialmente es un contenido tan amplio que forma parte de él incluso la prohibición de cualquier restricción al mismo. En segundo lugar, reconocer que la libertad individual concurre junto a otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionales, de modo que si se pretende eficacia tanto de unos como de otros, será necesario restringir, limitar, sacrificar el contenido constitucional –siempre *prima facie*– del derecho fundamental a la libertad personal (y de los derechos constitucionales conexos). En tercer lugar, el principio de proporcionalidad deberá ser empleado para establecer si una concreta restricción, sacrificio o limitación del derecho a la libertad individual es a la vez idónea, necesaria y ponderada, es decir, si en el caso concreto ha de prevalecer el derecho a la libertad individual o por el contrario deberá prevalecer el derecho o bien constitucional con el cual entra en conflicto.

En este contexto, es necesario poner de manifiesto la regla general que anima la actuación del Tribunal Constitucional en estos casos. La misma manifiesta que en los procesos constitucionales de hábeas corpus –y con él, el del proceso de amparo y de hábeas data, según corresponda–, “no tienen por objeto emitir pronunciamiento sobre temas de fondo en un proceso judicial, sino más bien velar porque toda medida *restrictiva* de la libertad, en sus múltiples variantes, obedezca a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en un marco de legalidad constitucional”⁵⁹. Esta regla general se irá concretando en supuestos más específicos a los cuales se procede a hacer referencia, con la finalidad de establecer si esta lógica operativa es la que está presente en la argumentación iusfundamental del Tribunal Constitucional cuando este debe resolver demandas de hábeas corpus interpuestas por *restricciones* de la libertad personal y derechos constitucionales conexos.

2. Restricciones explícitas a la libertad de tránsito

A) Cuatro restricciones expresa y la exigencia de ponderación

No han sido pocas las ocasiones que ha tenido el Tribunal Constitucional para manifestarse respecto de los límites a la libertad de tránsito. El punto de partida ha sido reconocer que la mencionada libertad fundamental se encuentra sometida a *restricciones* que pueden ser explícitas e implícitas. Las primeras son las expresamente reconocidas en el texto constitucional, y “pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11 del artículo 2º de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137º de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente)”⁶⁰.

a. Restricción por ejecución de un mandato de detención

Estas *restricciones* expresas definirán su constitucionalidad siempre en las circunstancias del caso concreto; sin embargo, manifiesta el Tribunal Constitucional que de modo general la validez de la misma dependerá de su ajustamiento a las exigencias de la ponderación. Así, en lo que respecta a la *restricción* de la libertad de tránsito como consecuencia de un mandato judicial, “su procedencia, por lo general, se sustenta en la *ponderación* efectuada por el juzgador de que, con el libre tránsito de tal persona, no puede verse perjudicada o

⁵⁹ EXP. N.º 6988–2006–PHC/TC, de 22 de septiembre de 2006, F. J. 3.

⁶⁰ EXP. N.º 6322–2005–PHC/TC, del 9 de diciembre de 2005, F. J. 4.



entorpecida la investigación o proceso de la que tal juzgador tiene conocimiento. En tales circunstancias no es, pues, que el derecho se restrinja por un capricho del juzgador, sino por la necesidad de que el servicio de justicia y los derechos que ella está obligada a garantizar, no sufran menoscabo alguno y, por consiguiente, puedan materializarse sin desmedro de los diversos objetivos constitucionales”⁶¹.

b. Restricción por aplicación de la ley de extranjería

Esta exigencia de ponderación se manifiesta también cuando la libertad de tránsito se ha de *restringir* por la aplicación de la ley de extranjería. Ha manifestado el Supremo intérprete de la Constitución que “[l]a justificación de dicho proceder [la mencionada *restricción*] se sustenta en que si bien los derechos fundamentales son reconocidos universalmente, cuando se trata de aquellos cuyo ámbito de ejecución trastoca principios esenciales, como la soberanía del Estado o la protección de sus nacionales, el ordenamiento jurídico, sobre la base de una *equilibrada ponderación*, puede hacer distingos entre quienes forman parte del mismo (del Estado) y quienes carecen de tal vínculo”⁶².

c. Restricción por razones de sanidad

Del mismo modo queda manifestada la exigencia de ponderación cuando la *restricción* de la libertad de tránsito acontece por razones de sanidad. Así, “por razones de sanidad también puede restringirse el derecho de tránsito, esencialmente porque, en tal caso, de lo que se trata es de garantizar que el ejercicio de dicho atributo no ponga en peligro derechos de terceros o, incluso, derechos distintos de los derechos de la persona que intenta el desplazamiento”⁶³.

d. Restricción en un régimen de excepcionalidad

Y, en fin, la *restricción* deberá ser proporcionada cuando la libertad de tránsito pretenda ser ejercitada durante algún régimen de excepción. En estas circunstancias, “es posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, uno de los cuales es el derecho de tránsito o de locomoción. En dicho contexto, lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para cuyo efecto ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad”⁶⁴.

e. Ausencia de la lógica operativa del principio de proporcionalidad

En la presentación de cada uno de estos supuestos de limitación expresa de la libertad personal, subyace el intento no de hacer prevalecer sobre la libertad personal, el desarrollo normal de un proceso penal, o el interés nacional, o la salud pública o el interés público de

⁶¹ Idem., F. J. 5.

⁶² Idem., F. J. 6.

⁶³ Idem., F. J. 7.

⁶⁴ Idem., F. J. 8.

un régimen de excepcionalidad, todos ellos bienes jurídicos incluso de rango constitucional. Sino que en realidad se ha de analizar en cada caso si las concretas medidas que afectan la libertad tomadas con base en cada uno de estos bienes jurídicos, son medidas que pueden estar suficientemente justificadas. A la determinación y valoración de esa justificación se dirige el proceso de hábeas corpus.

B) Restricciones implícitas de la libertad de tránsito

a. Definición

Las *restricciones* implícitas de la libertad de tránsito, por el contrario, son aquellas que se definen a partir “de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, en determinadas circunstancias, debe prevalecer”⁶⁵. A diferencia del supuesto anterior, en el que aunque el Tribunal Constitucional empleaba el término “restricciones” no quedaba manifestada la lógica jerárquica *ad casum*, en el supuesto de las *restricciones* implícitas, es patente el juicio conflictivista que acompaña al Supremo intérprete de la Constitución, al menos en su formulación. Así, se trata de contraponer la libertad de tránsito con otros bienes jurídico constitucionales, de modo que advertido el choque, se acude a la ponderación para definir cuál ha de vencer, y cuál ha de triunfar.

b. Libertad de tránsito y seguridad ciudadana

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la seguridad ciudadana es un bien jurídico constitucional que en no pocas oportunidades se ha contrapuesto a la libertad personal. La seguridad ciudadana “hace referencia a un conjunto de acciones o medidas que están destinadas a salvaguardar el desarrollo de la vida comunitaria dentro de un contexto de paz, tranquilidad y orden, mediante la elaboración y ejecución de medidas vinculadas al denominado poder de Policía. La seguridad ciudadana consolida una situación de convivencia con ‘normalidad’, vale decir, preservando cualquier situación de peligro o amenaza para los derechos y bienes esenciales para la vida comunitaria”⁶⁶.

Un supuesto reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de confrontación entre la libertad de tránsito y seguridad ciudadana, ha sido el referido a la instalación en vías públicas de rejas metálicas u otro tipo de obstáculos al tránsito⁶⁷. Con respecto a esta confrontación ha manifestado el referido Tribunal “no resulta extraño, sino perfectamente legítimo el que bajo determinadas circunstancias los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo

⁶⁵ EXP. 3482–2005–PHC/TC, de 27 de junio del 2005, F. J. 12.

⁶⁶ EXP. N.º 2876–2005–PHC/TC, de 22 de junio de 2005, F. J. 18.

⁶⁷ Así, los casos resueltos por el EXP. N.º 3482–2005, citado; EXP. N.º 5322–2006–PHC/TC, de 10 de agosto de 2006; EXP. N.º 5287–2005–PHC/TC, de 17 de agosto de 2005; EXP. N.º 5994–2005–PHC/TC, de 29 de agosto de 2005; EXP. N.º 6225–2005–PHC/TC, de 12 de septiembre de 2005.



atributo o libertad”⁶⁸. A partir de aquí ha reconocido el referido Tribunal que “el establecimiento de mecanismos o medidas de seguridad vecinal, no es, *per se*, inconstitucional, si se parte de la necesidad que se tiene de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho y la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado o simplemente lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento”⁶⁹.

La cuestión, por tanto, se desplaza a examinar si una concreta medida de instalación de vallas, cercos perimétricos, tranqueras o similares en la vía pública tiene o no justificación razonable en la preservación de la seguridad ciudadana. Si la tiene, la colocación de las mismas estará constitucionalmente protegida, sino lo estará proscrita. La demanda de hábeas corpus permite examinar si la concreta instalación de una valla o tranquera en la vía pública está o no constitucionalmente justificada, y para ello emplea el juicio ponderativo: “es evidente que ante la existencia de ambas categorías [derecho fundamental de libertad de tránsito y bien jurídico seguridad ciudadana] al interior del ordenamiento se hace imperioso integrar tales roles en función de los grandes valores y principios proclamados en la Constitución. En ese gran reto ponderativo el juez constitucional ocupa un papel gravitante”⁷⁰. El Tribunal Constitucional ha declarado fundadas las demandas de hábeas corpus ahí donde ha encontrado que “las razones de seguridad supuestamente legitimadoras del mecanismo habilitado no justifican en lo absoluto la cantidad de perjuicios ocasionados; antes bien, ni siquiera han sido demostradas de manera mínimamente objetiva, de modo tal que comprometan la necesidad de mayores exigencias de control a las ya existentes”⁷¹. Es decir, ha declarado fundado el hábeas corpus ahí donde ha encontrado que la medida es desproporcionada al encontrar mayores perjuicios que beneficios.

