UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA SENTENCIA DE SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER

PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor:

Odar Cortez Gaby

Asesor:

Abg. Chanduvi Quispe Roger Jesús

Línea de investigación:

Derecho Público

Pimentel – Perú

2018

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA SENTENCIA DE SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER

_____
Mg. Mario Vicente Chávez Reyes
Presidente del Jurado

_____
Mg. Jorge Abel Cabrejos Mejía
Secretario del Jurado

_____
Mg. Jorge Napoleón Vílchez Castro
Vocal del Jurado

DEDICATORIA

A mí querida hermana Maggi y a mi hijo Dennis, que creyeron en mí, que han sido la fuente de inspiración para la culminación de mis estudios, así como el apoyo emocional que me dieron durante el desarrollo del mismo y supusieron que lo lograría, a ellos les dedico esta tesis.

LA AUTORA.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por la fortaleza y salud que me ha dado para seguir adelante.

Asimismo, a mi prima María que me apoyo y acompaño muchas veces en los momentos difíciles, a mi familia, mis amigos que me dieron su apoyo y aliento moral.

A todos aquellos que de alguna manera me apoyaron y dieron el ánimo para terminar como mi carrera.

LA AUTORA

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA SENTENCIA DE SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND ITS INCIDENCE IN THE SENTENCE OF SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER

Gaby Odar Cortez[1]

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo: Determinar si los operadores jurídicos aplicaron correctamente el principio constitucional de proporcionalidad con sus respectivos subprincipios cuando condenaron con pena privativa de libertad efectiva a la ciudadana **Silvana Buscaglia Zapler,** por la presunta comisión del delito de Violencia y resistencia a la autoridad.

El método que se aplicó en la presente investigación fue el cualitativa con un diseño transversal correlacional. La población objetivo de la presente investigación estuvo conformada por, Abogados y fiscales. Teniendo así como discusión y finalmente se concluyó que: Se logró conocer detalladamente las categorías dogmáticas modernas que existen en torno al principio de proporcionalidad y sus respectivos sub principios, así como su aplicabilidad en el Derecho constitucional, descansan sobre los pilares de la Proporcionalidad y la Ponderación, a su vez estos tienen como base los sub principios de la Idoneidad y la Necesidad, cuando convergen estas figuras jurídicas se está hablando de una correcta aplicabilidad del principio de proporcionalidad en el Derecho Penal.

Palabras claves: Principio de proporcionalidad, derechos fundamentales, constitucionalidad.

[1] Adscrito a la Escuela Profesional de Derecho, Pre grado de la Universidad Señor de Sipán Pimentel Perú. gabyodar@yahoo.es

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN LA SENTENCIA DE SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND ITS INCIDENCE IN THE SENTENCE OF SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER

Gaby Odar Cortez[2]

ABSTRACT

The objective of the present investigation was to determine if legal operators correctly applied the constitutional principle of proportionality with their respective subprinciples when they condemned Citizen Silvana Buscaglia Zapler with an effective penalty of imprisonment, for the alleged commission of the crime of violence and resistance to violence authority.

The method that was applied in the present investigation was the qualitative one with a transversal correlational design. The target population of the present investigation consisted of, Lawyers and prosecutors. Having as well as discussion and finally concluded that: It was possible to know in detail the modern dogmatic categories that exist around the principle of proportionality and their respective sub principles, as well as their applicability in Constitutional Law, rest on the pillars of the Proportionality and the Weighting, in turn these are based on the sub principles of Suitability and Necessity, when they converge these legal figures are talking about a correct applicability of the principle of proportionality in criminal Law.

Keywords: Principle of proportionality, fundamental rights, constitutionality

[2] Assigned to the Professional School of Law, Pre-degree of the Universidad Señor de Sipán Pimentel Perú. gabyodar@yahoo.es

INDICE

DEDICATORIA iii
AGRADECIMIENTO iv
RESUMEN v
ABSTRACT vi
I. INTRODUCCIÓN 1
1.1 Situación problemática 1
1.2. Formulación del problema 3
1.3. Hipótesis 3
1.4. Objetivos 11
1.5. Justificación 4
1.6. Antecedentes de investigación 5
1.7.1. Variable I: El Principio de Proporcionalidad 38
1.7.1.1. Evolución histórica 38
1.7.1.2. Teoría o base de los principios 41
1.7.1.3. El principio de proporcionalidad 42
1.7.1.4. El principio de proporcionalidad en el derecho penal 43
1.7.1.5. Los subprincipios de proporcionalidad en la jurisprudencia Internacional y Nacional 45
1.7.1.6. Diferencias entre la proporcionalidad penal y constitucional 53
1.7.1.7. Alcances del principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas 55
1.7.1.8. La desproporcionalidad en la aplicación de las penas 57
1.7.2.1. La Constitución Como Norma Suprema del Estado 58
1.7.2.2. La constitución y los derechos fundamentales 59
1.7.2.3. La Dignidad del Ser Humano 61
1.7.2.4. La Dignidad Como Eje de los Derechos Fundamentales 62
1.7.2.5. El Derecho a la Libertad Como Derecho Fundamental 63
1.7.2.7. El Bien Jurídico en el Derecho Penal 65
1.7.2.8. El tipo penal y el bien jurídico 66
1.7.2.9. El bien jurídico protegido en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad 68
1.7.2.10. El principio de lesividad en el derecho penal 69
1.7.3.1. Aspectos recogidos de la sentencia S:N° 4134-2015 (Anexo N° 08) 70
1.7.3.2. Responsabilidad del administrador de justicia en materia penal 72

1.7.4.2. Jurisprudencia Vinculante 75
II. MATERIAL Y MÉTODOS **80**
2.1. Tipo y Diseño de investigación **80**
2.1.1. Tipo de investigación **80**
2.2. Métodos de investigación **80**
Método de la investigación es cualitativa **80**
2.3. Población y Muestra **80**
2.4. VARIABLES **82**
Operacionalización de las Variables **82**
2.5. Instrumentos, validación **83**
III. RESULTADOS **84**
3.1. Resultados 84
IV. DISCUSIÓN **94**
4.1. Discusión **94**
4.2 Análisis de Sentencias **95**
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES **99**
5.1. Conclusiones **99**
5.2. Recomendaciones **100**
VI. REFERENCIAS **102**

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Situación problemática

En el contexto internacional, el principio de proporcionalidad se encuentra muy bien regulado para evitar problemas con respecto a la vulneración de los derechos de los ciudadanos al momento de recibir una pena acorde al delito cometido, en ese sentido en España tenemos Mayer (2008) indica que el principio de proporcionalidad "aparece en un primer momento, como un límite a la potestad del policía para posteriormente convertirse en un principio general del Derecho público que rige en el establecimiento y aplicación de todo tipo de medidas restrictivas de derechos y libertades" (párr., 10).

Mayer (2008) Es en la Declaración de los derechos de hombre y del ciudadano de 1789 cuando se señala por primera vez, en el artículo 8º, que: "la ley no debe establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias".

Esta definición pasó a la Declaración Universal de Derechos Humanos, y queda plasmado actualmente en el artículo 10.2 de la Constitución Española, que dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (Mayer, 2008).

Partiendo de la realidad donde se ha observado que en las dos últimas décadas los Estados Latinoamericanos siguiendo la corriente neo constitucionalista han dotado de mayor fuerza vinculante a sus respectivas Constituciones Políticas, sujetando todo el ordenamiento jurídico a la norma fundamental.

El Derecho penal evidentemente al estar relacionado a los derechos fundamentales más preciados del ser humano, tales como la vida, la libertad, la dignidad humana, y otros, es más que imperativo que se someta al control constitucional, vale decir que sus reglas, tanto sustantivas como procesales tienen que encontrarse en concordancia con la gama de principios y garantías de orden constitucional.

Ya que la Constitución irradia todo el ordenamiento jurídico, en consecuencia los preceptos legales e infra legales necesariamente están sometidos a los principios de orden

constitucional; es más, incluso el mismo Derecho Penal ha previsto este principio en su título preliminar (artículo VIII), por lo que su inaplicación por el órgano judicial en el caso concreto deviene en inaceptable y hasta cierto punto reprochable, que a la postre conlleva a la emisión de resoluciones irracionales y desproporcionales. En efecto, es paradigmático el caso de "Buscaglia Zapler", en el que la justicia penal en clara vulneración del principio de proporcionalidad condenó con pena efectiva a dicha ciudadana por agredir física y verbalmente al efectivo de la Policía Nacional del Perú.

Este pronunciamiento judicial emblemático demuestra que el principio de proporcionalidad en el ámbito penal no se le ha otorgado la importancia que merece, lo que a la postre conllevó a la emisión de decisiones arbitrarias e inconstitucionales que produjeron la restricción irracional de la libertad personal de dicha procesada, produciendo con ello un perjuicio irreparable desde todo punto de vista, deslegitimando la correcta administración de justicia.

Para cumplir el objetivo de la investigación que consistió en estudiar detalladamente el principio de proporcionalidad y su aplicabilidad en el ámbito penal, se realizó un análisis exhaustivo de un caso concreto ocurrido en el país, doctrina nacional e internacional y legislación comparada. Sin lugar a duda con la única intención de contribuir con el desarrollo de mecanismos jurídicos destinados a garantizar los derechos fundamentales de las personas, a través de una propuesta legislativa, ya que el fin de este principio constitucional es limitar el ejercicio de poder del Estado y no recaiga en arbitrariedad.

En resumen, el principio que se vulnera en este caso (Buscaglia), es el de proporcionalidad, más aún si tomamos en cuenta el tipo penal que estable nuestro código en su artículo 122, **Lesiones leves**; el que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años. Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión, y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de seis ni mayor de doce años.

Analizando este artículo, y aplicando a este caso en particular, sin lugar a duda se vulnero el principio de proporcionalidad, así como las garantías constitucionales estipuladas en el artículo 200 de la carta magna. Por lo tanto, en el caso de Buscaglia según consta en su expediente las lesiones por la que fue sentenciada no se encuentra estipulada ni como

lesiones en nuestro código penal, lo cual amerita una vulneración del principio de proporcionalidad.

1.2. Formulación del problema

¿De qué manera el principio de proporcionalidad incide en la sentencia de Silvana Buscaglia Zapler?

1.3. Hipótesis

El principio de proporcionalidad es una institución jurídica de naturaleza constitucional que también resulta aplicable en el ámbito penal, su aplicación no se ajusta a los acontecimientos jurídicos. El principio de proporcionalidad y sus subprincipios, idoneidad (o adecuación), necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto no fue aplicado correctamente por el operador jurídico en la sentencia en el caso de Silvana Buscaglia Zapler, lo que determinó que esta ciudadana sea condenada con pena efectiva por una conducta que no lesionó gravemente el bien jurídico "correcta administración de justicia".

1.4. Objetivos

1.4.1. General

Determinar la incidencia del principio de proporcionalidad en la sentencia de la ciudadana **Silvana Buscaglia Zapler,** por la presunta comisión del delito de Violencia y resistencia a la autoridad.

1.4.2. Específicos

a) Conocer detalladamente las clases dogmáticas modernas que existen en torno al principio de proporcionalidad y sus respectivos subprincipios, así como su aplicabilidad en el Derecho penal.

b) Estudiar los criterios utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito penal.

c) Analizar la sentencia judicial condenatoria dictada contra la ciudadana **Silvana Buscaglia Zapler,** en el proceso seguido en su contra por violencia y resistencia a la autoridad.

d) Demostrar que el principio de proporcionalidad por su falta de aplicación en la norma conlleva a la emisión de sentencia desproporcionales en el área penal.

1.5. Justificación

La realización de la presente investigación se justifica en la medida en que nos permitirá conocer la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad en sede penal, pues consideramos que su correcta aplicación conlleva a la emisión de sentencias racionales y justas, y al mismo tiempo contribuye a la efectivización de otros derechos de rango constitucional, como los fines constitucionales de la pena, llámese resocialización, reeducación, y rehabilitación.

El conocimiento del tema objeto de investigación resulta relevante no solo para los estudiosos del derecho constitucional, sino y, sobre todo para los que cultivan el derecho penal, es más considerando el estudio pormenorizado y crítico que se pretende realizar de este proceso penal emblemático (caso Buscaglia Zapler) hace que la presente investigación resulte sumamente interesante y al mismo tiempo desafiante, lo que nos permitirá concientizar a los operadores jurídicos de la relevancia penal de una institución con contenido constitucional, como lo es el principio de proporcionalidad.

Esta investigación que pretendemos realizar aportará al debate doctrinal consideraciones conceptuales de orden no solo constitucional sino también penal, tanto sustantiva como procesal, es más consideramos que esta investigación resulta novedosa en la medida en que contribuirá a partir del análisis de casos específicos; demostrar que inaplicar el principio de proporcionalidad en procesos penales en los que se encuentran en debate derechos fundamentales genera múltiples perjuicios de diversa naturaleza no solo al mismo imputado, sino también al Estado, ya que el Derecho Penitenciario ha demostrado que la aplicación draconiana de ley penal produce, entre otros efectos negativos, una superpoblación penitenciaria que lógicamente genera mayor gasto estatal.

Finalmente creemos que más que vacíos normativos el presente trabajo permitirá llenar defectos de interpretación de las normas penales, especialmente referidos a las

consecuencias jurídicas de los supuestos típicos, y al mismo tiempo demostrará que la racionalidad de las penas estará garantizada siempre que en los casos penales se aplique correctamente el principio de proporcionalidad.

1.6. Antecedentes de investigación

Internacional

Torres (2016) en su artículo denominado "El Principio de Proporcionalidad y la Política Pública", publicada en la Revista Europea de Derechos Fundamentales, Monterrey-México. Este artículo busca que los diseñadores e implementadores de la política pública comprendan la utilidad de conocer y aplicar los principios constitucionales que utilizan los tribunales constitucionales en sus sentencias y con esto evitar que estos suspendan o eliminen las acciones y políticas públicas desplegadas por los gobiernos. Las conclusiones son: El tema de la proporcionalidad en la sanción debe guardar debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. En este sentido deberá verificarse por los operadores del diseño de la sanción lo siguiente: la intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados.

Chávez (2015) en su tesis titulada "El Principio de Proporcionalidad en la Justicia Constitucional" presentada en la Universidad Andina Simón Bolívar, para obtener el grado de magister en derecho Constitucional, Quito – Ecuador". Todos los derechos constitucionales son fundamentales y están cobijados o protegidos por el principio de su eficacia directa, que se traduce en la inmediata aplicación sin que fuese necesario que haya un desarrollo programático por parte del legislador, porque se trata de un derecho fundamental o constitucional. Esa es la importancia de la Constitución como norma suprema para cuya directa e inmediata aplicación basta su valor dogmático. Pudiera darse el caso en que se requiera del dictado de una ley, para hacer operativo el reclamo, por ejemplo, por la vulneración de un principio constitucional. Una primera consecuencia de que los derechos sean directamente aplicables es que, siendo anteriores o preexistentes a la ley, no puedan ser restringidos por el legislador hasta el extremo de desvirtuar su contenido. Si esto se pretendiere, las leyes que se expidan con tal finalidad resultan ser inconstitucionales conforme el Art. 11, numeral 4 de la Constitución. Esto viene a ratificar el aserto de que los derechos son anteriores a la actividad del legislador que pretende limitar su directa y efectiva

aplicación. La acción extraordinaria de protección se presenta ya con resultados positivos frente a resoluciones judiciales en firme, en los casos en que por acción u omisión se han vulnerado garantías del debido proceso. La conclusión obtenida es: Todos los derechos constitucionales son fundamentales y están cobijados o protegidos por el principio de su eficacia directa, que se traduce en la inmediata aplicación sin que fuese necesario que haya un desarrollo programático por parte del legislador, porque se trata de un derecho fundamental o constitucional. Esa es la importancia de la Constitución como norma suprema para cuya directa e inmediata aplicación basta su valor dogmático. Pudiera darse el caso en que se requiera del dictado de una ley, para hacer operativo el reclamo, por ejemplo, por la vulneración de un principio constitucional.

Alfaro (2017), en su investigación titulada "El principio de proporcionalidad en la interpretación de los derechos fundamentales. Un estudio sobre su aplicación en la jurisprudencia constitucional de Costa Rica", presentada ante la Universidad Autónoma de Madrid, para obtener el Doctorado en Derecho y Ciencia Política, Madrid- España. La presente tesis de doctorado es una investigación Las conclusiones de la presente investigación son producto del análisis detallado de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, relativa al principio de proporcionalidad, en estricta relación con la base dogmática descrita y con los objetivos establecidos en el plan de trabajo elaborado para tal efecto. De forma general se comprueba que existen dos formas básicas en las que la Sala ha utilizado el principio de proporcionalidad en materia de derechos fundamentales. De modo que cualquier sentencia, que contenga referencia a dicho principio, puede ser categorizada en una de las siguientes dos opciones. En primer término, las sentencias con contenido técnico-científico, que al menos intentan aplicar de forma racional lo que de modo generalizado en la doctrina y la jurisprudencia europeas se entiende por principio de proporcionalidad. Ello independientemente de que apliquen o no con exactitud los postulados doctrinarios o jurisprudenciales europeos, pues son resoluciones que por sí mismas describen algún iter metodológico que intenta dotar de objetividad el análisis de constitucionalidad. En segundo lugar, también quedó acreditada la existencia de sentencias que lamentablemente se convierten en terreno fértil de las críticas que históricamente han existido en otros ordenamientos sobre el principio de proporcionalidad, porque son resoluciones que realizan una simple referencia a dicho principio, sin mayor contenido o desarrollo. En esas sentencias, tal invocación tiene fines meramente persuasivos o

discursivos y, frente a lo que sucede en las resoluciones con contenido técnico-científico, crean una importante incertidumbre en los operadores jurídicos, que no logran saber a qué atenerse respecto del principio de proporcionalidad y, del mismo modo, promueven la utilización indiscriminada en diversos sectores. Con lo expuesto, se detallan seguidamente los diversos resultados específicos, a los cuales se llegó con la presente investigación y que demuestran la forma en que la Sala Constitucional de Costa Rica aplica, conoce e interpreta el principio de proporcionalidad; en especial, en las sentencias que, en mayor o menor medida, intentan realizar una real aplicación del protocolo en estudio y no tanto en las que recurren a dicho principio como una mera cita discursiva:

I. **Evolución jurisprudencial**: se acreditó que la jurisprudencia constitucional que intenta aplicar de forma analítica el contenido de este principio presenta un proceso evolutivo en Costa Rica que se puede catalogar de positivo y el cual se describe de la siguiente manera, como síntesis de la división aplicada en la segunda parte de la investigación, a saber: (i) De 1989 a 1992: surgen las primeras apariciones de alguna noción de proporcionalidad, de forma escueta, intermitente y no sistemática; al respecto se debe señalar que ciertos contenidos de esas sentencias guardan relación con resoluciones iniciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (ii) De 1992 a 1997: se da lugar a la formación inicial del principio de proporcionalidad de manera un poco más elaborada y con una aparición más constante, concretamente en 1995 (en sentencia N. 4285-1995), la Sala le concede por primera vez al análisis de "razonabilidad y proporcionalidad", un considerado exclusivo en una sentencia. (iii) De 1998 al 2006: concretamente en 1998 (en la resolución N. 3933-1998), se presenta la primera sentencia de la Sala Constitucional en la que aparecen de manera expresa los subprincipios del principio o examen de proporcionalidad en sentido amplio; si bien esto estuvo acompañado de un aumento significativo en el uso del principio de proporcionalidad por parte de la Sala, la aplicación de dichos subprincipios surgió de forma genérica, poco sistematizada y en especial, no escalonada; al respecto, conviene recordar que la primera sentencia del Tribunal Constitucional español que cita los tres subprincipios data de 1995; siendo clara la influencia de dicho Tribunal en la Sala Constitucional. (iv) A partir de 2007 y hasta el cierre del análisis de sentencias (2017): se inicia un proceso más depurado, concreto y escalonado en el

caso de los subprincipios del principio de proporcionalidad. Del mismo modo, a partir de ese momento se inicia un fenómeno de expansión normativa en el nivel nacional, con referencia a diversas nociones de proporcionalidad. En este sentido se debe indicar que es en el 2008 cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos emite ya una sentencia donde de forma expresa y mucho más ordenada se desarrollan los tres subprincipios del principio de proporcionalidad. Adicionalmente, en el 2009 adquiere eficacia jurídica la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual, en su artículo 52.1, menciona el principio de proporcionalidad como instrumento de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. Tal y como se puede apreciar, el proceso evolutivo expuesto se encuentra ligado, de manera íntima, a una serie de acontecimientos globales, que lo nutren e influencian de manera importante en determinados momentos.

II. **Categorización**: no es posible advertir una constante definitiva y clara por parte de la Sala en cuanto a la categorización del principio de proporcionalidad, ya que en sus inicios se le catalogó como un "principio del Derecho de los Derechos Humanos" y, posteriormente, la mayoría de las sentencias ni siquiera intentó categorizarlo. Sin embargo, ya en el 2015 se detecta que la Sala de forma expresa reconoció, en algunas sentencias, que se está ante un "protocolo" que se aplica por fases y cuya finalidad es objetivizar el análisis de constitucionalidad. Precisamente, la consideración del principio de proporcionalidad como un "criterio estructural", un "juicio" o un "examen", es la posición dominante en la doctrina y la jurisprudencia europea analizada.

III. **Sobre el carácter no autónomo**: íntimamente ligado a lo anterior, en su mayoría la doctrina y la jurisprudencia europea de la que se ha dado cuenta en la primera parte de la investigación, consideran al principio de proporcionalidad como un canon constitucional "no autónomo", lo cual significa que no es alegable de forma aislada, sin relación con al menos un derecho fundamental. Evidentemente ello así por su categorización como un "protocolo" de actuación y no como una figura sustantiva alegable por sí misma. A pesar de esto, se ha concluido que la Sala Constitucional no ha reconocido, de manera expresa, este carácter "no autónomo" de dicho principio, sino que, por el contrario, hay gran cantidad de sentencias donde la Sala parece dotar

al principio de una sustantividad propia. Esta concepción contradice la posición dominante, la cual, si bien a la figura analizada se le denomina "principio", en realidad se está en presencia de una regla de segundo grado, que determina cómo deben ser aplicados los principios.

IV. **Fundamento:** si se parte de la premisa de que en Costa Rica -al igual que sucede en España-, la figura objeto de estudio no está prevista de forma expresa en la Constitución Política, conviene recordar que el Tribunal Constitucional español ha emitido una cantidad importante de sentencias que intentan explicar el fundamento del principio de proporcionalidad. En cambio, en el caso de la Sala Constitucional de Costa Rica se acredita que esta labor no se presenta. La Sala no indica con contundencia el sustento que le permite aplicar, o del cual deriva, la existencia del principio de proporcionalidad, independientemente de su categorización; a lo sumo, de forma aislada y al hacer referencia a la figura de la "razonabilidad", indica que el "sentido de justicia" implica la existencia de exigencias fundamentales y, entre ellas, cita la proporcionalidad, pero, sin llegar a indicar de forma directa que este es su fundamento, como sí sucede en la dogmática europea analizada, que le atribuye su razón de ser a la cláusula del Estado de Derecho, al carácter jurídico de los derechos fundamentales y al valor justicia.

V. **La influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**: no es dable indicar que en sus inicios, la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Sala Constitucional se viera directa y fuertemente influenciada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; solo es posible hablar de cierta similitud en el análisis básico de la "idoneidad" que se presentaba en los primeros años de existencia de la Sala, con respecto del contenido de algunas resoluciones en la que las Corte Interamericana de Derechos Humanos presentó las primeras tentativas de aplicar el principio de proporcionalidad. Sin embargo, ya en años recientes, concretamente a partir de los años 2007 – 2008, se comprueba una importante coincidencia sustancial en el contenido de las sentencias de ambos Tribunales, que inician una depuración aplicativa del referido principio, principalmente con la aplicación específica y escalonada de sus subprincipios.