También ha declarado fundada la demanda de hábeas corpus ahí donde siendo constitucionalmente correcta la instalación de rejas en la vía pública, la forma como se emplean resulta violatoria de la libertad de tránsito. En un caso concreto en el que el demandante de hábeas corpus había denunciado que por no estar al día en el pago de las cuotas como integrante de la Junta Vecinal se entorpecía con el rejado su ingreso a la Urbanización en al que residía, dijo el Alto Tribunal que “[n]o es razonable ni equitativo que, si al resto de vecinos e incluso a quien llega desde afuera sin pertenecer a la vecindad, se le facilitan las condiciones de tránsito, al recurrente, por el contrario, se le entorpezcan las cosas y tenga que ser él mismo el que se baje de su vehículo para poder transitar. (...). Así como no podría pretenderse imponer a la Junta Vecinal que brinde gratuitamente los servicios de seguridad a quien no los sufraga, tampoco es razonable imponer molestias al vecino que debe transitar como lo hace cualquier ciudadano en una vía pública”⁷².

⁶⁸ EXP. N.º 6225–2005–PHC/TC, citado, F. J. 17.

⁶⁹ Idem., F. J. 22.

⁷⁰ Idem., F. J. 17.

⁷¹ Idem., F. J. 25, apartado K.

⁷² EXP. N.º 3482–2005, citado, F. J. 22 apartado g.

Por el contrario, ha declarado infundadas demandas de hábeas corpus en los casos en los que se ha podido justificar la razonabilidad de la colocación de rejas o vallas metálicas. Así, en un caso concreto dijo que no había vulneración de la libertad de tránsito porque el cerco perimétrico “ha sido autorizado y viene funcionando de acuerdo a los parámetros establecidos por la entidad edil que autorizó su instalación, esto es, permanecen abiertas desde las 05:00 hasta las 23:00 horas, siendo luego cerradas y vigiladas por personal contratado (vigilantes) quien tiene las llaves y abre las rejas a solicitud de cualquier persona que requiere transitar por las calles cercadas”⁷³.

c. Libre circulación de vehículo y autorización para hacerlo

Otro ejemplo de *restricción* implícita de la libertad de tránsito está relacionada con los vehículos de transporte público. Fue el caso en el que el demandante denunció la interceptación de vehículos de transporte público que circulaban por la ruta que decía corresponderle. En este caso, encontró el Tribunal Constitucional que el demandante no tenía autorización para transitar por esa ruta, lo que le llevó a declarar improcedente la demanda: “[l]a supuesta vulneración a la libertad de tránsito no se ha producido en el sentido manifestado por el recurrente, sino que, por el contrario, él es quien estuvo realizando un ejercicio proscrito por una orden judicial, máxime si se reconoce como un límite de la libertad de tránsito contar con el correspondiente permiso, y claro está, ser el titular de dicho permiso, situación que no se cumplía cuando se interpuso la demanda”⁷⁴. Quiere esto decir, que las denunciadas como *restricciones* implícitas a la libertad de tránsito, no eran realmente tales en la medida que ellas en realidad eran medidas que intentaban frenar el ejercicio extralimitado de la mencionada libertad fundamental.

d. Libertad de acceso a la propiedad y derecho al trabajo

Un ejemplo más de *restricción* implícita es la que impedía el acceso de un particular a su inmueble, porque junto al acceso al mismo existían puestos de vendedores ambulantes sin autorización alguna. Empieza el Tribunal Constitucional reconociendo que las vías de tránsito público “sirven no sólo para permitir el desplazamiento peatonal, sino para facilitar otros ámbitos de autodeterminación de la persona o el ejercicio de otros derechos fundamentales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.)”⁷⁵; de modo que vienen a constituir “un elemento instrumental sumamente importante del cual depende la satisfacción plena o la realización de una multiplicidad de objetivos personales”⁷⁶.

Luego, al constatar que la *restricción* a la libertad de acceso del demandante en hábeas corpus no tenía justificación alguna, declaró el Tribunal Constitucional fundada la demanda constitucional. Dijo el mencionado Alto Tribunal que “los demandados no cuentan con la autorización respectiva de la Municipalidad Distrital del Rímac y se ha ordenado el retiro de la vía pública de los comerciantes informales que se ubican en la

⁷³ EXP. N.º 5322-2006-PHC/TC, citado, F. J. 3.

⁷⁴ EXP. N.º 2876-2005-PHC/TC, de 22 de junio de 2005, F. J. 25.

⁷⁵ EXP. N.º 5970-2005-PHC/TC, de 9 de diciembre de 2005, F. J. 13.

⁷⁶ *Ibidem*.



cuadra 3 del jirón Gregorio VII (...). Ahora, si bien es cierto que los demandados, personal y físicamente, no restringen la libertad de tránsito del demandante, también lo es que, a través de sus ‘puestos’, le impiden al demandante desplazarse libremente, esto es, entrar y salir, sin impedimentos, de su propiedad”⁷⁷.

Esta falta de justificación significaba que los demandados ejercían su libertad de trabajo y de comercio, de una manera extralimitada, debido a que ocupaban puestos comerciales en plena vía pública y, peor aún, sin la respectiva autorización administrativa. Nuevamente, la *restricción* que se había producido sobre la libertad de tránsito del demandante no era ponderada porque no existía una razón que lo justificase.

e. Libertad de tránsito y retención por no pago del tratamiento clínico

Un ejemplo también de limitación implícita a la libertad personal, es el supuesto de *restricción* de la libertad por el no pago de un tratamiento clínico. En un caso concreto, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de hábeas corpus debido a que de la relación de los hechos se concluye que “el procedimiento existente en el Instituto Clínico emplazado para que un paciente, como la beneficiaria del hábeas corpus, pueda salir realmente de alta, supone que previamente se efectúe el pago por el tratamiento médico”⁷⁸. Es claro el Supremo intérprete de la Constitución al manifestar que conductas como estas agreden el valor de la persona humana como fin. Por eso, si bien es cierto el centro hospitalario tiene derecho a cobrar los gastos médicos, no puede utilizar como medio para ello “la restricción del ejercicio efectivo de la libertad personal. No sólo porque tal proceder no está contemplado en la ley, como exige el ordinal b) del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución; sino también porque (...), los seres humanos no pueden ser considerados como objetos para la consecución de un fin”⁷⁹.

En este supuesto también la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad significa la existencia de una justificación en el establecimiento de un límite al ejercicio de la libertad personal.

f. Libertad personal y libertad de opinión

Un supuesto presentado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre limitación implícita de la libertad personal cuestionable a través de una demanda de hábeas corpus ha sido el relacionado con las reglas de conducta impuestas a un procesado que no cumple prisión preventiva. Fue el caso que a un demandante en hábeas corpus, a quien se le había prohibido hacer declaraciones a la prensa sobre el proceso penal seguido en su contra, interpuso demanda constitucional denunciando que esa prohibición vulneraba su libertad de opinión. Esta libertad fundamental, en este supuesto, configuraba un derecho constitucional conexo a la libertad personal debido a que del cumplimiento de la regla de conducta dependía el mantenimiento de la detención domiciliaria o su revocación y la disposición de la prisión preventiva. El hábeas corpus fue declarado infundado en este punto, debido a que “la regla de conducta que debe cumplir la recurrente no aparece como

⁷⁷ Idem., F. J. 14.

⁷⁸ EXP. N.º 7039–2005–PHC/TC, de 17 de octubre de 2005, F. J. 27.

⁷⁹ Ibidem.

atentatoria al derecho a la libertad de opinión, siempre que se la entienda dentro sus justos alcances. Tales alcances están estrictamente referidos a la previsión establecida en el artículo 73° del Código de Procedimientos Penales, el mismo que, en aras de asegurar la plena eficiencia en la labor de investigación del delito, dispone que la etapa de instrucción es reservada. Por tal motivo, la regla de conducta cuestionada no hace sino incidir en la obligación que, como procesada, alcanza a la recurrente”⁸⁰.

En otro caso de este mismo supuesto, el demandante en hábeas corpus –un reo que se hallaba cumpliendo condena por delito de terrorismo– denunciaba que no se le permitía conceder entrevistas y conversaciones sobre su situación personal y jurídica. Luego de afirmar que las personas internadas en un establecimiento penitenciario no pierden sus derechos fundamentales por el mero hecho de estar recluidos, manifestó el Supremo intérprete de la Constitución que “el derecho a la libertad de información puede ser restringido, razonablemente, cuando se trate de garantizar la seguridad personal del interno o la seguridad del establecimiento penitenciario. Esto, sin embargo, no se configura en el caso del demandante, pues, como él mismo lo afirma, tiene acceso a libros y periódicos para lectura y a determinados medios de comunicación (radio, televisión). Motivo por el cual, se aprecia que la autoridad penitenciaria está respetando su derecho a la libertad de información”⁸¹.

El mencionado Tribunal declaró infundada en este punto la demanda constitucional porque, a su entender, existía la suficiente justificación al impedimento de hacer declaraciones que se le había impuesto al demandante, por lo cual esta medida resultaba siendo razonable y no arbitraria.

g. Libertad personal y derecho de información y derecho a la intimidad

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ocurrido el caso en el que fue necesario ponderar los derechos a la información y a la intimidad, a fin de determinar si había o no existido vulneración del debido proceso (derechos a la prueba y defensa técnica) en un proceso penal en el que el solicitante del hábeas corpus había sido condenado por un delito contra la libertad, en la modalidad de violación de la intimidad. Referían los demandantes que uno de sus alegatos como defensa técnica en el proceso penal había sido la atipicidad del hecho denunciado, debido a que los actos de prostitución clandestina que denunciaban a través de la difusión de un video al ser ilícitos no se encuentran dentro del ámbito de protección constitucional del derecho a la intimidad. Para la resolución de este punto era necesario establecer si la difusión televisiva del video tenía o no sustento constitucional, ya que si lo tenía, no podía ser considerada delictiva su propagación. Precisamente para determinar si la referida difusión formaba o no parte del derecho de información, o por el contrario, no debía ser transmitida porque formaba parte del derecho a la intimidad, es que el Tribunal Constitucional se aprestó a aplicar el principio de proporcionalidad.

⁸⁰ EXP. N.º 0376–2003–HC/TC, de 7 de abril de 2003, F. J. 11.

⁸¹ EXP. N.º 2700–2006–PHC/TC, de 23 de marzo de 2007, F. J. 18.