VI. **La expansión normativa**: como un aspecto que sin duda influye en la configuración de la jurisprudencia y, a su vez, es producto de la utilización del principio de proporcionalidad por parte de la Sala, cabe señalar que a partir de los años 2006 - 2007 se constata el inicio de un proceso de expansión y proliferación -hoy en desarrollo- de normativa de rango legal que se refiere a diversas conceptualizaciones del "principio de proporcionalidad". Evidentemente, el contenido de estas normas no concreta ni detalla la forma o contenido de dicho principio, ni mucho menos lo cataloga como una estructura procedimental en materia de resolución de casos complejos, en los que aparecen derechos fundamentales de por medio; sin duda, dicho aumento en la referencia por parte del legislador significa un "apoyo" que le permite a la Sala emitir sentencias que no sean catalogadas como "activistas" o carentes de sustento, pues utiliza una figura que no es extraña al ordenamiento nacional

VII. **La relación con la "*razonabilidad*":** sin duda alguna, la principal particularidad detectada en la jurisprudencia constitucional costarricense es la estrecha relación - incluso llegando al punto de confusión o utilización como sinónimos- entre la razonabilidad y la proporcionalidad. Son muy pocas las sentencias que, de alguna forma, intentan reconocer las diferencias existentes entre estas dos figuras. Claramente se comprueba que la línea jurisprudencial ha consistido en una de las siguientes dos opciones: o hacer una cita conjunta de ambas figuras, a saber, un "análisis de la razonabilidad y la proporcionalidad" de una medida, aunque lo que se aplique sea solo el protocolo de proporcionalidad, o denominar al test o protocolo de proporcionalidad como "test de razonabilidad". La segunda de las opciones es la que más auge ha tenido recientemente, pero al fin y al cabo hay que entenderlo e interpretarlo como una simple variante en la denominación, pues el contenido del protocolo corresponde al examen de proporcionalidad en sentido amplio, con origen en el Derecho de policía de Prusia e impulsado por el Tribunal Federal Constitucional Alemán y no en las nociones de razonabilidad típicas del sistema norteamericano.

VIII. **Las principales influencias de la Sala Constitucional**: lo anteriormente indicado pone de relieve, precisamente, que las influencias de la Sala en este tópico han sido variadas y cambiantes. En un primer momento, hubo una clara influencia de la

jurisprudencia norteamericana, en especial con la aplicación de la figura del "substantive due process of law", para valorar la razonabilidad de las leyes. Luego, la jurisprudencia reconoció de forma expresa el "aporte alemán" al tema, articulando ambas influencias incluso, en ocasiones, en una misma sentencia. Ya en años recientes y como se adelantó líneas atrás, la tesis o influencia imperante es la "alemana de los subprincipios", pero con la particularidad o matiz de que se le denomina "test de razonabilidad" y no de proporcionalidad.

IX. **Sobre el componente "*legitimidad*":** como se señaló en su momento, el análisis de la legitimidad del fin no es considerado mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia europea como un subprincipio específico del examen de proporcionalidad en sentido amplio. Sin embargo, en el caso de la jurisprudencia constitucional costarricense, el mismo ha estado presente en los pronunciamientos de la Sala de las siguientes formas: cuando la Sala introdujo la aplicación de los subprincipios, fue considerado en forma expresa como el primero de ellos; luego su aparición en las sentencias fue mermando de forma importante; y, en la actualidad, dicho elemento ha vuelto a reaparecer en la cita de los subprincipios, pero con el reconocimiento expreso por parte de la Sala de que este es considerado por la doctrina como un presupuesto y no como subprincipio. Al respecto se debe acotar que, si bien este aspecto es una particularidad de la jurisprudencia costarricense, en realidad el mismo no debería tener incidencia en la aplicación del principio objeto de análisis, puesto que, independientemente de que sea considerado un presupuesto, o sea parte del examen de idoneidad, o incluso que se le vea como un elemento distinto, el examen de la legitimidad del fin debe existir y debe ser valorado dentro de algún punto del protocolo citado.

X. **Subprincipio de idoneidad**: este subprincipio se entiende como la premisa que presupone que toda intervención limitativa en un derecho fundamental debe, al menos, contribuir al fomento de un fin constitucionalmente legítimo. Cabe destacar, según ha podido verse, que su aplicación en la jurisprudencia de la Sala ha sido una constante, desde el inicio. Así: el análisis de idoneidad (sin necesariamente usar de manera expresa este término) estaba presente en las primeras sentencias de la Sala, con el apoyo e influencia de antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, la cual realizaba en ciertos casos un examen de la relación medio – fin; incluso, con carácter previo a la incursión de los subprincipios en la jurisprudencia constitucional costarricense, el examen de idoneidad fue un elemento clave en el análisis de casos donde se alegaron violaciones a la libertad de comercio y al principio de igualdad; con una importante similitud con el "rational basis-test" o el "intermediate scrutiny" de la jurisprudencia norteamericana, ya que solo se procuraba en su estudio un fin legítimo y algún vínculo racional con los medios empleados, cuando se trataba de violaciones a la libertad de comercio, o un fin importante y una relación sustancial con los medios, cuando se trataba de violaciones al principio de igualdad. Actualmente, con la aplicación expresa de los subprincipios, el examen de idoneidad incluso ha sido motivo suficiente en algunos casos para la declaratoria de inconstitucionalidad de determinadas medidas que afectan derechos fundamentales.

XI. **Subprincipio de necesidad**: busca cuestionar si es posible restringir el derecho fundamental utilizando otro medio que sea menos gravoso que el elegido por la autoridad pública. Su aparición en la jurisprudencia constitucional costarricense es bastante posterior a la del subprincipio de idoneidad: con anterioridad a la introducción de los subprincipios, el mismo se encuentra en unas pocas sentencias en las cuales en realidad se trataba de un análisis parcial, porque aunque la Sala reconoce la existencia de medios optativos, afirma carecer de competencia para analizarlos; luego, con la aparición de los subprincipios, el estudio de la necesidad de la medida muestra dos particularidades: por un lado, es un análisis que la Sala aplica antes que el examen de idoneidad y, a su vez, no es concretamente un examen de medios alternativos, sino una especie de análisis de la relevancia en la regulación del bien jurídico en cuestión, esto es, la Sala analizaba si era pertinente o no que una determinada materia fuera regulada en razón de su importancia; incluso, las primeras sentencias que realizan una aplicación concreta y escalonada de los subprincipios tienen dichas peculiaridades, que se comprueba que de manera paulatina han ido desapareciendo y en la actualidad es posible advertir un mayor rigor en la aplicación del subprincipio de necesidad. XII. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: sin duda alguna, el subprincipio que más reservas presenta en ciertos sectores del campo jurídico es el subprincipio de proporcionalidad en sentido

estricto. Esto se debe no solo a que es un elemento que responde más a variables jurídico-normativas que, a aspectos fácticos, como sucede con la idoneidad y la necesidad, sino, además, porque por lo general, la formación del profesional en derecho se enfoca en el método de la subsunción y no el de la ponderación, que es la clave de este subprincipio. En el caso de la jurisprudencia constitucional costarricense, se comprueba que la utilización del principio de proporcionalidad en sentido estricto ha sido muy limitada y en pocas sentencias y no ha sido hasta años recientes cuando tiene lugar una aplicación específica y escalonada de los subprincipios. Dicho elemento de la ponderación se aplica de forma inicial al menos en las sentencias que analizan sanciones; "inicial", porque en las sentencias donde la Sala pretendió utilizarlo no se denotan con claridad el método que permita vislumbrar los elementos a ponderar (del derecho fundamental involucrado y la medida establecida), la comparación concreta de tales elementos y el establecimiento de una regla de precedencia condicionada, aspectos todos estos propios de una verdadera ponderación orientada por reglas.

XII. El "control de evidencia": el "control de evidencia" ha sido definido en la primera parte de la investigación como aquel análisis comprobado y riguroso de las premisas empíricas, las cuales forman parte del examen de proporcionalidad en sentido amplio. Esto implica la existencia y cita de fuentes fundamentadas, que ofrezcan soporte a las afirmaciones que se realizan en cada uno de los subprincipios en el caso concreto. En la jurisprudencia constitucional costarricense, quedó acreditado que en la mayoría de las sentencias la Sala no ha procurado este control, pues ha sido laxa en la comprobación de sus premisas; sin embargo, cabe destacar que, al igual que sucede con la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, éste ha sido un fenómeno que recientemente se ha empezado a revertir, en particular en las sentencias sobre multas de la Ley de Tránsito, en las que los elementos económicos (estudios científicos concretos) jugaron un papel clave en la resolución del caso.

XIII. La "prueba de razonabilidad": íntimamente ligado al punto anterior, se debe destacar que existen diversas sentencias donde la Sala Constitucional ha citado la figura de la "prueba de razonabilidad" -esto es, prueba del alegato de desproporción en sentido

amplio de una determinada conducta pública-, para fundar el rechazo de una petición ante la Sala, requiriendo pruebas o elementos de juicio que permitan sustentar la argumentación de la parte promovente. Esta posición de la Sala resulta contradictoria con muchas de sus propias sentencias, ya que por lo general dicho Tribunal no aplica un control de evidencia y además, esta posición ha encontrado rechazo en los propios votos salvados de alguno de sus integrantes, votos que abogan por una prevención al accionante, con el fin de que cumpla con las formalidades respectivas, antes de decretar la inadmisión del recurso.

XIV. **Perspectiva a futuro**: las conclusiones específicas señaladas confirman lo apuntado en un inicio de este apartado, en el sentido de que la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Sala Constitucional ha mostrado una evolución importante y positiva, al punto de que actualmente es una figura con contornos mucho más delineados y más acorde con la dogmática aplicable si se le compara con los inicios de la utilización jurisprudencial. Resulta evidente que esta debe ser una labor constante para continuar en el futuro, con el apoyo de sectores académicos y profesionales, porque existen aún aspectos por depurar, tal y como se apuntó. Todo lo expuesto tiene como finalidad disponer de una verdadera herramienta que coadyuve en la estructuración de los argumentos en los casos complejos, donde se discute la constitucionalidad de medidas que, adoptadas por el poder público, comporten limitaciones de derechos fundamentales. Podría "coadyuvar", indicamos, porque no existe un método (ni el que consiste en la aplicación del principio de proporcionalidad, ni ningún otro) que tenga la virtud de dar una respuesta única y por completo objetiva al caso. Sin embargo, lo cierto es que el principio de proporcionalidad puede contribuir a un análisis de constitucionalidad más transparente y controlable, con la condición de que no sea invocado como un mero elemento discursivo (según lo ha hecho en quizá demasiadas ocasiones la Sala Constitucional), sino observando los criterios dogmáticos reiteradamente analizados a lo largo de este trabajo de investigación, cuya aplicación goza de una experiencia constatada en sistemas europeos de referencia, donde surgieron y evolucionaron.

Covarrubias (2014) en el artículo titulado ¿Emplea el tribunal constitucional el test de proporcionalidad? Expuesta en la Universidad de Desarrollo, publicado en unos de sus

textos, Santiago – Chile El presente artículo examina de qué manera el Tribunal Constitucional chileno se ha referido al test de proporcionalidad desde que por primera vez lo invocara el año 2006. En dicha labor el artículo pretende contribuir a dilucidar la incidencia con que ha operado el aludido estándar desde entonces y, asimismo, clarificar la noción del test de proporcionalidad que suele emplear el Tribunal en la perspectiva de algunas versiones comparadas que se exponen acerca del mismo estándar de adjudicación constitucional. En los casos en que el Tribunal lo emplea, lo hace bajo una modalidad que rechaza la noción optimizadora del test.

López (2014) en su tesis "El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia Mexicana", presentada en la Universidad Autónoma de Nuevo León, para obtener el grado de Doctorado en Derecho con Orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad, Nuevo León -México. La legitimación del juez se encuentra íntimamente ligada con el nivel de racionalidad contenido en sus decisiones. Su responsabilidad institucional y ante la sociedad, es satisfacer el principio de acceso a la justicia universal para todos los ciudadanos, así como la transmisión de confianza sobre la institución que representa, en aras de permitir al ciudadano acudir a estas instancias. En el ejercicio de este ideal, se debe tomar en cuenta el aspecto deontológico de su labor. No obstante, el ejercicio de la función judicial, trae aparejada una tensión ineludible entre los principios democrático y de supremacía constitucional. Dicha tensión es aún más intensa en aquellos casos donde el juzgador ejerce la discrecionalidad judicial, con el propósito de encontrar soluciones innovadoras para resolver los problemas que le presentan los justiciables.

Las principales teorías sobre la discrecionalidad judicial y la indeterminación del ordenamiento jurídico nos ayudan a contestar algunas preguntas sobre el modelo ideal de juzgador que pudiera necesitar una sociedad determinada. No cabe duda de que el modelo continental europeo de la judicatura en comparación con el norteamericano, por ejemplo, difiere en gran medida, dado que este último ha preferido un intenso activismo, donde el mismo asume un rol protagónico de las grandes decisiones políticas, económicas y sociales.

La discrecionalidad judicial no debe ser entendida como un sinónimo de arbitrariedad, sino como una posibilidad de realización plena del contenido axiológico de las Constituciones del siglo XXI. Esta configuración del Estado y Ley Fundamental en el Neoconstitucionalismo completan el sofisticado andamiaje del renovado y antiguo modelo

de Estado de Derecho del siglo pasado. Las normas constitucionales son indeterminadas, pero permiten realización a través de procesos hermenéuticos y argumentativos. En tal sentido, el principio de proporcionalidad es una sólida herramienta para lograr la optimización de los derechos fundamentales en conflicto.

En este contexto, la apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos en México se da a raíz de una reforma constitucional en junio de 2011, así como de la interpretación de una sentencia de la CIDH (Caso Radilla), lo que permite al operador jurídico ampliar su horizonte de posibilidades de realización y concreción de normas, a partir de la experiencia internacional. Y no es sólo una solicitud o sugerencia, sino que se convierte también en una obligación para todas aquellas autoridades que aplican normas relacionadas directa o indirectamente con los derechos fundamentales, satisfaciendo perfectamente el principio de eficacia inmediata de derechos y de aplicación directa del ordenamiento constitucional.

Lo que he procurado precisamente en este estudio, es trasladar la figura del principio de proporcionalidad, ampliamente desarrollada en sede internacional y en la doctrina constitucional de mayor prestigio a la dogmática y doctrina jurisprudencial mexicana. La etapa o fase de recepción de la ponderación como canon hermenéutico para la asignación de significado concreto a los derechos fundamentales, ha sido larga y aún no se ha consolidado plenamente. A diario, se continúan resolviendo casos difíciles o complejos a través de los antiguos procedimientos clásicos como el silogismo o el uso de fórmulas anticuadas para calificar agravios en detrimento del derecho de tutela de justicia efectiva.

Si bien los antiguos paradigmas para resolver casos judiciales no son erróneos, también es cierto que no funcionan o no sirven para solucionar todos los asuntos que se le presentan al operador de las normas constitucionales. Existen casos complejos que, debido a la multiplicidad de valores en conflicto y la tensión entre uno o más derechos fundamentales, involucran en el fondo problemas éticos, donde la axiología constitucional juega un papel trascendental para determinar el equilibrio óptimo y la satisfacción de ambos principios en conflicto.

El test de proporcionalidad es considerado un paradigma nuevo en el sistema judicial mexicano debido que aún son pocos los asuntos jurisdiccionales donde se aplica, pero que

ha tenido mucho éxito en la doctrina jurisprudencial comparada (Alemania, España, Italia, Estados Unidos de Norteamérica, Colombia) e internacional (CIDH, TEDH). Sin embargo, su incorporación como canon de control constitucional para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales o principios constitucionales ha legitimado la labor realizada por los jueces constitucionales. El objeto principal de este trabajo consistió en probar que la recepción del principio de proporcionalidad como instrumento de la hermenéutica constitucional para limitar o restringir derechos fundamentales, favorece la correcta fundamentación en aquellos casos difíciles donde se encuentran dos o más principios en conflicto. Para este efecto, se distinguieron tres fases. La primera de asimilación, la segunda de consolidación, y la tercera, de migración de criterios. En la primera fase distinguí la recepción de la teoría constitucional por el máximo Tribunal del país, mediante la transición de una Constitución meramente declarativa hacia una normativa. En este contexto, destacan como variables del objeto de estudio, el reconocimiento en la jurisprudencia mexicana de valores superiores del ordenamiento jurídico, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la persona y la igualdad. Estos elementos quedan enmarcados en la postura ideológica del Neoconstitucionalismo que se encuentra alentando los procesos constitucionales en la actualidad. En el Estado Constitucional, los derechos fundamentales merecen tutela y garantía mediante los procesos constitucionales de tutela de las libertades, sobre todo, en aquellas situaciones donde las personas son más vulnerables; precisamente las minorías que antes eran desatendidas en el Estado de Derecho hoy reclaman garantías para volver efectivos los principios que en un inicio eran entendidos únicamente como normas programáticas, sujetas a los vaivenes y sinsabores de la política.

El sistema constitucional mexicano se ha incorporado a este proceso desde el plano hermenéutico y normativo. El primer plano se aborda a partir de un proceso de comprensión de los derechos fundamentales, bajo una óptica más flexible, dinámica y progresiva, que ha abierto el debate hacia temas de relevancia nacional como el fuero militar, las reglas sobre el uso de la fuerza pública para abatir la criminalidad, los matrimonios homosexuales, el aborto, la persecución de los crímenes del pasado, y los alcances de la libertad de información frente al derecho a la intimidad.

Por su parte, la reforma constitucional de junio de 2011 ha consolidado una serie de transformaciones legislativas necesarias para la plena implementación de un sistema integral para la defensa y protección de los derechos fundamentales. En tal sentido, el plano

normativo ha sido satisfecho también con la reforma a la Ley de Amparo de principios de 2013, al incorporar también el derecho internacional de los derechos humanos.

En este contexto, la fase de asimilación del test de proporcionalidad tiene lugar en el plano de la praxis judicial, a través de la incorporación de esta herramienta por los jueces constitucionales en distintos casos judiciales resueltos a finales de los años noventa, relacionados con la igualdad y razonabilidad de las leyes fiscales. Esta fase se termina con la implementación de este canon hermenéutico cuando se aborda el test de escrutinio estricto en relación a la aplicación igualitaria y no discriminatoria de distintos asuntos de índole administrativa.

La fase de consolidación del principio de proporcionalidad inicia en 2006, mediante la incorporación de este canon de control constitucional en la jurisprudencia mexicana en el ámbito de la jurisdicción constitucional de las libertades. A partir de ahí, se determinan los requisitos que debe satisfacer la aplicación de la proporcionalidad en cualquier caso judicial donde se encuentren involucrados dos o más principios constitucionales.

En este periodo inicia un proceso de apertura del Poder Judicial de la Federación consolidando la función de la SCJN como Tribunal Constitucional hacia temáticas de relevancia o trascendencia política, económica y/o social. En tal sentido, es posible comprender este giro conceptual como un fenómeno interdisciplinario y plural de la ciencia jurídica. La ductilidad de las normas constitucionales a través de valores y principios, permiten a los operadores jurídicos resolver con una mayor claridad argumentativa, lo que parecen, en inicio, casos difíciles.

Casos difíciles y complejos donde han estado involucrados dos o más principios constitucionales, como colisión entre libertad de expresión vs derecho a la intimidad; aborto (libertad y normal desarrollo psicosexual vs derechos del feto); función social, interés público vs derechos patrimoniales (expropiaciones); seguridad nacional vs libertad individual, integridad física, vida (uso de la fuerza pública, retenes); son algunos de los ejemplos más difíciles y controversiales que suscitan debate entre la sociedad, pero requieren de la mayor preparación y destreza de los jueces.

El proceso que he denominado “sofisticación” del principio de proporcionalidad, ha permitido una mejor comprensión de los casos difíciles. La confrontación de los principios

o valores en colisión en casos individualizados, permiten evaluar a través de los tres subprincipios (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), la afectación concreta. Asimismo, permite añadir más variables (como la magnitud, rapidez, velocidad, probabilidad, alcance, duración, así como la certeza de cada una de las premisas empíricas y normativas) que brindan al operador judicial mayores elementos para valorar cada afectación específica.

La jurisdicción constitucional mexicana ha respondido favorablemente a este fenómeno de la ciencia jurídica. Si bien en sus orígenes, el principio de proporcionalidad se remonta a la aplicación del principio de igualdad y el test de razonabilidad, empleado por la Corte Suprema Norteamericana (aplicado en el caso de los matrimonios entre parejas del mismo sexo), con el paso del tiempo esta visión ha sido replanteada a partir del modelo continental europeo de ponderación y establecido como canon obligatorio (jurisprudencia) para los operadores jurídicos que limiten o restrinjan derechos fundamentales.

La evidencia es clara, he tratado de esbozar, a través de la presentación de distintos casos judiciales, que existen en el sistema constitucional mexicano decisiones judiciales resueltas por el máximo tribunal del país y federales, muy sólidas y bien fundamentadas, tales como la ponderación en materia de suspensión del acto reclamado, el uso legítimo de la fuerza pública, colisiones entre libertad de expresión y derecho al honor e intimidad, o derecho a la información, entre otras más. Si bien, el grado de racionalidad no puede medirse plenamente como si fuera una ciencia exacta, existen un sinnúmero de herramientas conceptuales que nos permiten ahondar detalladamente en el empleo de argumentos para maximizar o potencializar el desarrollo pleno de los derechos fundamentales.

En la última fase que he identificado como de migración de criterios, aún existe mucha reticencia en la judicatura para aceptar plenamente este modelo de hermenéutica constitucional. Uno de los aspectos menos alentadores es la presencia de indeterminación e inseguridad jurídica en la toma de decisiones. Un fantasma muy común cuando en los círculos judiciales tradicionalistas se escucha hablar de ponderación. Esto no es una concesión gratuita, ya que existen también decisiones judiciales controversiales, donde la aplicación del método de la ponderación no ha sido realizada correctamente, o bien, los tribunales han ocurrido en imprecisiones al momento de aplicar o crear precedentes con efectos generales.

Precisamente, el capítulo cuarto de la presente investigación trató de probar que esta migración de criterios debilita la correcta aplicación del principio de proporcionalidad. Lo anterior, a través del análisis de casos donde ha tenido aplicación el principio de igualdad y no discriminación, la despenalización del aborto y la protección de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, las colisiones entre el derecho a la libertad informativa y el honor de los particulares, así como los límites a la libertad personal mediante el uso de la fuerza pública.

El principio de proporcionalidad como objeto de estudio desde el plano teórico, debe contener una serie de variables que permitan a los jueces constitucionales garantizar o reforzar las decisiones judiciales. Desde el plano de la praxis judicial, la optimización de los derechos o principios en conflicto se alcanza mediante la aprehensión de cada una de las variables que intervienen en la afectación de un valor o principio constitucional, tales como la velocidad, rapidez, magnitud, probabilidad, intensidad, con la que es afectado un principio o valor constitucional.

El juez constitucional en los casos concretos debe aplicar el principio de proporcionalidad cuando un derecho o valor constitucional se encuentre en conflicto. La optimización es posible únicamente si se toman en cuenta cada una de las variables que intervienen en cada caso en particular. No es posible una jerarquía predeterminada cuando ocurra una colisión entre valores, la prelación de derechos ocurrirá mediante la aplicación de casos concretos; a pesar de ello, los canones para aplicar correctamente el principio de proporcionalidad se encuentran fijados de antemano (subprincipio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación).

Si bien, desde el plano de la argumentación constitucional es imposible medir o cuantificar el grado de racionalidad de las decisiones judiciales donde es aplicado el test de proporcionalidad, la hipótesis a demostrar en la presente investigación consistió en probar que su correcta aplicación permite confrontar dos o más principios en conflicto, en aras de justificar desde el plano interno y externo las decisiones de los Tribunales Constitucionales; tal y como expresaba al inicio de esta investigación, pretender una racionalidad absoluta en el plano de la justificación de las decisiones judiciales implicaría por sí mismo, una concepción errónea no solamente de las herramientas de la argumentación, sino de la propia ciencia jurídica.

En tal sentido, el balanceo de principios o valores en conflicto encierra sin duda alguna, un problema de fondo más complejo, la adhesión del juez constitucional hacia una o varias teorías de derechos fundamentales mediante las cuales asigna un significado concreto a esos derechos. Sin duda, la aplicación del principio de proporcionalidad debe ir aparejada con la comprensión de estas teorías, de lo contrario, la aplicación de esta herramienta podría tornarse vacía y carente de sentido.