Más allá de lo criticable de algunos pasos en la aplicación del referido principio que realiza el referido Tribunal en este caso concreto, se ha de resaltar que el mismo no tuvo por finalidad hacer prevalecer un derecho sobre otro, sino más bien la de determinar el contenido constitucional de los derechos fundamentales en las circunstancias del caso concreto. Así, por ejemplo, hubo referido el Tribunal Constitucional que “es imprescindible determinar si la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita está protegida por el derecho a la información de los recurrentes o si, por el contrario, ello se configura como una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de la querellante. Ello hace necesaria la aplicación del test del *balancing* o ponderación”⁸².

Luego de aplicar el principio de proporcionalidad, concluyó el Alto Tribunal que la difusión de las imágenes no estaba amparado por el derecho de información debido a que lo difundido pertenecía al ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la intimidad, lo que le permite concluir que no hubo violación del derecho de defensa de los demandantes al no tener sustento jurídico su alegada atipicidad. Y es que “[s]i bien es aceptable que una persona pueda informar sobre un asunto como es la prostitución clandestina, no puede ser válido que ello se realice presentando uno o dos casos (...), a través de la transmisión de imágenes inútiles para la investigación periodística”⁸³.

h. Libertad personal y libertad religiosa

La libertad religiosa puede llegar a constituirse también en un derecho fundamental conexo a la libertad personal. Eso ocurrirá cuando es invocado por una persona que se encuentra reclusa ya sea como consecuencia de un mandato de prisión preventiva, ya como condenada por un delito. La conexidad viene dada por el hecho que como consecuencia de la limitación de la libertad de tránsito, la persona puede ver limitada también otros derechos fundamentales, como el de la libertad religiosa. Eso ocurrió en el caso de un condenado por terrorismo, quien pese a las solicitudes que había formulado no era asistido por un consejero espiritual de la religión que él profesaba. Luego de que el Tribunal Constitucional reconociera que formaba parte del contenido constitucional del derecho a la libertad religiosa “recibir la asistencia o consejería religiosa, necesarias para la tranquilidad espiritual de las personas que pudieran encontrarse dentro de un régimen especial de sujeción, como por ejemplo en hospitales, asilos, centros de rehabilitación, centros de formación militar, establecimientos penitenciarios, entre otros”⁸⁴, y luego de constatar que no existía ninguna razón para impedir ese asesoramiento espiritual, debido a que “los emplazados no han desvirtuado lo alegado por el demandante”⁸⁵, el mencionado Tribunal declara fundada la demanda de hábeas corpus en este punto, y ordena que la entidad penitenciaria pertinente resuelva la solicitud formulada por el reo, dando como criterio el que “es evidente que la persona que se encuentra internada –procesada o sentenciada– en un establecimiento penitenciario no puede ser impedida, *prima facie*, de ejercer su derecho fundamental a la libertad religiosa; siempre que de ello no deriven

⁸² EXP. N.º 6712–2005–HC/TC, de 17 de octubre de 2005, F. J. 36.

⁸³ Idem., F. J. 60.

⁸⁴ EXP. N.º 2700–2006–PHC/TC, citado, F. J. 14.

⁸⁵ Idem., F. J. 11.

afectaciones a los derechos fundamentales de los demás o no impliquen actos de intolerancia que pongan en riesgo otros bienes constitucionales como el orden público, la moral, la seguridad de la población, bienes que, según el artículo 44° de la Constitución le corresponde también proteger al Estado”⁸⁶.

También en este caso, la demanda de hábeas corpus fue declarada fundada debido a que el límite de facto que se había establecido contra la libertad religiosa del demandante no tenía justificación alguna al no haberse mencionado ninguna razón para su adopción.

C) Actuación fiscal y proporcionalidad

a. Vinculación fiscal a la Constitución

La Constitución como norma jurídica que es, vincula de modo efectivo a los poderes públicos y a los particulares, de modo que todos estamos vinculados a sus diferentes mandatos. Entre ellos se encuentra el Ministerio Fiscal en general y cada concreto agente fiscal en particular. El proceder de estos funcionarios públicos en el ejercicio de la función, debe desenvolverse según los cánones que la Constitución mismo le ha previsto. Uno de esos cánones es el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, para lo que aquí interesa destacar, de la libertad individual y de los derechos a ella conexos. Consecuencia necesaria de lo que se acaba de decir es que cuando la actuación fiscal se ha desarrollado en contravención del referido contenido constitucional, la misma será pasible de ser cuestionada y anulada a través de una demanda de hábeas corpus. Para la determinación de si un Fiscal ha vulnerado o no el derecho fundamental, se emplea el principio de proporcionalidad.

De modo general ha manifestado el Tribunal Constitucional que “el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación (...) se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”⁸⁷. De esta forma, la constitucionalidad de las decisiones del Fiscal dependerá de su ajustamiento a las exigencias de la razonabilidad y proporcionalidad, lo cual se manifestará en la aplicación de las garantías procesales jurisdiccionales en la etapa de investigación fiscal, “siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines”⁸⁸. Por lo demás, el sustento del control de constitucionalidad que se realice a través de una demanda de hábeas corpus se encuentra en el derecho fundamental al debido proceso, el cual “despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales; es decir, en aquella fase del proceso penal en la

⁸⁶ Idem., F. J. 16.

⁸⁷ EXP. N.º 06167-2005-PHC/TC, de 28 de febrero de 2006, F. J. 30.

⁸⁸ EXP. N.º 5228-2006-PHC/TC, de 15 de febrero de 2007, F. J. 10.



cual al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato previsto en el artículo 159.º de la Constitución”⁸⁹.

b. Acusación fiscal injustificada

Esta exigencia de sometimiento al principio constitucional de proporcionalidad puede ejemplificarse en los tres siguientes casos. En el primero de ellos la demanda de hábeas corpus fue interpuesta contra el titular de la Tercera Fiscalía Provincial de Maynas, el acto supuestamente agredía el debido proceso como derecho conexo a la libertad, y consistió en que el Fiscal demandado nunca notificó al demandante el inicio de investigación alguna lo que le impidió ejercer su derecho de defensa, y el referido Fiscal procedió a formalizar la denuncia penal simplemente porque así se lo había ordenado la Fiscal de la Nación. El Tribunal Constitucional decidió que el denunciado acto efectivamente vulneraba el derecho de defensa del demandante en sede prejudicial porque el Fiscal se había limitado a ejecutar la orden de la Fiscal de la Nación, procediendo a formalizar denuncia penal sin haber realizado ningún acto de investigación previa. Se trataba de un *ejercicio funcional arbitrario*⁹⁰, que vulneraba el derecho a la motivación de resoluciones⁹¹, y el derecho de defensa⁹². En este caso, la actuación fiscal de formalizar denuncia fiscal sin realización alguna de actividad investigadora previa resultó siendo una decisión irrazonable y por ello desproporcionada y, consecuentemente, inconstitucional.

c. Acusación fiscal justificada

Diferente fue el caso, en segundo lugar, en el que la demanda de hábeas corpus fue interpuesta contra la Fiscal de la Primera Fiscalía Provincial Penal Especializada en delitos de corrupción de funcionarios, por vulneración de la tutela procesal efectiva en su versión del derecho de defensa. En este caso concreto, encontró el Tribunal Constitucional que la decisión de formalización de denuncia penal fue constitucionalmente válida debido a que “fue construida sobre la base de suficientes elementos indiciarios explicitados en dicho documento oficial [la denuncia fiscal], y que (...) la supuesta indefensión que se alega y en la que se le habría colocado al beneficiario al no recibirse su declaración [indagatoria], no se condice con el hecho de que el [mismo] fue debidamente notificado para la realización

⁸⁹ EXP. N.º 6204–2006–PHC/TC, de 9 de agosto de 2006, F. J. 11. Claro está, continuará diciendo el Tribunal Constitucional, “las garantías previstas en el artículo 4º del Código Procesal Constitucional, que no son sino la concretización de los principios y derechos previstos en el artículo 139.º de la Constitución, serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1.º de la Constitución, según el cual ‘la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’”.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Dijo el Tribunal Constitucional que “[t]an arbitraria e irrazonable es una resolución judicial que adolece de falta de motivación, como aquella denuncia fiscal en la que no existen fundamentos objetivos y razonables –y sí, por el contrario, argumentos subjetivos e injustificados– para que se formule una denuncia penal contra una determinada persona”. Idem., F. J. 19.

⁹² Ello por cuanto, “al no haber sido notificado por el Fiscal denunciado y al no haber realizado éste la investigación correspondiente, el recurrente no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa ni tampoco la posibilidad de presentar sus descargos correspondientes”. Idem., F. J. 20.

de esta diligencia en más de una oportunidad”⁹³. En definitiva, la acusación fiscal queda descartada “como una decisión caprichosa, carente de toda fuente de legitimidad y contraria a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”⁹⁴. Por esa razón la demanda constitucional es declarada infundada.

d. Duración razonable de la intervención prejudicial

En el segundo caso, la demanda de hábeas corpus fue interpuesta contra el Fiscal de la Quinta Fiscalía Provincial de Lima, por vulneración del derecho al debido proceso en su modalidad de derecho al plazo razonable de duración de la etapa de investigación. El acto agresor denunciado fue que el demandante llevaba dos años en etapa de investigación fiscal sin que se haya formalizado denuncia penal. Tomando como punto de partida el que “result[a] irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial”⁹⁵, el Tribunal Constitucional precisa que “una de las garantías que se deriva del derecho fundamental al debido proceso aplicables a la etapa de investigación fiscal es el que ésta se realice dentro de un plazo razonable”⁹⁶. El mencionado Tribunal advierte que legislativamente no se ha previsto ningún plazo legal máximo para la duración de la etapa de investigación fiscal, lo que no impide que establezca “en línea de principio, criterios de razonabilidad y proporcionalidad que garantice el respeto de los derechos fundamentales de las personas sometidas a una investigación fiscal en el marco de la facultad de investigación y persecución del delito a cargo del Ministerio Público”⁹⁷. Estos criterios, que deberán ser aplicados siempre en función de las concretas circunstancias de cada caso, son de dos tipos: “*subjetivo* y *objetivo*. En el primero quedan comprendidos 1) la actuación del fiscal y 2) la actuación del investigado; en el segundo, la naturaleza de los hechos objeto de investigación”⁹⁸. Aplicando estos tres criterios al caso concreto que examinaba, el Tribunal Constitucional concluyó que no había ningún elemento que justificase una duración tan excesiva de la etapa de investigación, por lo que declaró fundada la demanda de hábeas corpus al haberse prolongado irrazonablemente el plazo de investigación fiscal. Al igual que acontecía en el caso anterior, en buena cuenta, la ponderación exigida se resolvió en el sentido de la inexistencia de una razón válida y fuerte que justificase en el caso concreto la prolongación de la investigación fiscal por dos años.

D) Debido proceso penal y proporcionalidad

a. Una declaración general

El debido proceso es protegido a través de un proceso de hábeas corpus en la medida que la afectación del mismo repercute en el contenido constitucionalmente protegido de la libertad individual; de modo que cuando esto ocurre, el debido proceso viene a constituirse

⁹³ EXP. N.º 1796–2007–PHC/TC, de 11 de junio de 2007, F. J. 12.

⁹⁴ Idem., F. J. 13.

⁹⁵ EXP. N.º 5228–2006–PHC/TC, citado, F. J. 8.

⁹⁶ Idem., F. J. 11.

⁹⁷ Idem., F. J. 12.

⁹⁸ Idem., F. J. 14.



como un derecho conexo a la libertad personal⁹⁹, cumpliéndose de esta forma la exigencia contenida en el artículo 200.1 CP. Es así que el Tribunal Constitucional ha declarado de modo general que el proceso de hábeas corpus no tiene por finalidad proteger en abstracto y en sí mismo el derecho al debido proceso, sino que en los casos en los que “habida cuenta de que las vulneraciones aducidas no solo implican la observancia del derecho al debido proceso, sino que incidiría de manera razonable y proporcional en el ejercicio de la libertad individual de los beneficiarios, el Tribunal Constitucional tiene competencia, *ratione materiae*, para evaluar la legitimidad constitucional de los actos considerados lesivos”¹⁰⁰.

b. Dimensión sustantiva del debido proceso

Es conocido el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional por el cual se ha definido que la garantía del debido proceso tiene una dimensión formal y otra sustantiva. En lo que respecta a ésta última, el respeto del debido proceso supone que el mismo deberá desarrollarse de conformidad con las exigencias del valor justicia. Una decisión injusta en el seno de un proceso penal lo convierte en un proceso irregular y, por tanto, pasible de ser cuestionado a través de un hábeas corpus siempre que esté vinculado a la libertad individual). Pues bien, una decisión será justa en la medida que se adecue a las exigencias de la razonabilidad y de la proporcionalidad. En palabras del referido Tribunal, “[e]l debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”¹⁰¹.

c. *Ne bis in idem* y proporcionalidad

Otra manifestación del debido proceso en cuya determinación constitucional ha sido invocado el principio de proporcionalidad ha sido el llamado principio *ne bis in idem*. Si bien este principio–derecho fundamental no se encuentra expresamente reconocido en el texto constitucional, ello no ha sido impedimento para reconocerle nivel constitucional. Según el Tribunal Constitucional, se trata de un derecho que forma parte del contenido implícito de un derecho expreso: el derecho a no dejar sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada (artículo 139.2 CP)¹⁰².

Definida su jerarquía constitucional, el Alto Tribunal se ha pronunciado también acerca de su contenido constitucionalmente protegido. Con mención en una jurisprudencia anterior, el Alto Tribunal ha recordado que este derecho tiene una doble significación

⁹⁹ Según ha dicho el Tribunal Constitucional, “[e]sa vinculación se da en el sentido que la legitimidad constitucional de toda medida que comporte una restricción del derecho a la libertad personal radica, precisamente, en el irrestricto respeto de las garantías inherentes al debido proceso. En otros términos, la conexidad se cumple cuando se restringe la libertad personal sin la observancia de las garantías del debido proceso”. EXP. N.º 8696–2005–PHC/TC, de 24 de noviembre de 2005, F. J. 5.

¹⁰⁰ EXP. N.º 4989–2006–PHC/TC, de 11 de diciembre de 2006, F. J. 8.

¹⁰¹ EXP. N.º 08453–2005–PHC/TC, de 16 de mayo de 2006, F. J. 6.

¹⁰² EXP. N.º 4587–2004–HC/TC, de 29 de noviembre de 2005, F. J. 46.

constitucional: “en su vertiente material garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico, pues guarda conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad; en su dimensión procesal, garantiza el no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho, es decir, que se inicien dos o más procesos con el mismo objeto, siempre y cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho”¹⁰³.

Al igual que acontecía con la dimensión sustantiva del debido proceso, la misma que venía estrechamente ligada y definida por el principio de proporcionalidad, la dimensión material del principio *ne bis in idem* va unida intensamente a las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad, y con ellas a la exigencia de justicia. Precisamente por esta razón, la dimensión procesal de este derecho tiene el contenido que tiene: “la interdicción de un doble proceso penal a un mismo imputado, por la misma conducta y con igual fundamento, y lo protege del riesgo de la imposición de una doble condena, lo cual se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su *ius puniendi* contra una determinada conducta delictiva debe tener una sola oportunidad de persecución”¹⁰⁴. Si existiendo la antes mencionada identidad de elementos se permitiese una nueva sanción, ello “comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica”¹⁰⁵.

En este supuesto las cuestiones no son tan generales e imprecisas como puede ser en otros supuestos de ejercicio limitado de la libertad individual y derechos constitucionales conexos. Por el contrario, se trata de determinar, con base en una comprobación fáctica y un juicio objetivo, si en el caso concreto se han cumplido o no los requisitos para hablar de la garantía *ne bis in idem*: identidad de objeto, identidad de sujetos, identidad de hechos e identidad de fundamento en la sanción. De modo que el espacio estrecho para la ponderación (o proporcionalidad) nuevamente se define a partir de la existencia de una serie de razones que justifiquen o no la procedencia de una segunda sanción. Así, por ejemplo, en un caso concreto la demanda de hábeas corpus fue declarada infundada, entre otras razones, porque “el órgano jurisdiccional competente ha deslindado en una resolución debidamente motivada que el bien jurídicamente protegido en el proceso penal es diferente de aquel tutelado en el proceso judicial militar; es decir que los dos procesos no persiguen el mismo objeto, por lo que no se acredita la violación al principio *ne bis in idem*”¹⁰⁶. Nuevamente, la constitucionalidad de la decisión se hace depender de la existencia de motivos razonables para su adopción.

d. Motivación del auto de apertura de instrucción

No cabe duda que una de las modalidades en las que se concreta la garantía del debido proceso penal es la de motivación de las resoluciones judiciales. Una de ellas, acaso la

¹⁰³ EXP. N.º 10275–2006–PHC/TC, de 16 de enero de 2007, F. J. 3.

¹⁰⁴ Idem., F. J. 4.

¹⁰⁵ EXP. N.º 1294–2007–PHC/TC, de 19 de noviembre de 2007, F. J. 4.

¹⁰⁶ Idem., F. J. 5.



decisiva antes de la sentencia, es aquella resolución por la que el juez decide la apertura de la instrucción penal. Se ha afectado la razonabilidad y proporcionalidad del derecho a la motivación de resoluciones –y con ella a la libertad personal– cuando en el auto apertorio de instrucción omite “la formalización de cargos concretos, debidamente especificados, contra todos y cada uno de los beneficiarios [del hábeas corpus], lo que denota una ausencia de individualización del presunto responsable”¹⁰⁷; y es que “una acusación genérica e impersonalizada, limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa”¹⁰⁸. La garantía de motivación de resoluciones “comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan”¹⁰⁹.

e. Reserva de actuación procesal

Como se sabe, el Juez instructor tiene la facultad de disponer la reserva de una actuación procesal por un tiempo determinado (artículo 73 Código de Procedimientos Penales) cuando considere que con su conocimiento se entorpece o dificulta la investigación que se lleva a cabo. Dos elementos son decisivos en este supuesto. Uno, los requisitos exigidos para decretar la reserva; dos, la duración de la misma. Pues bien, el ejercicio de la mencionada facultad debe conducirse según el principio de proporcionalidad. Ha dicho el Tribunal Constitucional que “esta facultad está sometida a un control de constitucionalidad bajo el canon del *principio de proporcionalidad*, lo cual implica que el Juez no podrá establecer dicha reserva si es que no existen elementos objetivos que lo justifiquen o si es que se establece un período irrazonable de reserva, en cuyos supuestos sí se vulneraría el debido proceso”¹¹⁰.

f. Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas

El máximo intérprete de la Constitución ha invocado igualmente el principio de proporcionalidad para definir la constitucionalidad de la duración de un proceso penal. Parte el Tribunal Constitucional de reconocer que en el ordenamiento jurídico peruano es plenamente vigente el derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable. Este derecho constitucional no es un derecho implícito nuevo, sino que conforma el contenido constitucional implícito del derecho al debido proceso. Así ha manifestado el referido Tribunal: “el derecho a que una persona sea juzgada dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad, que debe guardar la duración de un proceso para ser reconocido como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta Fundamental (artículo 139°3 de la Constitución)

¹⁰⁷ EXP. N.º 8125–2005–PHC/TC, de 14 de noviembre de 2005, F. J. 17.

¹⁰⁸ Idem., F. J. 16.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ EXP. N.º 8696–2005–PHC/TC, citado, F. J. 8.

y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana”¹¹¹. El segundo paso en el razonamiento del Tribunal Constitucional es reconocer que no es posible establecer un plazo en abstracto y válido para todos los casos a partir del cual se pueda determinar que el proceso a devenido en irregular por dilaciones indebidas. Este reconocimiento le abre las puertas para establecer una serie de criterios, al menos tres, que permitirán definir la constitucionalidad o no en la duración de un proceso. Es así que en un tercer paso, el Máximo Tribunal de la Constitución –y siguiendo en este punto el parecer del TEDH–, ha definido como criterios los siguientes tres: la complejidad del asunto¹¹²; la actividad procesal del interesado¹¹³; y la conducta de las autoridades judiciales¹¹⁴.