Saona (2010) en su informe de investigación titulado "La Aplicación del Principio de Proporcionalidad por el Tribunal Constitucional Chileno en el Control Constitucional de Leyes Penales" presentada en la Universidad Austral de Chile, para obtener el título de abogado, Valdivia - Chile. A lo largo de la presente investigación, hemos analizado la importancia del principio de proporcionalidad como una herramienta de control de los poderes del Estado y, principalmente, del legislador penal. Análisis que nos permitió llegar a nuestro objetivo central, que fue examinar y comprender su aplicación en el control constitucional de normas penales. Por lo tanto y en virtud de los antecedentes recogidos y del análisis jurisprudencial efectuado, podemos concluir lo siguiente:

1. ***Importancia del principio de proporcionalidad en el derecho penal***. Teniendo presente la relevancia del principio de proporcionalidad como un instrumento de control a las restricciones, afecciones y limitaciones de derechos fundamentales que pueden efectuar los Poderes del Estado, resulta prácticamente imprescindible su aplicación en materia penal. Pues, en un modelo penal como el chileno, donde predominan los intereses patrimoniales y la imagen de los políticos ante la opinión pública, existe el peligro latente de que el legislador penal afecte en demasía los derechos fundamentales de quienes cometen delitos de alta conmoción ciudadana.

2. ***La desproporcionada realidad penal***. Siguiendo lo anterior, es posible vislumbrar que en los últimos años se han efectuado diversas reformas legales de dudosa idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Pues, dichas reformas se encuentran orientadas a aumentar desmesuradamente el rigor punitivo de determinadas conductas delictivas, especialmente de aquellas que afectan a la propiedad y que suelen cometer los grupos menos privilegiados de nuestra sociedad.

3. ***Indiferencia de los entes políticos.*** Entre quienes se encuentran capacitados para someter a control constitucional preventivo una norma penal –Presidente de la Republica o cualquiera de las Cámaras o ¼ de sus miembros en ejercicio-, únicamente 37 miembros de la Cámara de Diputados y sólo en una oportunidad, lo han realizado. Esto refleja la inexistencia de un real interés por el respeto a la proporcionalidad, cuestión que se traduce en la existencia de diversas normas penales de dudosa constitucionalidad.

4. ***Excesiva deferencia al legislador penal***. El Tribunal Constitucional nunca ha considerado, en materia penal al menos, la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de una norma por falta de proporcionalidad. Puesto que el reconocimiento de un excesivo margen de libertad para legislador en la determinación de la política criminal produce en el TC una actitud de excesiva deferencia que impide la utilización de esta herramienta en el control de normas penales. Esto se debe, fundamentalmente, a que el Tribunal ha optado por favorecer los principios político- filosóficos de la separación de poderes y del Estado democrático en desmedro de la protección de los derechos fundamentales de quienes cometen delitos.

5. ***El principio de proporcionalidad se encuentra en una etapa de desarrollo***. Las disidencias que existen en cada una de las decisiones en las cuales se discute la constitucionalidad de una norma penal demuestra que la proporcionalidad es un concepto que aún se encuentra en una etapa de desarrollo, muy retrasada en comparación a los Tribunales Europeos, lo que puede deberse a la disminuida doctrina nacional que trata el asunto.

6. ***Mayor desarrollo de la proporcionalidad en otras materias***. El Tribunal Constitucional ha desarrollado, en materias diversas de las penales, el principio de proporcionalidad como un parámetro incuestionable que debe respetar el legislador al momento de limitar un derecho fundamental. Lo interesante de esta postura del TC es la imposición de mayores exigencias al legislador, cambiando su inclinación de excesiva deferencia hacia el poder legislativo, que sostenía en el control de normas penales, por una que exige que las limitaciones a derechos fundamentales cumplan con cada uno de los subprincipios que componen la proporcionalidad.

7. ***Dualidad de precedentes como manifestación de la arbitrariedad***. Que el Tribunal pueda hacer primar la libertad legislativa sin aplicar el principio de proporcionalidad en

algunos casos, al tiempo que en otros utilice este mismo principio como un parámetro incuestionable para restringir derechos, implica tener serias dudas acerca del cumplimiento de la prohibición constitucional de establecer diferencias arbitrarias, ya que tendría dos tipos de precedentes distintos que puede utilizar deliberada y arbitrariamente en virtud de las necesidades morales y políticas de la mayoría de sus miembros.

8. ***La diferencia de criterio no es justificable***. Aun cuando se justifique que en materia penal el legislador posee una mayor libertad por la legitimidad de ius puniendi, el modelo de seguridad ciudadana o por el especial desprecio hacia los derechos de los delincuentes, nada justifica un margen de desprotección menor a los derechos en el ámbito penal. A su vez, más injustificable resulta aún, acudir a la libertad y legitimidad que posee el legislador para establecer la política criminal, puesto que en los recursos de inaplicabilidad eso no se discute, dado que en esta sede nadie pone en duda la constitucionalidad de la norma, sino la constitucionalidad de su aplicación.

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

Nacional

Salvatierra (2018) el presente trabajo de investigación titulado "El test de proporcionalidad y el peligro de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano", presentado en la Pontificia Universidad Católica del Perú, para obtener el grado de segunda especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionales en América Latina.

La realidad nos demuestra que vamos a encontrar muchos casos en donde los derechos fundamentales se encuentran en colisión, esto es, una medida legislativa puede intervenir en un derecho fundamental; y para definir su constitucionalidad, existe una herramienta

hermenéutica llamada: el principio de proporcionalidad; el cual fue pensado para determinar si la intervención del poder político al derecho fundamental en cuestión, resulta ser una medida constitucionalmente dada o no.

- El principio de proporcionalidad se ha convertido en el principal instrumento con el que cuenta el operador jurídico para determinar si la actuación estatal deber tener cobertura constitucional por no ser arbitraria y ajustarse del contenido constitucional de los derechos fundamentales. Y si dicha medida, se ajusta a las exigencias de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto y de respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental en concreto.

- El principio de proporcionalidad, como se puede advertir líneas arriba, se encuentra bajo el peligro de ser empleada o aplicada por los Tribunales Constitucionales de manera irracional y subjetiva; y que, en consecuencia, generan una serie de confusiones y oscuridades que pueden encontrarse en la la doctrina y la jurisprudencia.

- El Tribunal Constitucional peruano no ha sido ajena a la aplicación del principio de proporcionalidad en varias situaciones en las que se encontraba en juego algún derecho fundamental. Sin embargo, se advierte una falta de unidad en su línea jurisprudencial y, sobre todo, de claridad y precisión. Buena muestra de ello se aprecia en la aplicación del principio de proporcionalidad en la sentencia conocida como "Ley antitabaco", en la cual, mediante argumentos pocos felices se establece que las medidas legislativas han sido dadas conforme a la Constitución.

- En conclusión, es evidente que los jueces constitucionales no se encuentran en la capacidad para aplicar de manera eficiente el principio de proporcionalidad, pues ajustan los criterios exigidos por este principio a la subjetividad de cada uno, con lo cual, podemos decir, que no se basan en argumentos jurídicos ni objetivo o racionales, sino en lo que ellos consideran como aceptable.

Almeyda (2017) en su tesis de investigación titulada "La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad en el distrito judicial de Cañete 2016" presentado en la Universidad César Vallejo, para obtener el título de Maestro en Derecho, Cañete-Perú.

En la presente investigación se estableció que:

Primero: Que, no se aplica adecuadamente el principio de proporcionalidad por los operadores jurídicos, en las audiencias de prisión preventiva en el distrito judicial de Cañete año 2,016. Por un lado, el fiscal confunde la proporcionalidad de medida con la proporcionalidad de la pena. Los abogados de la defensa técnica ni conocen los subprincipios de la proporcionalidad, ni lo desarrollan o aplican al caso concreto adecuadamente, ni conoce de técnicas de litigación oral para desarrollar la proporcionalidad de la medida.

Segundo: Existen otras medidas que pueden servir para lograr el fin de la medida de tener al imputado en juicio oral. Es decir, la prisión es la excepción y la libertad la regla, es decir, que siempre debe primar en una audiencia de prisión preventiva la libertad, y esa libertad está premunida de garantías como el debido proceso y en ella la proporcionalidad de la medida. La comparecencia con restricciones es una medida cautelar penal idónea. La caución en una medida pecuniaria que también cumple la finalidad de las medidas cautelares.
Tercero: La imposición de la prisión preventiva repercute en diversos ámbitos de la vida del imputado. En su vida personal por cuanto lo limita en su libertad ambulatoria. Impacta sobre la familia ya que se produce desintegración familiar, en su situación laboral por cuanto pierde el trabajo y en su reputación social.
Cuarto: La idoneidad significa que toda intervención en la libertad debe ser adecuada para lograr el fin, en audiencia se aplica siempre por cuanto existe una norma que faculta y siempre será idónea porque es constitucional. La necesidad menos gravosa, se puede decir que entra a lo subsidiario, excepcional y de ultima ratio; su aplicación es evaluando que tipo de medida es la más justa, por ejemplo, la comparecencia con restricciones. La proporcionalidad propiamente dicha es la equivalencia entre la afectación y el derecho, tiene relación con el bien jurídico.

Palacios (1988) en su tesis de investigación titulada “La Protección Jurisdiccional de los Derechos Humanos Durante el Régimen de Excepción” presentada en la Pontifica Universidad Católica del Perú, para obtener el título de abogado, Lima-Perú.

1.- La presente investigación consistió Luego de un largo proceso histórico se consagra hoy, universalmente, el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales del

hombre, entendidos éstos, como un todo que abarca el quehacer humano tanto desde el punto de vista individual como social. La Constitución peruana de 1979, así como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, a cuya jurisdicción el Perú se somete, así lo establecen.

El derecho constitucional procesal está basado en la defensa de la Constitución frente a los actos del Estado que pretendan violar o restringir derechos humanos u otras disposiciones constitucionales. Así, toda protección jurisdiccional se deriva del principio de supremacía de la constitución y, del mismo modo, de él se derivan todas las acciones de garantía que se conocen en el derecho constitucional comparado.

El Perú consagra un sistema mixto de defensa constitucional, tanto en vía incidental como en vía principal. Se recoge la acción de inconstitucionalidad y la acción popular, así como las acciones de hábeas corpus y de amparo, extendidas, éstas últimas, por América Latina y protectoras de violaciones concretas a los derechos humanos.

2. Aquellas instituciones constitucionales que con el objeto de evitar un peligro grave e inminente a la vida de la nación otorgan facultades extraordinarias, limitando derechos y concentrando poderes, se agrupan bajo el concepto general de régimen de excepción. Como podemos ver, el "estado de necesidad" es el fundamento de esta institución. Por otro lado, es imprescindible constitucionalizar el régimen de excepción, ya que de otro modo sólo se favorece la dictadura injustificada.

Por lo general, es el Poder Ejecutivo el que concentra poder durante el estado de excepción. Le corresponderá – y esto es connatural a su función – la evaluación de las circunstancias que ameritan la medida, y su posterior declaratoria. Sin embargo, durante la vigencia del régimen, los otros Poderes del Estado no pueden perder elementos de control que los permitan verificar la constitucionalidad de la actuación del Poder Ejecutivo. Esto es así porque la Constitución no puede otorgar poderes absolutos a nadie.

El fin de la institución de excepción es establecer el orden o evitar que se materialice la amenaza al Estado de Derecho. Por ello, estas instituciones están sujetas a determinados presupuestos constitucionales para que tenga validez. Así, debe tratarse de situaciones de

peligro real e inminente. Las medidas deben responder al interés general y ser necesariamente transitorias. Igualmente, de esencial que se verifique la razonabilidad y proporcionalidad, es decir, el objeto de la medida debe guardar relación con el peligro que dio motivo a la declaración y del mismo modo, el Estado podrá aportar las medidas siempre y cuando estas sean estrictamente necesarias para poner fin al peligro.

Existen dos clases principales de emergencias graves: la guerra, y lo desordenes internos, ya sean éstos últimos naturales o político- sociales. En general, las causales son consagradas constitucionalmente de manera y subjetiva. Lo que permite a los gobernantes evaluar estas situaciones buscando la represión generalizada de todo aquello que se oponga al gobierno en el poder. Sin embargo, creemos que el Estado de Derecho debe contar con instrumentos que permitan restablecer el orden en la Nación.