Estos tres criterios significan “pautas que permiten discernir si es que el plazo de duración de la detención judicial se sujeta a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”¹¹⁵. Consecuentemente, la defensa del derecho a un proceso penal sin dilaciones a través del hábeas corpus, significa resguardar la razonabilidad y proporcionalidad de la duración de un proceso penal. Con otras palabras, significa la determinación en las circunstancias del caso concreto, de si con base en los mencionados tres criterios puede justificarse la concreta duración del proceso. Así, por ejemplo, en un caso concreto el Supremo intérprete de la Constitución resolvió declarar fundada la demanda de hábeas corpus cuando “[d]el examen de las piezas instrumentales obrantes en autos se tiene que no se trata de un

¹¹¹ EXP. N.º 0549–2004–HC/TC, de 21 de enero de 2005, F. J. 3.

¹¹² Según ha manifestado el Tribunal Constitucional, “[p]ara valorar la complejidad del asunto es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito (Caso Tomasi. Sentencia del TEDH del 27 de agosto de 1992), los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil”. EXP. N.º 2915–2004–HC/TC, de 23 de noviembre de 2004, F. J. 25.

¹¹³ Sobre este criterio ha manifestado el Tribunal Constitucional que “a efectos de determinar la razonabilidad del plazo, es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la falta de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado Constitucional permite), de la denominada ‘defensa obstruccionista’ (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional)”. EXP. N.º 0549–2004–HC/TC, citado, F. J. 12. El mismo Tribunal ha definido la defensa obstruccionista como “todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado”. Idem., F. J. 13.

¹¹⁴ Sobre este criterio, ha definido el Tribunal Constitucional que “será preciso evaluar el grado de celeridad con el que se ha tramitado el proceso, sin perder de vista en ningún momento el especial celo que es exigible a todo juez encargado de dilucidar una causa en la que se encuentra un individuo privado de su libertad. En tal sentido, serían especialmente censurables, por ejemplo, la demora en la tramitación y resolución de los recursos contra las decisiones que imponen o mantienen la detención preventiva; las indebidas e injustificadas acumulaciones o desacumulaciones de procesos; o, como estableciera el TEDH, los repetidos cambios de juez instructor, la tardanza en la presentación de un peritaje o en la realización de una diligencia en general”. EXP. N.º 2915–2004–HC/TC, citado, F. J. 22.

¹¹⁵ EXP. N.º 5890–2006–PHC/TC, de 11 de septiembre de 2006, F. J. 5.



proceso que pudiera revestir especial dificultad en su tramitación, (...). Asimismo, tampoco se aprecia de autos que haya existido actividad procesal obstruccionista por parte de los beneficiarios. Sin embargo, respecto del extremo referido a la conducta de las autoridades judiciales, se tiene que el proceso penal, seguido en vía sumaria, ha tenido una duración aproximada de seis años, plazo que supera en exceso el máximo legal de duración establecido por ley para este tipo de procesos”¹¹⁶.

E) Ejecución de la pena y proporcionalidad

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha invocado la proporcionalidad para definir la validez constitucional de la manera y condiciones en la que se ejecuta la pena impuesta a través de un proceso penal. Estos supuestos vienen estrechamente relacionados con la causal de procedencia del hábeas corpus recogida en el artículo 25.17 CPConst., por la que se establece la procedencia de la demanda constitucional en defensa del derecho del detenido o recluso a no ser objeto de tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad en las condiciones en las que ha de cumplir el mandato de detención o la pena.

En esta línea, tiene manifestado el Supremo intérprete de la Constitución con acierto que si bien el proceso de hábeas corpus tiene por finalidad proteger a las personas contra privaciones arbitrarias de la libertad, en particular, de la libertad de tránsito, “[s]in embargo, allí no culmina su objetivo, pues también mediante este remedio procesal puede efectuarse el control constitucional de las condiciones en las que se desarrolla la restricción del ejercicio de la libertad individual, en todos aquellos casos en que esta se haya decretado judicialmente”¹¹⁷. Consecuentemente, la procedencia del hábeas corpus exige como requisito ineludible que el “agravamiento respecto de las formas o condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sea ilegal o arbitrario”¹¹⁸. Esto significa que a través del referido proceso constitucional se examinará si en los casos concretos de agravamiento de las condiciones, se ha decidido justificadamente o no.

Un número importante de estos casos están relacionados con el traslado de reos de un centro penitenciario a otro distinto. Manifestó el Tribunal Constitucional que lejos de ser estos traslados inconstitucionales en sí mismos, en realidad podían ser exigencia del respeto de una serie de derechos fundamentales de los reos: “una obligación de la que no pueden rehuir las autoridades penitenciarias es la de prestar las debidas garantías para que no se afecte o lesione la vida, la integridad física y los demás derechos constitucionales que no se les haya restringido. Ello supone que, dentro de márgenes sujetos al principio de

¹¹⁶ EXP. N.º 6714-2006-PHC/TC, de 23 de marzo de 2007, F. J. 11. Continuó diciendo el Tribunal Constitucional, “ello si se tiene que, por ejemplo, los beneficiarios fueron sentenciados en una primera oportunidad con fecha 10 de agosto de 2001; sentencia que, declarada nula que fue por el Superior, ordenó la emisión de nueva sentencia otorgando 30 días de ampliación del plazo de instrucción, siendo nuevamente emitida con fecha 16 de junio de 2004, es decir, 3 años después. Asimismo, se tiene de autos que tomó a los demandados dos años para confirmar dicha sentencia, todo lo cual configura una responsabilidad por parte de los jueces penales que resulta dañosa del derecho al debido proceso de los beneficiarios; irregularidad que debe ser puesta en conocimiento del órgano de control judicial pertinente”. Ibidem.

¹¹⁷ EXP. N.º 0726-2002-HC/TC, de 21 de junio de 2002, F. J. 2.

¹¹⁸ EXP. N.º 0792-2007-PHC/TC, de 30 de marzo de 2007, F. J. 3.

razonabilidad, no sólo puedan sino que deban adoptarse aquellas medidas estrictamente necesarias con el objeto de preservarlas”¹¹⁹. Así, en un caso concreto, la demanda de hábeas corpus fue declarada improcedente debido a que el traslado del recluso de un centro penitenciario a otro estaba debidamente justificado, por lo cual debía ser considerado proporcionado y por ello constitucionalmente válido: “[e]n el presente caso, se acredita de los actuados que mediante Resolución Directoral N.º 017-2006-INPE/07 (...), se ha dispuesto el traslado del beneficiario debido a las causales de seguridad y regresión en el tratamiento penitenciario, no constituyendo las medidas adoptadas violación de los derechos del beneficiario [del hábeas corpus]; más aún cuando es deber de la autoridad penitenciaria salvaguardar la vida e integridad física de los internos, velar por la disciplina, el orden y la convivencia pacífica de la población penal. (...). En consecuencia, la demanda debe ser desestimada al no haberse acreditado un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad respecto a la forma y condición en que cumple la condena el favorecido [del hábeas corpus]”¹²⁰. Algo semejante ocurrió en otro caso concreto en el que la demanda de hábeas corpus fue declarada infundada, entre otras razones, porque el traslado de un centro penitenciario a otro se justificaba “en criterios técnicos y objetivos previstos en las leyes correspondientes. En efecto, (...), se aprecia que lo que ha determinado su reclusión en dicho establecimiento penitenciario es, de un lado, el hacinamiento del Establecimiento Penitenciario de Régimen Cerrado Ordinario de Lurigancho, establecimiento en el cual se dispuso inicialmente la reclusión del demandante; y de otro, razones de salud y seguridad tanto del propio actor como del establecimiento penitenciario, respectivamente”¹²¹.

Este mismo razonamiento se ha de aplicar para cuando el traslado del recluso se produce no de un centro penitenciario a otro, sino de un pabellón a otro dentro de un mismo centro de reclusión. Y es que “mediante el hábeas corpus de tipo correctivo se podrían evaluar algunos casos relacionados con traslados inmotivados o decisiones que resulten carentes de razonabilidad o proporcionalidad”¹²².

Fuera de este grupo, se encuentran reclamaciones a través de las cuales se cuestiona la constitucionalidad de las medidas de aislamiento que puede sufrir un recluso. En estos casos, la demanda de hábeas corpus es rechazada cuando se ha encontrado una justificación a la referida medida. Así, cuando la misma fue impuesta como consecuencia de disturbios colectivos¹²³; o cuando su ejecución se producía a pesar de haber sido impugnada¹²⁴.

¹¹⁹ EXP. N.º 0622-2002-HC/TC, de 9 de mayo de 2002, F. J. 4.

¹²⁰ EXP. N.º 0792-2007-PHC/TC, citado, F. J. 5.

¹²¹ EXP. N.º 10368-2006-PHC/TC, de 30 de marzo de 2007, F. J. 6.

¹²² EXP. N.º 9984-2006-PHV/TC, de 8 de mayo de 2007, F. J. 2.

¹²³ EXP. N.º 8472-2005-PHC/TC, de 4 de diciembre de 2005, F. J. 7.

¹²⁴ EXP. N.º 7737-2005-PHC/TC, de 14 de noviembre de 2005, F. J. 6.



F) Prisión preventiva y proporcionalidad

a. Justificación razonable del mandato de detención

La proporcionalidad ha sido también invocada por el Tribunal Constitucional para la determinación de la constitucionalidad del mandato de detención. El punto de partida en el razonamiento del Alto Tribunal ha sido reconocer que el mandato de detención significa un límite al ejercicio de la libertad de tránsito, y que su determinación por sí misma no siempre es inconstitucional. “este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la detención judicial preventiva es una medida provisional que limita la libertad física, pero no por ello es, *per se*, inconstitucional, en tanto no comporta una medida punitiva, ni afecta la presunción de inocencia que asiste a todo procesado”¹²⁵. Sin embargo, su validez constitucional exigirá que el mandato de detención se dicte “bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad y dentro del marco legal”¹²⁶, es decir, el mandato de detención “se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado”¹²⁷. Y es que “la detención provisional no puede constituir la regla general a la cual recurra la judicatura, sino, por el contrario, una medida excepcional de carácter subsidiario, razonable y proporcional”¹²⁸.

El marco dentro del cual se ha de identificar la existencia o no de esos motivos es la norma procesal penal al exigir la verificación de una serie de requisitos para decretar la medida de detención provisional (artículo 135 Código Procesal Penal). En este contexto, la finalidad del hábeas corpus es “verificar si estos presupuestos [los exigidos por el artículo 135 CPP] concurren de manera simultánea y que la detención se haya adoptado acorde a los fines y el carácter subsidiario y proporcional de dicha institución”¹²⁹. De entre los requisitos que han de concurrir destaca el peligro procesal, al punto que “[l]a ausencia de un criterio razonable en torno a la perturbación de la investigación judicial o a la evasión de la justicia por parte del procesado, terminan convirtiendo el dictado de la detención judicial preventiva o, en su caso, su mantenimiento, en arbitrarios por no encontrarse razonablemente justificados”¹³⁰. Así, en un caso concreto, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de hábeas corpus porque “existen una serie de elementos objetivos que permiten concluir que el recurrente tiene una actitud tendiente a perturbar la actividad probatoria, lo que constituye un argumento razonable y proporcional para ordenar una detención provisional que asegure la eficacia del proceso penal”¹³¹.

b. Motivación de la resolución que dispone el mandato de detención

Complementariamente, a través del hábeas corpus se fiscalizará la motivación contenida en la resolución que decreta la prisión preventiva, de modo que si no se cumple alguno de los siguientes requisitos, la demanda constitucional debe ser declarada fundada: “[e]n

¹²⁵ EXP. N.º 8822–2006–PHC/TC, de 26 de abril de 2007, F. J. 3.

¹²⁶ EXP. N.º 1097–2007–PHC/TC, de 5 de noviembre de 2007, F. J. 3.

¹²⁷ EXP. N.º 02763–2006–PHC/TC, de 11 de mayo de 2007, F. J. 4.

¹²⁸ EXP. N.º 1567–2002–HC/TC, de 5 de agosto de 2002, F. J. 4.

¹²⁹ EXP. N.º 1097–2007–PHC/TC, citado, F. J. 4.

¹³⁰ EXP. N.º 0289–2002–HC/TC, de 17 de marzo de 2003, F. J. 7.

¹³¹ EXP. N.º 1567–2002–HC/TC, citado, F. J. 9.

primer lugar, tiene que ser suficiente, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo lugar, debe ser razonada, es decir que en ella ha de observarse la ponderación judicial en torno a la concurrencia de los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria o injustificada”¹³². Así, en un caso concreto, la demanda constitucional fue declarada infundada porque “el juzgador, (...), ha realizado un análisis y valoración de aquellos elementos –suficiencia probatoria, pena probable y peligro procesal– que configuran válidamente un mandato de detención. Con ello, en el dictado del mandato de detención el Juez Penal ha evaluado y descartado, justificadamente, la posibilidad de dictar una medida menos restrictiva de la libertad personal. En consecuencia, este Colegiado estima que no se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal ni el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, al haberse merituado suficientemente los hechos a la luz del artículo 135º del Código Procesal Penal”¹³³.

c. Proporcionalidad en la variación del mandato de detención

Este mismo razonamiento se ha de aplicar para evaluar la constitucionalidad de la decisión judicial que resuelve acerca de la variación o no de la medida cautelar de detención preventiva. La decisión será constitucionalmente válida si es que se llegan a argumentar razones fuertes para ello, lo cual de ocurrir da por cumplida la exigencia de proporcionalidad. Así, en un caso concreto, la demanda de hábeas corpus fue declarada infundada –entre otras razones– porque “tampoco se ha afectado el principio de proporcionalidad al confirmarse la desestimación de la variación de la medida cautelar dictada contra el demandante, denegándose su libertad inmediata, pues, como antes se ha expresado, aparte de la suficiencia de elementos probatorios existentes sobre su responsabilidad penal, se denegó su excarcelación por considerarse que el peligro procesal subsiste”¹³⁴.

d. Proporcionalidad en la variación de la comparecencia

Lo mismo ocurre cuando la variación ha ocurrido de la comparecencia a la detención preventiva. Así, en otro caso concreto, la demanda fue declarada infundada debido a que “[d]e la lectura de la primera resolución que resuelve revocar el mandato de comparecencia por el de detención, emitido por la Sala demandada con fecha 29 de setiembre de 2005, se constata que el juez explicó debidamente por qué consideraba que existía riesgo procesal, sustentándose en las condiciones personales la gravedad de la comisión delictiva y la insuficiencia de las pruebas presentadas por los demandantes, las cuales no han enervado la validez de las pruebas que permitieron ordenar su detención. Por tanto, se satisfacen los

¹³² EXP. N.º 07051–2006–PHC/TC, de 4 de abril de 2007, F. J. 8.

¹³³ EXP. N.º 3361–2007–PHC/TC, de 7 de noviembre de 2007, F. J. 5.

¹³⁴ EXP. N.º 9426–2005–PHC/TC, de 7 de diciembre de 2005, F. J. 6.



requisitos de proporcionalidad y razonabilidad exigidos para la correcta fundamentación de la resolución cuestionada”¹³⁵.

e. Duración razonable de la detención preventiva

Un asunto referido a la detención preventiva y respecto a los tratados en los apartados anteriores, distinto en su formulación pero semejante en cuanto a la operatividad del principio de proporcionalidad, es el referido a la duración del mandato de detención. Para el Tribunal Constitucional, del mismo modo como ocurría con el derecho fundamental a ser juzgado sin dilaciones indebidas, se ha de reconocer que el derecho a que la detención preventiva tenga una duración razonable, si bien no se encuentra expresamente recogido en la Constitución, sí tiene nivel constitucional. Se trata, ha dicho el Supremo intérprete de la Constitución, “de un derecho que coadyuva el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe guardar la aplicación de la prisión provisional para ser reconocida como constitucional. Se trata, propiamente, de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en la Carta Fundamental (artículo 2º24 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana”¹³⁶.

Una vez reconocido el carácter constitucional del derecho al plazo razonable en la duración de la detención preventiva, se puede empezar a dibujar los elementos de su contenido constitucionalmente protegido. El primero tiene una naturaleza teleológica que indica la finalidad que debe perseguir la duración de una detención preventiva, ella es el “adecuado equilibrio entre los dos valores que se encuentran en contrapeso al momento de aplicar la medida: por una parte, el deber del Estado de garantizar sentencias penales justas, prontas y plenamente ejecutables; y, por otra, el derecho de toda persona a la libertad personal (artículo 2º24) y a que se presuma su inocencia, mientras no se declare judicialmente su culpabilidad (artículo 2º24.e)”¹³⁷. La duración razonable debe suponer la coexistencia armoniosa y equilibrada de los mencionados bien jurídico y derecho fundamental.

El segundo de ellos es admitir que “no es posible que en abstracto se establezca un único plazo a partir del cual la prisión provisional pueda reputarse como irrazonable. Ello implicaría asignar a los procesos penales una uniformidad objetiva e incontrovertida, supuesto que es precisamente ajeno a la grave y delicada tarea que conlleva merituar la eventual responsabilidad penal de cada uno de los individuos acusados de la comisión de un ilícito”¹³⁸. La consecuencia necesaria de admitir la imposibilidad de un plazo razonable en la duración de la detención preventiva y válido para todos los casos, es la necesidad de pautas que aplicadas en las concretas circunstancias permita calificar de razonable y proporcionada una concreta duración. Esas pautas, y como tercer elemento, son las mismas que ha propuesto el Tribunal Constitucional para determinar la razonabilidad en la duración de un proceso penal: la actuación de los órganos judiciales; la complejidad del

¹³⁵ EXP. N.º 1821–2006–PHC/TC, de 16 de marzo de 2006, F. J. 3.

¹³⁶ EXP. N.º 2915–2004–HC/TC, de 23 de noviembre de 2004, F. J. 5.

¹³⁷ Idem., F. J. 11.

¹³⁸ Idem, F. J. 14.

asunto; y la actividad procesal del interesado, con un significado similar al estudiado para la determinación de la razonabilidad de la duración del proceso penal.

Reconoce el mencionado Tribunal, y este es el cuarto, que el hecho de que no pueda definirse de antemano y de modo abstracto un plazo como razonable, válido para todo supuesto, “no significa que el ordenamiento jurídico se inhiba de establecer una regulación que sirva de parámetro objetivo para el enjuiciamiento de un caso concreto en el que haya sido dispuesta la medida”¹³⁹. Efectivamente, tanto en el artículo 137 del Código Procesal Penal, como en el artículo 274 del Nuevo Código Procesal Penal, se han previsto plazos máximos de duración razonable de la detención preventiva. En todo caso, habrá que tener en cuenta que los plazos legales son plazos máximos, es decir, que una vez sobrepasado se habrá vulnerado el contenido del derecho a una duración razonable de la detención preventiva, sin que esto implique que sin haberse vencido el plazo legal máximo, una concreta duración pueda devenir en arbitraria por la concreta naturaleza de las circunstancias. Así, “[a]unque no haya transcurrido todavía el plazo máximo legal, puede lesionarse el derecho a la libertad personal si el imputado permanece en prisión provisional más del plazo que, atendiendo a las circunstancias del caso, excede de lo razonable”¹⁴⁰.

Por lo que, de modo general, se puede afirmar que también respecto de la duración de la detención preventiva, la exigencia de proporcionalidad significa la exigencia de razonable justificación en la adopción de la decisión. En un caso concreto dijo el Tribunal Constitucional que “la Juez no se ha limitado a disponer la ampliación del plazo de detención en contra del recurrente sino que ha precisado elementos objetivos para ello. Así, ha considerado el hecho de que no han desaparecido los presupuestos que sustentaron, en su momento, el dictado del mandato de detención, de conformidad con el artículo 135° del Código Procesal Penal, al advertirse que en el desarrollo de las investigaciones, tanto a nivel policial como a nivel judicial, el recurrente no ha mostrado una actitud de colaboración, ni tampoco ha acreditado contar con un domicilio fijo ni tener una ocupación lícita. Por ello ha concluido en que es necesario adoptar las medidas para asegurar la presencia del demandante en el proceso penal que se le sigue”¹⁴¹.

G) Detención domiciliaria y proporcionalidad

a. Prisión preventiva y detención domiciliaria

La proporcionalidad también ha sido exigida por el Tribunal Constitucional a la hora de definir la validez constitucional de la decisión que disponía la detención domiciliaria de un procesado penalmente. Este tipo de detención tiene en común con la prisión preventiva, tanto que se configuran como un límite al ejercicio de la libertad personal, como que ambas aparecen como medidas cautelares que ayudan a la consecución de la finalidad del proceso penal. Tan distintas son que, según el artículo 47 Código penal si llega a haber

¹³⁹ Idem, 32.