Respecto al ordenamiento peruano solo queremos resaltar nuestra posición crítica en determinadas disposiciones constitucionales contenidas en el artículo 231, que no responden a los criterios estudiados en la doctrina. Así, no se establecen mecanismos de fiscalización y control de la actuación del Poder Ejecutivo, ya que, la disposición de "dar cuenta al Congreso" no ha tenido una interpretación amplia. Por otro lado, la temporalidad del estado de emergencia se infringe, prolongándose indefinidamente a través de los años, en grandes extensiones de territorio, con la sola prórroga del decreto. Asimismo, la posibilidad de delegar el control del orden interno a las Fuerzas Armadas ha creado una serie de problemas constitucionales, como la concentración de poderes en estas autoridades. Finalmente, en algunos casos, las causas para decretar el estado de emergencia o el estado de sitio son sumamente subjetivas, y pueden permitir la represión inconstitucional.

La discrecionalidad del Ejecutivo debe limitarse. Puede promulgarse una ley que reglamente su actuación y, en ningún caso, el Congreso puede perder facultades fiscalizadoras. Asimismo, sostenemos que el Poder Judicial debe ser seguir ejerciendo el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las medidas adoptadas.

3. En cuanto al problema de la suspensión de derechos y garantías durante el régimen de excepción es preciso concluir lo siguiente: Ha existido una larga confusión derivada del constitucionalismo francés, que identificaba a los derechos constitucionales como sinónimo

de las garantías para su protección. Nosotros sostenemos que la garantía de un derecho es solamente la acción procesal prevista constitucionalmente para su defensa. Es evidente que lo que contienen las Constituciones son declaraciones de derecho, y se establece como garantía de ellos, medios procesales de protección.

Sin embargo, en lo que respecta al régimen de excepción, la discusión vuelve a tener vigencia. Un sector considera que lo suspendido es el derecho, mientras que otros afirman que lo suspendido es la garantía. La diferencia es sutil, pero importante, ya que si lo que se suspende es el derecho, su ejercicio deberá estar autorizado y de ningún modo procederá una acción de garantía para su defensa. Si, en cambio, lo que se suspende es la garantía, los ciudadanos obrarán libremente, pero si se les limita algún derecho no podrán interponer acciones de garantía. Si bien la primera interpretación es más restrictiva, ambas, aplicadas de un modo absoluto, impiden el control de la razonabilidad de la media en el caso concreto, que debe ejercer el Poder Judicial.

4. La mayoría de las constituciones establecen que el derecho a interponer acciones de garantía se suspende durante el régimen de excepción. Sin embargo, esta tesis pretende demostrar que esa prohibición no puede ser absoluta. Las acciones de garantía deben admitirse para que el Poder Judicial cumpla con su función protectora de los derechos humanos. El juez debe examinar en cada caso la causa, es decir la razonabilidad de la medida adoptada para el caso concreto en relación con los motivos por los cuales se decretó el estado de excepción. Esto se justifica cuando se entiende que durante el estado de excepción los arrestos no tienen, necesariamente, fine jurisdiccionales. Por otro lado, debe velarse siempre por la proporcionalidad de la medida. Así, una detención puede ser racional en un primer momento, pero puede dejar de serlo en la medida en que deje ser proporcional con el fin perseguido.

Respecto al ordenamiento peruano, concluimos en primer lugar, que lo que suspende la Constitución son las acciones de garantía (hábeas corpus y amparo), porque ese fue el acuerdo al que se llegó en la Asamblea Constituyente, porque así lo expresa textualmente la Constitución, y por qué es la interpretación menos restrictiva de derechos humanos. De igual modo, la prohibición a interponer acciones de garantía no puede ser absoluta. La dinámica que debe seguir el juez es la siguiente: si bien las acciones de garantía se encuentra

suspendidas es necesario darles trámite para verificar y controlar: primero, que el Decreto Supremo reúna las formalidades establecidas en la Constitución; segundo, que la privación del derecho a interponer la acción eta establecida por la Constitución y el Decreto Supremo; tercero, se verificará la razonabilidad y proporcionalidad de la medida en relación con la causa por la cual el ciudadano es privado de sus derechos. Si seguidos estos tres pasos el juez encuentra la medida razonable y proporcional no procederá la acción.

5. En cuanto a las acciones que caben contra la medida que declara el estado excepcional, la doctrina señala que el acto o decreto que establece el régimen de excepción es un acto de gobierno no judiciable. Esto quiere decir que el Ejecutivo asume únicamente responsabilidad política por sus actos y, que ningún poder del Estado podrá intervenís para objetar la oportunidad de la medida. Sin embargo, es en teoría posible que el decreto viole algunas disposiciones constitucionales, tanto de forma como de fondo. ¿Cabría aquí la impugnación de la medida? La doctrina no es unánime en este punto. Por el contrario, la jurisprudencia comparada considera que a pesar de que exista un vicio formal en la medida, el Poder Judicial no puede pronunciarse con el propósito de invalidarla.

El ordenamiento peruano recoge este criterio. Sin embargo, se ha planteado la posibilidad de impugnar la medida a través de una acción popular, la que está consagrada como un medio de defensa contra decretos inconstitucionales o ilegales, de carácter general. Nosotros sostenemos que no es posible interponer una acción para impugnar la norma en ningún caso, pero se podrá verificar la constitucionalidad de las medidas en casos concretos, mediante acciones de hábeas corpus y amparo. La inconstitucionalidad o ilegalidad del decreto servirá de base para la defensa del ciudadano.

6. Un sector de la doctrina considera que estando cerrada la posibilidad de interponer acciones de garantía, es posible interponer otras acciones en la vía ordinaria con el objeto de proteger los derechos humanos. No creemos que esta solución sea la más adecuada ni efectiva. Nos ratificamos en nuestra posición anterior: las acciones de garantía no están suspendidas durante el régimen de excepción de un modo absoluto, y valiéndose de ellas los ciudadanos encontrarán la protección que reclaman.

7. En el derecho comparado, la protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción ha sido desarrollada, con gran acierto por el derecho argentino. A través de un largo proceso jurisprudencial, la Ley de Hábeas Corpus 23.098, incorpora el control judicial de la razonabilidad de las medidas adoptadas durante el régimen de excepción. Así, en el artículo 4, se consagra la revisión judicial no solo en cuanto a razonabilidad de las medidas concretas, sino también en cuanto a la legitimidad del estado de Excepción. Esto quiere decir que no es justificable la oportunidad de la medida, pero si lo es la verificación de los requisitos de forma y fondo del decreto, en cada caso de hábeas corpus que se presente.

El derecho constitucional norteamericano aporta la noción del debido proceso legal, cuya importancia radica en ser la base del principio de razonabilidad. El debido proceso legal debe entenderse tanto en originario aspecto procesal (garantías de la administración de justicia) como en su aspecto sustantivo. El debido proceso sustantivo implica al control judicial en la privación de derechos, ya sea por leyes o actos de gobierno. Esto quiere decir que, si se priva a los ciudadanos del ejercicio de sus derechos, debe demostrarse ante Poder Judicial la equidad, oportunidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas.

8. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, establecen la defensa de sus normas a través de órganos creados para ese fin. El Perú se somete a la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Internacional de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A pesar del avance que significa contar con estos órganos, existen muchos problemas en la aplicación de los tratados que impiden una eficaz defensa, universal y americana, de los derechos humanos.

Igualmente, los tratados reconocen el derecho de los Estados a preservar el orden y la seguridad de la nación suspendiendo en determinados casos la vigencia de la Constitución. Sin embargo, establecen principios para la validez de estas medidas. Así, destacamos que deben tratarse de “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación”; y deben decretarse “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”. Además, se incluyen en los tratados un grupo de obligaciones que no pueden ser suspendidas bajo ninguna circunstancia.

La Convención Americana de Derechos Humanos establece que los tribunales mantendrán su jurisdicción para juzgar cualquier denuncia de violación de un derecho inderogable. Por otro lado, la Corte Interamericana ha señalado de las acciones que la Convención consagrada para la defensa de estos derechos son las de hábeas corpus y amparo. La Corte interpreta que la suspensión de garantías es un precepto concebido para situaciones excepcionales. Así, ningún derecho puede ser suspendido si es que no se cumplen las condiciones señaladas en la Convención. La Corte concluye que, dentro de un Estado de Derecho, un órgano judicial autónomo e independiente debe verificar y controlar la legalidad de las medidas adoptadas.

9. Si no se cuenta con un Poder Judicial verdaderamente independiente, y autónomo en lo administrativo y económico, la protección jurisdiccional de los derechos humanos durante el régimen de excepción será imposible de realizar. Es sintomático que durante el régimen de excepción los jueces se muestran sumisos a las disposiciones del Poder Ejecutivo. Esto se debe, por lo general, a su vulnerabilidad o al temor de represalias políticas debido a la ausencia de garantías para su función.

10. En el Perú el fenómeno subversivo ha tenido principal importancia en relación con los estados de excepción desde la vigencia de la Constitución de 1979. Entre mayo de 1980 a diciembre de 1987 se han producido aproximadamente 11,800 atentados terroristas. De otro lado han perdido la vida, en ese mismo periodo 9800 personas entre civiles, militares y presuntos terroristas. El comportamiento del Poder Judicial no puede ser este contexto de violencia.

Por lo general se tiende a la desestimación de plano de las acciones de garantía, con el argumento de que el país se encuentra bajo estado de emergencia, llegando incluso a desestimar acciones interpuestas para la defensa de derechos no suspendidos. Si bien es cierto que se están logrando algunos avances, sabemos que es difícil que podamos contar, como Argentina, con un proceso jurisprudencial, que poco a poco, logre la protección eficaz de los derechos humanos.

La tesis incluye una serie de recomendaciones finales para que con el fortalecimiento de instituciones democráticas débiles como las nuestras sea posible lograr las metas planteadas en eta investigación.

Ramos (2017) en la presentación de su tesis electiva "Aplicación del Principio de Proporcionalidad en las Resoluciones Judiciales sobre Medidas de Incautación en la Provincia de Maynas 2013-2016", presentada en la Universidad Nacional de San Agustin de Arequipa, para optar el grado de Maestro en Ciencias: Derecho, con mención en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional, Arequipa-Perú.

PRIMERA. Los jueces de los Juzgados de Investigación Preparatoria de Maynas emiten resoluciones de incautación evitando la plena valoración que corresponde al otorgamiento de toda medida cautelar, esto es, que se evalúe la proporcionalidad de la medida a aplicarse, teniendo en cuenta el punto de vista de la posible vulneración de los derechos del sujeto pasible de incautación, más aún tratándose de una medida anticipada.

SEGUNDA. Los jueces de los Juzgados de Investigación Preparatoria de Maynas emiten resoluciones de incautación vulnerando el derecho a la motivación de resoluciones judiciales, al omitir una parte importante de la valoración estimativa, correspondiente a la proporcionalidad de la medida, omitiendo los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto al tema y actuando de esa forma en vista a la ausencia de un protocolo de actuación en los pronunciamientos de la materia.

Terrones (2017) investigación titulada "Observancia del Principio de Proporcionalidad en las Sanciones del Procedimiento Administrativo Disciplinario de la Ley Servir, en la Municipalidad Provincial de Cajamarca", expuesta en la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo, para optar por el título profesional de Abogado, Cajamarca-Perú.

1.- La Ley N° 30057, también denominada como Ley Servir, es un conjunto de normas que buscan promover la capacitación de los servidores públicos en sus funciones, así como exigirle al Estado que la contratación de estos trabajadores se realice a través de un concurso público de méritos. Y en ese sentido, se ha instaurado un nuevo proceso administrativo

sancionador, en donde se deben aplicar los fundamentos del principio de proporcionalidad, para así determinar de forma idónea la sanción correspondiente a cada falta.

2. En la Municipalidad Provincial de Cajamarca, se tiene que la sanción más comúnmente aplicada es la suspensión, seguida por la amonestación escrita, sin ningún caso de destitución. En los casos de amonestación escrita y suspensión, se tiene que no se han mencionado los fundamentos del principio de proporcionalidad, lo que evidencia falencias al momento de aplicar una sanción, pues no se evalúa si es proporcional a la falta cometida por el servidor civil.