¹⁴⁰ EXP. N.º 3771-2004-HC/TC, de 29 de diciembre de 2004, F. J. 18.

¹⁴¹ EXP. N.º 9016-2005-PHC/TC, de 6 de diciembre de 2005, F. J. 5.



sentencia condenatoria, el tiempo de detención judicial se computa como pena efectiva: un día de detención judicial preventiva equivale a un día de pena efectiva en la condena impuesta¹⁴². Esto no sucede cuando se trata de una detención domiciliaria, en la que el tiempo que ha durado no se abona para el cómputo de la pena en una eventual sentencia condenatoria¹⁴³. Sin embargo, en ningún modo una y otra pueden equipararse, de hecho “tal como está regulada en nuestra legislación procesal penal, la detención domiciliaria no aparece como una forma de detención judicial preventiva, sino, antes bien, como una alternativa frente a esta”¹⁴⁴.

b. Exigencia de razonabilidad

Aunque menos aflictiva de la libertad que la detención judicial preventiva, la medida de detención domiciliaria también limita la libertad¹⁴⁵. Razón por la cual, la expedición del mandato de detención domiciliaria debe ajustarse igualmente al principio de proporcionalidad y razonabilidad. Bien ha establecido el Tribunal Constitucional como línea jurisprudencial que “su validez constitucional también se encuentra sujeta a los principios de subsidiariedad, razonabilidad, provisionalidad y proporcionalidad”¹⁴⁶. Así, una detención domiciliaria puede convertirse en detención arbitraria y, consecuentemente, proceder la demanda de hábeas corpus, cuando se ha convertido en una medida desproporcionada de acuerdo a las circunstancias del caso concreto.

El juicio de razonabilidad y proporcionalidad deberá manifestarse en la evaluación de las circunstancias para concluir si en ellas queda o no justificada la detención domiciliaria. Un primer aspecto que se ha de tomar en consideración es el peligro procesal que pueda significar el procesado. Este peligro procesal tiene una doble significación: que hayan razones para pensar que el acusado va a tratar de eludir la acción de la justicia, y que hayan razones para pensar que el procesado va a perturbar la actividad probatoria. Una aplicación rigurosa del principio de proporcionalidad exige distinguir esta doble significación del peligro procesal, y distinguiéndola adoptar una u otra medida (la estrictamente necesaria) según cual sea el concreto peligro procesal que se quiere evitar. En esta labor resulta de especial ayuda la declaración del Tribunal Constitucional por la cual ha afirmado 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 [primera significación del peligro procesal] (por lo demás, no expresada en la resolución recurrida y tampoco amparada en razones objetivas y razonables que permitan prever de manera cierta que ello

¹⁴² Dice el primer párrafo del artículo 47 Cp: “El tiempo de detención que haya sufrido el procesado se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención”.

¹⁴³ Así lo ha argumentado el Tribunal Constitucional en la sentencia al EXP. N.º 0019–2005–PI/TC, en el que se declaró inconstitucional el artículo único de la ley 28658, por el que se pretendió reformar el artículo 47 del Código Penal al momento en que hacía referencia a la detención domiciliaria para hacer posible que su duración pueda imputarse al cómputo de la pena privativa a razón de un día.

¹⁴⁴ EXP. N.º 1805–2005–HC/TC, de 29 de abril de 2005, F. J. 38.

¹⁴⁵ Se ha de reconocer que “entre las alternativas frente a la detención judicial preventiva, la detención domiciliaria es la que aparece como la más seria y limitativa de la libertad personal”. EXP. N.º 0376–2003–HC/TC, citado, F. J. 2.

¹⁴⁶ Ibidem.

ocurrirá), para ello el juez penal cuenta con una serie de medidas previstas en nuestro ordenamiento procesal penal menos aflictivas [que la detención preventiva] sobre la libertad individual de los recurrentes a los cuales puede apelar”¹⁴⁷.

Esto quiere decir que si en el caso concreto el peligro procesal –por la concurrencia de una serie de circunstancias– significa que el procesado pueda entorpecer o perturbar la actividad probatoria, en principio –siempre dependerá de las circunstancias concretas del caso que se examina– la medida de afectación de la libertad que será proporcionada y razonable es la detención judicial preventiva. Pero si por el contrario, el peligro procesal significa que el procesado pueda sustraerse de la acción de la justicia, lo más probable –dependiendo de las circunstancias, habrá que insistir– es que sería desproporcionado disponer su prisión, sino que la medida de afectación del derecho razonable sería la detención domiciliaria, o alguna otra menos *restrictiva* pero que igualmente pueda cumplir con la finalidad que es evitar el concreto peligro procesal presente en el caso, es decir, la sustracción a la acción de la justicia.

Junto al peligro procesal se ha de exigir que existan suficientes elementos probatorios que vinculen al encauzado con el delito que se le imputa. En palabras del Tribunal Constitucional, “la imposición del arresto domiciliario, como toda medida cautelar, deberá estar supeditada a la observancia de dos presupuestos básicos: *fumus boni iuris* (apariencia del derecho) y *periculum in mora* (peligro procesal). El primero de ellos se refiere –en el ámbito penal– a la suficiencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el hecho delictivo, mientras que el segundo se relaciona con el peligro de que el procesado se sustraiga a la acción de la justicia o perturbe la actividad probatoria”¹⁴⁸.

c. Necesidad de fundamentar la resolución que establece la detención domiciliaria

El hecho de que la detención domiciliaria sea una medida menos limitativa de la libertad que la detención preventiva, no exonera al juez de su obligación de fundamentar debidamente la resolución en la que la ordena. Bien hace el Tribunal Constitucional cuando establece respecto de la detención domiciliaria, que su “dictado (...) debe necesariamente justificarse, pues sucede que ésta constituye, entre las diversas fórmulas con las que se puede decretar la comparecencia restrictiva en nuestro ordenamiento procesal penal, la más grave”¹⁴⁹.

No en pocas oportunidades el Tribunal Constitucional ha emitido un juicio negativo cuando ha examinado los motivos que planteó el juez para dictar el mandato de detención domiciliaria. Así tiene dicho que la detención domiciliaria no puede dictarse simplemente con base en la gravedad del delito imputado al procesado. Manifestó el Alto Tribunal que “[f]luye del análisis del auto apertorio de instrucción, de fojas 24 a 43, que, en un comienzo, la medida de detención domiciliaria dictada contra la demandante, se justificó en la seriedad de los cargos imputados, haciéndose referencia a la ‘suma gravedad’ que

¹⁴⁷ EXP. N.º 1260–2002–HC/TC, de 09 de julio de 2002, F. J. 6.

¹⁴⁸ EXP. N.º 0124–2004–HC/TC, de 22 de julio 2004, F. J. 4.

¹⁴⁹ EXP. N.º 1565–2002–HC/TC, 05 de agosto de 2002, F. J. 3.



ellos revisten. Tales argumentos, por sí solos, no se condicen con los elementos objetivos que puedan concluir en la determinación del peligro procesal. Justificar las restricciones a la libertad bajo presunciones de orden criminal, esto es, sobre la base de la gravedad de los delitos imputados, resulta a todas luces atentatorio al principio de presunción de inocencia que debe informar a todo proceso penal”¹⁵⁰.

También rechazó el mandato de detención domiciliaria que había sido expedido con el argumento de que en el caso no se había producido la concurrencia de los elementos necesarios para emitir mandato de detención preventiva. Bien dijo el Tribunal Constitucional cuando advirtió que “es evidente que lo que al procesado le importa conocer, a efectos de poder efectuar su defensa y pretender rebatir el razonamiento de la judicatura, no son las razones por las que no se dictó una medida más restrictiva, sino, justamente, los motivos por los que no se optó por una menos restrictiva de la libertad. En buena cuenta, la motivación debe estar orientada a informar al procesado cuáles son las circunstancias y condiciones inherentes a su caso que hacen *necesaria* la restricción”¹⁵¹.

d. Razonabilidad en la duración de la detención domiciliaria

Como se estudió antes, se ha reconocido categoría constitucional al derecho a un plazo razonable en la duración de la detención preventiva. La cuestión que cabe plantear ahora es si igualmente este derecho puede ser predicado de la detención domiciliaria. Dos argumentos se pueden dar en referencia a la detención judicial preventiva: en primer lugar, que una situación de afectación de la libertad que dure indefinidamente no se condice con las exigencias de la dignidad humana, la cual no se pierde por el hecho de ser procesada penalmente una persona; en segundo lugar, la naturaleza misma de la detención preventiva que en el fondo es una medida de naturaleza cautelar y, por tanto, de duración determinada.

En referencia a la detención domiciliaria, ha dicho el Tribunal Constitucional que “no siendo esta privación de la libertad, impuesta a consecuencia de sentencia condenatoria, resulta irrazonable pensar que esta omisión pueda habilitar la medida de detención domiciliaria en un tiempo indefinido. Mayor aun, cuando la misma no se contabiliza como pena a cuenta”¹⁵². Por lo cual todos los criterios de razonabilidad manifestados anteriormente para la prisión preventiva son aplicables, *mutatis mutandis*, a la detención domiciliaria.

Y es que, en referencia a la detención domiciliaria “*la inexistencia de un plazo máximo legal*, de ninguna manera puede admitirse como justificación válida para la permanencia de una medida restrictiva de derechos, de forma indefinida, arbitraria y desproporcionada, debiendo más bien, ser valorado en cada caso, según los elementos de juicio objetivos existentes. Lo contrario, llevaría al absurdo de mantener a la persona privada de su libertad –en mayor medida–, por el establecimiento de medidas cautelares y no a consecuencia de la imposición de una pena; o, lo que es peor, detenida provisionalmente

¹⁵⁰ EXP. N.º 1805–2005–HC/TC, de 29 de abril de 2005, F. J. 41.

¹⁵¹ EXP. N.º 2404–2003–HC/TC, de 5 de agosto de 2004, F. J. 4.

¹⁵² EXP. N.º 0731–2004–HC/TC, de 16 de abril de 2004, F. J. 12.

en prisión o en el domicilio, para luego ser absuelto por inexistencia del hecho imputado”¹⁵³.

VI. LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *Un nuevo entendimiento de la exigencia de proporcionalidad*

Anteriormente se ha hecho notar el contenido dogmático que subyace a las llamadas teorías absolutas y a las teorías relativas sobre la definición del contenido esencial de los derechos fundamentales. Como se hizo notar, ellas se formulan a partir de la consideración de los derechos fundamentales como principios que hay que optimizar según lo permitan las posibilidades jurídicas y fácticas. A partir de aquí, los derechos fundamentales son considerados como realidades que se expanden, lo que daba como consecuencia necesaria que existieran choques entre derechos fundamentales o entre estos y bienes jurídicos constitucionales. Frente a esa realidad, y dado de que no es posible pensar en una convivencia social en la cual los derechos fundamentales pueden ser ejercitados ilimitadamente, surge la necesidad de frenar esa expansión, y de ser el caso, empujar hacia adentro la frontera del derecho, es decir, restringirlo, sacrificarlo o lesionarlo, cuando así lo exija la salvación del derecho o bien constitucional opuesto. En este contexto se afirma que existe un contenido constitucional *prima facie* (el contenido del derecho en expansión), y un contenido definitivo (el contenido del derecho resultante de haberlo *restringido* en un caso concreto).

Ya en otro lugar he intentado hacer notar los errores de los que parte y las aporías a las que conduce esta forma de entender los derechos fundamentales, que aquí no he de repetir¹⁵⁴. Sólo convendrá decir que una dogmática iusfundamental que pretende ser válida, tiene que edificarse sobre bases sólidas, coherentes y compatibles con las exigencias de la naturaleza y dignidad humanas, y con la Constitución entendida como norma jurídica fundamental que rechaza jerarquías (abstractas y *ad casum*), y que –por el contrario– permite una hermenéutica constitucional que favorece la vigencia armónica de los distintos derechos y bienes constitucionales que reconoce y protege.

En este contexto, es posible defender que las cuestiones iusfundamentales no se resuelven a partir de determinar cual derecho fundamental pesa más en el caso concreto, para a partir de ahí decidir el derecho fundamental vencedor y el vencido. Sino que esas cuestiones iusfundamentales deben ser resueltas apelando a técnicas de interpretación constitucional que permita definir en cada caso concreto si una determinada pretensión

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ Cfr. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, tercera edición, Palestra, Lima 2007, en particular capítulos VI y VIII; *La libertad de cátedra en una relación laboral con ideario*, Tirant lo blanch, Valencia 2006, en particular el capítulo VIII; “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 12, enero–junio 2005, ps. 99–119; “Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio 2005, ps. 144–149.



cae o no dentro del contenido constitucional del derecho fundamental en el que pretende fundarse. En esta línea, la labor del principio de proporcionalidad no es definir una jerarquía concreta (*ad casum*), sino que su finalidad es valorar las posibilidades fácticas y jurídicas para establecer si existe o no una justificación razonable que permita concluir que una concreta pretensión (una concreta medida) forma o no parte del contenido constitucional de un derecho fundamental. Si es posible sostener una justificación razonable y constitucionalmente correcta de una concreta medida, entonces, esa medida forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental que se invoque y, por ello, recibirá protección constitucional –por ejemplo– a través del hábeas corpus cuando ese derecho fundamental es la libertad personal o alguno conexo a ella. Si, por el contrario, no es posible sostener esa justificación, o las razones que se han dado no son constitucionalmente correctas, entonces, significará que esa medida cae fuera del derecho fundamental invocado y que darle cobertura constitucional significará proteger un ejercicio extralimitado del derecho.

No se trata, entonces, de que el principio de proporcionalidad permite definir cuando la libertad deberá prevalecer sobre otros derechos fundamentales u otros bienes jurídico constitucionales, ni si existe o no justificación para una concreta *restricción* de su contenido constitucional, sino que de lo que realmente se trata es que esa herramienta de hermenéutica constitucional deberá servir para determinar si una concreta medida es atribuible o no al contenido constitucional del derecho fundamental. Y es que no es posible restringir o sacrificar el contenido constitucional de un derecho fundamental, porque ello equivaldría a desconociendo el principio de unidad de la Constitución, intentar justificar la restricción y sacrificio de la Constitución, precisamente en esa parte en la que reconoce y garantiza el contenido constitucional que pretende ser el objeto de la restricción o del sacrificio.

En la consolidación de este modo de pensar sirve, y mucho, la constatación de que no es posible sostener la existencia de un contenido *prima facie* de un derecho fundamental. En la Constitución ni está dispuesto expresamente, ni es posible sostener su existencia implícita. Es más, una hermenéutica constitucional correcta lleva a rechazar ese contenido por innecesario y perjudicial. Innecesario porque sin necesidad de acudir a esa categoría, es posible interpretar el Derecho constitucional y los hechos a fin de decidir si una concreta pretensión forma o no parte del contenido del derecho fundamental; y es perjudicial, porque su aceptación significa admitir que el contenido *prima facie* es contenido constitucional, y admitir que el contenido *prima facie* al convertirse en contenido definitivo tiene que ceder o sacrificar parte de su contenido, será tanto como admitir que la constitución puede ceder o dar en sacrificio su propio contenido.

2. Manifestación de este nuevo entendimiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre hábeas corpus

De modo general, puede sostenerse que del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en los procesos de hábeas corpus, se concluye que no está presente los tres pasos de la lógica operativa del principio de proporcionalidad puestos antes de

manifiesto. En efecto, no se ha hecho referencia ni a ni a la idoneidad ni a la necesidad de la medida *restrictiva* de la libertad de tránsito. La referencia se ha formulado respecto de la ponderación, que –como se ha dicho antes– equivaldría al juicio de proporcionalidad en sentido estricto; pero se ha formulado no con el significado que le otorga el principio de proporcionalidad, sino con uno diferente. Mientras la ponderación dentro de la lógica conflictivista tiene por finalidad determinar cuál derecho fundamental o bien jurídico constitucional ha de prevalecer, y cuál ha de ser sacrificado en su contenido constitucional; la ponderación empleada por el Tribunal Constitucional tiene que ver más con la justificación constitucional de un límite que puede ser concebido como una exigencia esencial (que brota de la esencia) del derecho fundamental del que se predica. La diferencia entre límite y *restricción* siendo sutil se torna de una trascendencia significativa que obliga a no desconocerla. El límite es la frontera interna que conforma y define el contenido constitucional de un derecho fundamental; mientras que la *restricción* significa **primero quebrantar el límite para –segundo- introducirse en el contenido del derecho e inmolar una parte de él; es decir**, es el límite ajeno y exterior al derecho fundamental que viene impuesto desde fuera.

Cuando el Tribunal Constitucional apela a la proporcionalidad y razonabilidad en general y a la ponderación en particular, en estricto lo hace no para definir una *restricción* –incluso en los casos en los que expresamente emplea este término–, sino para encontrar una justificación constitucionalmente suficiente y correcta a una decisión judicial, legislativa, ejecutiva o privada que es adoptada con base al cumplimiento del deber de salvación de un bien jurídico constitucional o derecho fundamental en el caso de los órganos del poder público, o con base en el ejercicio de un derecho fundamental, en el caso de los particulares. Esa decisión aparece como una pretensión del órgano o sujeto que la formula, de forma que el examen ponderativo está dirigido a establecer si esa pretensión cae o no dentro del contenido constitucional del derecho fundamental o del bien jurídico constitucional que ha sido invocado como sustento. Si la pretensión no cae dentro del contenido de la libertad personal, por ejemplo, no es que ésta haya sufrido una *restricción* que al ser ponderada debe ser admitida, sino que al caer la pretensión fuera del contenido en realidad no hay nada que restringir, y al no haber nada que restringir, no hay *restricción*. Al no haber *restricción* lo que hay es definir que una concreta pretensión se encuentra más allá del límite de lo constitucionalmente permitido y protegido, de modo que esa pretensión define el límite del contenido de la libertad. Y es que no puede reconocerse que se tiene derecho a algo que no cae dentro del contenido (constitucional) protegido por ese derecho; el negar algo porque no forma parte del derecho no es restringir el derecho, sino es poner de manifiesto un límite a ese derecho: no se puede ir más allá de lo reconocido por el derecho, es decir, no se puede pretender un ejercicio extralimitado (desproporcionado) del derecho.

Por sólo tomar como muestra un supuesto de los antes estudiados dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se tomará el caso de las *restricciones* explícitas a la libertad personal y derechos conexos, en particular, la primera *restricción* explícita: cuando el mencionado Tribunal afirma que el mandato de detención debe ser fruto de una



decisión proporcionada, es decir, debidamente sustentada y justificada. Cuando se da esta justificación argumentada, lo que en buena cuenta está significando es que no forma parte del contenido constitucional de la libertad de tránsito, la pretensión de emplear esa libertad para *perjudicar o entorpecer la investigación o el proceso penal* iniciado. La ponderación, en este caso, se traduce en el conjunto de argumentos que justifiquen decidir que un procesado penalmente no tiene derecho a estar en libertad si existen razones que permitan concluir que perjudicará y entorpecerá la investigación o el proceso penal.

Si se concluye que el procesado no tiene derecho en esas concretas circunstancias a seguir el proceso en situación de comparecencia, no es que el bien jurídico que significa el interés público de que el proceso penal sea uno eficaz se haya sobrepuesto y vencido al derecho a la libertad de tránsito del procesado, de modo que este haya tenido que admitir una *restricción* o sacrificio de su contenido constitucional por ser de menor valor. No. Lo que en estricto significa es que, en las concretas circunstancias, la pretensión del demandante de ser procesado sin mandato de detención no forma parte del contenido constitucional de su derecho fundamental a la libertad personal (libertad de tránsito). Con otras palabras, no se ha justificado ninguna restricción porque ésta no se ha producido, sino que se ha justificado un límite interno o esencial de la propia libertad personal al justificar que la pretensión de comparecencia del procesado penalmente significaría un ejercicio extralimitado de la misma.

Este mismo razonamiento es posible formularlo de cada uno de los supuestos de *restricción* de la libertad estudiados durante el análisis del actuar jurisprudencial del Tribunal Constitucional en los procesos de hábeas corpus, para llegar a una misma conclusión: la proporcionalidad o razonabilidad (en particular, la ponderación) se emplea para justificar si una pretensión forma o no parte del contenido constitucional de un derecho fundamental.