3. El principio de proporcionalidad no se viene fundamentando adecuadamente en las resoluciones que imponen una sanción en virtud de la Ley Servir, pues se evidencia que sólo se hace mención de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional. Con los que se determina que las sanciones impuestas a los servidores de la Municipalidad Provincial de Cajamarca no sean realmente proporcionales a la falta cometida.

4. No existe una adecuada fundamentación del principio de proporcionalidad en las sanciones del procedimiento administrativo disciplinario de la Ley Servir, en la Municipalidad Provincial de Cajamarca, entonces la observancia de este es baja; pues si bien, en el 71% de las resoluciones se hace alusión al principio de proporcionalidad de forma general, en el 0% de las resoluciones se fundamenta la idoneidad, necesidad y proporcionalidad propiamente dicho, los cuales son necesarios para una interpretación adecuada del principio.

5. La baja observancia del principio de proporcionalidad en las sanciones impuestas en el marco de la Ley N° 30057, en la Municipalidad Provincial de Cajamarca, vulnera el debido procedimiento, en cuanto al derecho a la defensa del servidor y al deber de la Entidad a emitir resoluciones debidamente fundamentadas, más aún cuando de privar un derecho se trata.

Local

Torres Montalvo (2018) en su tesis de investigación titulada "Conflicto en la Aplicación del Principio de Legalidad y los Principios de Lesividad, Proporcionalidad y Humanidad en la Determinación Judicial de la Pena en el Proceso Especial de Terminación Anticipada", presentada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, para obtener el título de abogado, Chiclayo-Perú.

- La presente investigación se basó En las sentencias analizadas durante el periodo de agosto del 2013 a agosto del 2015 en los Juzgados de Investigación Preparatoria del Módulo Básico de Justicia del Distrito de José Leonardo Ortiz, se puede determinar que, NO existe conflicto en la aplicación del Principio de Legalidad y los Principios de Lesividad, Proporcionalidad y Humanidad, al momento de determinar la pena, si se impone al imputado una pena por debajo del mínimo legal en el proceso especial de Terminación Anticipada. Debido que, si bien existe una limitación de la Legalidad, ésta no se ve vulnerada, fundamentándose en la limitación de los Principios de Lesividad, Proporcionalidad y Humanidad.
- Con la Vigencia de la Ley N° 30076, la cual incorpora el artículo 45-A en el Código Penal, y su sistema de tercios, NO impedirían la Aplicación del Proceso Especial de Terminación Anticipada, pues esta Ley justifica su existencia en los Principios de Legalidad, Lesividad, Proporcionalidad y Humanidad, en donde no se contrapone entre sí o existe preponderancia entre ellos, todo lo contrarios, los Principios que justifican la Pena impuesta se complementan entre sí.
- De los casos que acudieron a la Terminación Anticipada para aplicar el ahorro procesal, se ha encontrado lo siguiente: que el 100% de los casos concluidos por Terminación Anticipada NO motivan sus sentencias en base a los principios generales del derecho, sino todo lo contrario, lo hacen de manera sosa y superficial, enumerando los principios como única justificación. Del mismo modo, de los casos que se denegó la solicitud de Terminación Anticipada, el fiscal y el abogado del imputado, al ponerse de acuerdo en la Pena, la Reparación Civil y las consecuencias accesorias que se debería imponer, estas no motivan su pedido en base a los Principios de Lesividad, Proporcionalidad, Humanidad; teniendo como resultado que el 22.25% de estos casos el juez denegó la solicitud.

Leonardo (2017) en el presente trabajo de investigación titulado "El Principio de Proporcionalidad y la Presión Preventiva", presentada en la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", para obtener el título de maestro en derecho con mención en Constitucional y Gobernabilidad, Lambayeque-Perú.

- Del análisis de las resoluciones judiciales objeto de estudio, se puede concluir que en el debate para decretar la prisión provisional, la aplicación del principio de proporcionalidad, mediante la elaboración de normas adscritas, permite resolver en forma adecuada, el conflicto entre el derecho a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución penal, ya que en base a criterios empíricos y normativos, en el primero, se determina el nivel de intensidad de la intervención en el derecho fundamental, y en segundo, el nivel de satisfacción del bien jurídico constitucional, y a partir de ahí establecer cuál de los dos debe prevalecer en el caso concreto.
- Es de considerar que el análisis a que se hace referencia en el acápite que antecede, se realiza en el ámbito del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Como se precisó en el marco teórico la aplicación de este subprincipio implica el análisis de los siguientes elementos: i) la determinación de la importancia de la intervención en el derecho fundamental y de la importancia de la realización del fin; ii) la comparación de las magnitudes de tales objetos normativos, a fin determinar si la importancia de la realización del fin perseguido es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental; iii) la construcción de una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin perseguido, con base en la comparación realizada.
- Los criterios que deben considerarse para determinar el nivel de la intensidad en la intervención del derecho fundamental a la libertad personal del imputado son: la afectación al derecho constitucional a la presunción de inocencia, las consecuencias que puede acarrear tal medida en la salud, física y psíquica, y en la vida familiar, social y profesional del imputado, y el plazo de duración de la misma.
- Los criterios que deben considerarse para determinar el nivel de satisfacción del bien jurídico persecución del delito son: la garantía que los fines del proceso penal se cumplirán, esto es, que el imputado no perturbará la actividad probatoria, o en su caso, no se sustraerá a la eventual condena que se le pueda imponer; la preservación del bien jurídico seguridad ciudadana, en los delitos de hurto agravado, robo agravado, tenencia

ilegal de armas de fuego y otros similares; la represión del tráfico ilícito de drogas, cuando los hechos imputados se relacionan con tales ilícitos; la protección del niño y del adolescente, en los delitos contra la indemnidad sexual; la gravedad de la pena esperada; la importancia de la causa; el grado de imputación; y la tutela jurisdiccional a favor de la víctima.

- Ahora bien, puede darse el caso de un empate en el nivel de la intensidad en el derecho fundamental a la libertad personal del imputado, y el nivel de satisfacción del bien jurídico constitucional persecución delictiva. Para superar tal valla, corresponde utilizar cargas de argumentación, es decir, el juez puede optar por la libertad del imputado, en mérito al principio in dubio pro libertate, o en su caso, por el bien colectivo persecución del delito, en virtud al cual, se protege la sociedad en su conjunto, debiendo para ello, ofrecer una sólida argumentación.
- Una vez que se ha determinado, la prevalencia en el caso concreto del derecho fundamental a la libertad personal del imputado, o en su caso, del bien jurídico constitucional persecución del delito, mediante la evaluación de los criterios antes señalados, o de otros, que puedan irse formulando a nivel de la jurisprudencia, el resultado constituye una norma adscrita, que puede aplicarse en futuros casos similares, que como se sabe, es una regla, que expresa la relación de precedencia entre los dos principios en conflicto, condicionada por las circunstancias del caso.
- En tal sentido, se puede afirmar, que, en el debate para el dictado de la prisión provisional, nos encontramos ante una auténtica controversia constitucional, y no ante un asunto de mera legalidad ordinaria, donde debe resolverse, el conflicto entre el derecho fundamental a la libertad personal del imputado y el bien jurídico constitucional persecución del delito.
- Finalmente, es de precisar que este trabajo no constituye un análisis doctrinario de los presupuestos materiales, naturaleza jurídica, principios o en su caso, abolición, de la prisión preventiva, sobre lo cual se ha escrito en demasía, sino que una vez superado, ese nivel, ya en el ámbito constitucional, se apliquen diversos criterios para establecer cuál de los principios en juego debe prevalecer en el caso concreto.

Vera (2018) en su indagación titulada "La Insuficiente Regulación del Estado de Emergencia en el Ordenamiento Jurídico Peruano y las Consecuencias Atentatorias contra

los Derechos Fundamentales" expuesta en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, para optar el título de Abogado, Chiclayo – Perú.

Actualmente, en el Perú los regímenes de excepción son instituciones jurídicas de naturaleza constitucional y política, previstas por el Legislativo a favor del Presidente de la República, cuya finalidad es servir de herramienta o instrumento para superar las crisis económicas, sociales y políticas. Su declaratoria por parte de la autoridad competente es discrecional, es decir, no obedece a una normatividad concreta, sino que depende del criterio de dicha autoridad y, a la vez, es una cuestión política no justiciable, esto es, no cabe respecto a tal declaratorio control judicial alguno.

En el ámbito internacional, son las normas y principios del Derecho Internacional convencional, en calidad de referentes garantistas, quienes destacan el carácter temporal y establecen las obligaciones de los Estados Parte cuando instauren los regímenes de excepción, en salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y del Estado Constitucional de Derecho. En el ámbito nacional, el artículo 137 de la Constitución de 1993 prevé dos modalidades excepcionales, que son: El estado de emergencia y de sitio. No existe en nuestro ordenamiento jurídico norma alguna que complemente o delimite dicho artículo. Solo se advierte que, ante una inminente vulneración de derechos fundamentales por parte de la autoridad durante la vigencia de los regímenes de excepción, los ciudadanos tienen la posibilidad de recurrir al Poder Judicial a fin de interponer las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data. Igualmente, al tratarse dichos regímenes de una cuestión política no justiciable, los jueces están impedidos de cuestionar su declaratoria.

Ante la insuficiente regulación de los regímenes de excepción en sede nacional (especialmente del estado de emergencia), la cual confiere amplia discrecionalidad al Presidente de la República para que decrete dicho régimen vulnerando así su carácter excepcional; planteamos la propuesta de Reforma Constitucional del artículo 137 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, la cual tiene por objeto modificar dicho inciso a fin que se reconozca de forma expresa que existen derechos que no son susceptibles de verse afectados por la declaratoria de un estado de emergencia (control de convencionalidad) y se establezca que el Congreso participará y autorizará el decreto supremo que prorroga dicho estado de excepción

1.7. Marco Teórico

1.7.1. Variable I: El Principio de Proporcionalidad

1.7.1.1. Evolución histórica

Es necesario empezar citando que, en Europa occidental posterior al año 1945 (post II guerra mundial) ha sido centro de muchos cambios, quizá de los más importantes sea el pensamiento jurídico que instauraron los juristas de dicha época, estás corrientes teóricas se centraron en dotar de mayor eficacia a la constitución política consagrándole como norma fundamental de los Estados. Estos remanentes ideológicos fueron utilizados por los juristas como el alemán Robert Alexy y el norteamericano Ronald Dworki. (Carbonel

Para dotar de mayor contenido el principio de proporcionalidad, a través del ya famoso "test de ponderación"; sin embargo, a nivel internacional aún no existen muchos trabajos serios aparte de los elaborados por los autores mencionados que se hayan abocado al estudio de este importante principio constitucional.

Tenemos que señalar que con respecto a este principio la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008), hasta la fecha la jurisprudencia de la Corte había resuelto diversos casos en que existía un conflicto de derechos, pero en ninguno había desarrollado con tanta claridad los elementos propios del "juicio de ponderación" como lo ha hecho en la sentencia del caso *Kimel* vs *Argentina*, donde tuvo que resolver un conflicto entre libertad de expresión y honra. Al momento de resolver el centro del debate, esto es la legitimidad de la medida (proporcionalidad de la respuesta penal), la Corte realizó explícitamente un juicio de ponderación y estableció los elementos que deben concurrir para realizar dicho proceso. Respecto de la necesidad de ponderar los derechos en conflicto señalo:

La corte ha hecho suyo este método al señalar que: para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justicia y ajustarse estrechamente al logro de ese legitimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión (…). En efecto el juicio de ponderación permite que cada derecho mantenga plena

vigencia en el sistema, aun al momento de ser objeto de una restricción. Lo que se busca al interpretar los derechos en colision es que estos puedan convivir en un mismo sistema normativo, de forma que en cada caso de conflicto la afectación de un derecho sea estrictamente necesaria para el goce y ejercicio de otro que se privilegie en el caso concreto. De esta forma, se evitan soluciones que priven de eficacia a los derechos, ya sea mediante la jerarquización artificial de los mismos o mediante medidas que anulen la vigencia de un derecho en beneficio de otro.

El problema respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito penal en nuestro país es relativamente nuevo, pues tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de la Republica recién en estos últimos años se han pronunciado someramente respecto a esta importante problemática.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia mediante la Casación N.º 335-2015 del SANTA y el acuerdo plenario 1-2016/CIJ-116 ambos coincidentemente del 01 de junio de 2016 han reconocido la trascendencia del principio de proporcionalidad en el ámbito penal, y más específicamente en supuestos en los que estamos ante aparentes conflictos de principios vinculados a restricción de derechos fundamentales.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha sido enfático en ratificar la importancia del principio de proporcionalidad en sede constitucional, más no ha emitido jurisprudencia con carácter vinculante respecto a la aplicación de este principio en sede penal.

Ya en el siglo XVIII Beccaria (1983) señala que la pena solo podía tener un fin preventivo más no retribucionista, pues las penas draconianas resultan ilegitimas que vulneraban el pacto o contrato social, así exponía: “La proporcionalidad de la pena con respecto al delito que la motiva es un límite que necesariamente no pueden superar las diversas justificaciones del castigo estatal, para convertirse en sí mismas en arbitrarias”.

En el país, y por no decir, gran parte de los países Latinoamericanos aún no han podido superar las antiguas corrientes retribucionistas, los catálogos de delitos previstos en los Códigos Penales influenciados por corrientes metajurídicas, han cedido ante el facilismo y el populismo normativo. La politiquería ha asumido un papel decisivo en esta triste realidad, el legislador segado por la ambición de poder promulga leyes penales no solo técnicamente deficientes sino más que todo sumamente draconianas.

Ferrajoli (1995) señala que: En ese estado de cosas, la función del operador jurídico no puede estar referido solo a ser la boca de la ley". Sino más que todo su función debe ser la de racionalizar ese paquete normativo expedido por el legislador, y dotarle de una interpretación no solo de conformidad con los principios constitucionales, sino también por el has de garantías previstas por los Tratados Internacionales de los cuales es parte el Estado.

El principio de proporcionalidad como institución de orden constitucional constituye pues esa herramienta que debe usar el operador jurídico para dotarle de racionalidad y humanidad a los Códigos Penales, sin embargo, el operador jurídico desconoce su real alcance e importancia so pretexto de que al ser una institución de orden constitucional debe ser materia de análisis de los constitucionalistas y no de los penalistas, lo cual evidentemente es errado.

Es preciso señalar que la constitución política peruana no recoge expresamente el principio de proporcionalidad, pero si tácitamente pues en el artículo 200 se ha indicado sobre ello, lo que significa entonces que este principio es aplicado bajo facultad discrecional del administrador de justicia.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional cuando señala que el principio de proporcionalidad este positivizado por tanto debe tomarse en cuenta en la aplicación del derecho. En efecto, el ordenamiento jurídico constitucional peruano, lo ha regulado en el último párrafo del artículo 200. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no (…) en 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". (EXP. N.º 0010–2002–AI/TC, 2003).

Cuando se revisa detenidamente el haz de derechos y garantías previstas en la Constitución Política de 1993 si bien es cierto no advierte que el principio de proporcionalidad este regulado como tal en algún artículo de dicha carta magna, sin embargo, si es invocado en el artículo 200, dentro de la normativa referido a la vigencia de los derechos constitucionales en un régimen de excepción.

Con respecto a la evolución histórica de este principio de proporcionalidad, que data después de la segunda guerra mundial, sobresaliendo así, el pensamiento jurídico lo cual se centra en fortalecer la eficacia de la constitución política como norma fundamental del estado. Con respecto a la evolución en nuestro país la aplicación del principio de proporcionalidad en el contexto penal se da recientemente, como lo demuestra la casación N° 335-2015 del santa, nos dice: La inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173°, inciso 2, del Código Penal, vía control difuso de la ley, es compatible con la Constitución, para ello debe realizarse el test de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. y el acuerdo plenario N° 1-2016/CIJ-116 donde se reconoce la importancia de este principio, donde el juzgador deberá verificar si la norma a aplicar es o no constitucionalmente legítima.

Si bien es cierto existen muchas investigaciones tanto, en el ámbito nacional como internacional que han estudiado ampliamente el principio de proporcionalidad y su aplicación en el ámbito constitucional, sin embargo, como ya se ha referido anteriormente el estudio de este principio desde el ámbito penal no ha sido exhaustivo, dejando a si un vacío en la norma, que origina que muchas veces no sea aplicado.

1.7.1.2. Teoría o base de los principios

Los principios se configuran como reglas o normas de optimización que busca en sí que algo sea aplicado de la mejor manera posible, para este autor estos principios solo determinan o controlan que una norma adscrita a un texto jurídico sea aplicada de manera correcta. Un principio se diferencia de una norma que regla algo porque a la segunda se le puede calificar como válida e invalida, esta puede cumplirse o no, cosa que no puede suceder frente a un principio, a este solo se puede satisfacer total o parcial según el caso en concreto (Alexy, 1993).

Es que una norma que regla algo puede ser bien aplicado o no de forma total, pero en cambio un principio es aplicado de manera gradual, el principio es utilizado por el que aplica las normas como fundamento de su decisión en un caso concreto.

Pero también debemos entender que los principios no buscan determinar directamente la conducta que debe de tomar el aplicador de las normas, sino más bien instituyen fines que orientan al aplicador para tomar una conducta concreta para alcanzar el fin, esto se denota con más claridad cuando analizamos cada principio y encontramos que no pretende

solucionar conflictos entre normas o derechos, sino más ofrece recursos que deben ser valorados por el aplicador en su toma de decisión que ha de tomar.

Para una correcta aplicación de los principios se deberá de tomar en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas, es que se hace necesario la contraposición con hechos reales y otros principios opuestos o bien que respalden una norma.

En efecto con ideas más claras podemos decir que un principio es la fuente o matriz que origina un razonamiento en el aplicador, este también se concibe como una esencia definitoria que debe ser utilizada en cualquier área del derecho para la aplicación de las normas que atribuyen un mandato definiendo su aplicabilidad.

Es importante destacar que los principios son de carácter general y universal que orientan la acción del ser humano en ese sentido representan una ley natural la cual no puede ser quebrantada por una norma, ley, resolución entre otra por lo tanto los principios deben ser aplicados proporcionalmente o de manera gradual en un caso concreto.

1.7.1.3. El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se presenta como un control ante la intervención del poder del Estado, pues este principio funciona como una base al límite de los derechos fundamentales, en razón a que estos no son absolutos (Fernández, 2010).

El principio de proporcionalidad no está pensado para brindar certezas plenas, pero sí está diseñado para alcanzar tanto racionalidad como certezas plausibles en caso de colisión entre principios constitucionales; ya que esta sirve para determinar decisiones racionales y correctas que no aspiran a ser la única respuesta correcta pero sí una que esté justificada y que pueda sostenerse en la deliberación jurídica y democrática de las sociedades pluralistas y democráticas.

Guérez, en un artículo denominado “algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional” señala, claramente que el principio de proporcionalidad es repetidamente ignorado e inaplicado por las autoridades encargadas de administrar justicia, y por los propios miembros del poder legislativo causando graves problemas de desproporcionalidad al momento de la tipificación de los delitos y las sanciones que se establece para ella.

Este autor cree que cuando es más ignorado este principio es más frecuente la vulneración de los derechos y libertades de los ciudadanos. Este se evidencia cuando se somete a los imputados a medidas desproporcionadas, así por ejemplo las medidas penales llegan de manera injustificada a privar de su libertad por proteger bienes jurídicos de poca relevancia en un Estado de derecho. Entonces, hablamos de un principio constitucional que ayuda a desarrollar la desproporción de penas a fin de poder colocar a las partes en igualdad de condiciones (Jimbo, 2011).

El Tribunal Constitucional Español en la STS 55/1996, sostiene que se alcanza a vulnerar el principio de proporcionalidad indirectamente con la norma penal cuando en la medida aplicada suponga un sacrificio innecesario o desproporcional del derecho a la libertad, o de algún otro derecho que se invoca en amparo por ser vulnerado, este agregado se complementa con la importancia de los derechos fundamentales, motivo por el cual se han recogido dentro de la Constitución como derechos subjetivos a favor del ser humano, para ser reclamados contra el Estado y particulares cuando se crea que son afectados.

Por lo tanto, el principio de proporcionalidad es un principio general de rango constitucional, que representa el control ante la intervención del estado, para garantizar el buen desarrollo y equilibrio de los derechos fundamentales, y éste se aplique correctamente en todos los ámbitos del derecho, garantizando así el cumplimiento de las normas que emana nuestra constitución.

1.7.1.4. El principio de proporcionalidad en el derecho penal

Según León (2018) “Los ordenamientos jurídicos no están agregados únicamente por reglas, sino también por principios. La afirmación de la existencia de principios en un ordenamiento jurídico involucra, a su vez, el reconocimiento de una nueva forma de aplicar el Derecho: la PONDERACION.” Los principios son normas no entendidas en el sentido clásico, sino que son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario. Los derechos fundamentales componen, en consecuencia, el ejemplo más claro de principios en el ordenamiento jurídico. En ese sentido el principio de proporcionalidad resulta consustancial al modelo de principios que representan los derechos fundamentales en el Estado democrático. (León, 2018)

Según Figueroa (2010) manifiesta al respecto sobre el principio de oportunidad: Este principio resulta aplicable cuando hay una intervención estatal en los derechos fundamentales. En ese sentido se énfasis en el término proporcionalidad, Según el Tribunal, ha estimado que la proporcionalidad entre las partes involucradas en el conflicto, una vez infringida, obedece a la condición de excesos por parte de un sujeto en la relación material, es decir, de desigualdad de acciones de una de ellas en su condición de poder público. A este respecto, el conflicto entre particulares parte de la premisa, no siempre material, de igualdad de condiciones. Vale la siguiente reflexión: ¿y si una parte abusa de su posición de ente estatal y comete infracciones contra los derechos fundamentales del ciudadano? En tal situación, tiene lugar, a fin de frenarse los excesos del caso, la aplicación del principio de proporcionalidad.

En resumen, este principio permita modelar un conjunto de argumentos sobre un punto de discrecionalidad y he allí el aporte intrínseco de esta forma de interpretación desde el punto de vista constitucional, la cual por excelencia dirime la colisión entre derechos fundamentales, uno de los cuales involucra a una entidad pública.

La representación primero que se tuvo sobre el principio de proporcionalidad se encontraba principalmente en el medio del derecho penal, en el que al pasar cierto tiempo rápidamente obtuvo relevancia de manera exclusiva, en concordancia con la precisión de la sentencia.

Es por ello que cuando se habla del principio de la proporcionalidad esta se erige en un mecanismo el cual se define la mediación punitiva, en el instante que se trata de poder saber el significado del beneficio de la población correspondiente a poder imponer disposición de índole penal, esta es obligatorio y sobre todo debe ser apto para el dominio así también la advertencia de la conducta criminal, mientras que de otra manera, el beneficio de la persona en la utilidad de una garantía consistirá en que no se podrá tolerar una pena que sobrepase el límite de lo que se ocasiono, es decir la disminución de la violencia en el ejercicio del derecho penal, así la objetiva pena que debería darse tendría como principio rector del proceso penal (Fuentes, 2008).

Además, pese a que se advierte que el tema del principio en estudio se cruza con las distinciones empíricas con apreciación que son realmente valoradas. Por lo que se puede coincidir con el plan de proporcionalidad debido a que esta surge en consideraciones político-criminales, las cuales van pasando líneas de pensar filosófico debido que, al surgir

desde las bases constitucionales, este principio en examen se erige en solo una de las diferentes directrices que el gobierno debe contemplar en el momento de incriminar y condenar el comportamiento.

Castillo (2004) menciona que el principio de la proporcionalidad hoy en día es más que solo un instrumento de método de interpretación de textos de peculiar importancia ya que mediante esta se podría establecer si la participación del poder político sobre el contenido legal de un derecho fundamental es o no constitucional puesto que los derechos fundamentales tienen un argumento legal que se constituye de dos capacidades la cual podría ser subjetiva u objetiva.

1.7.1.5. Los subprincipios de proporcionalidad en la jurisprudencia Internacional y Nacional

En el ámbito Internacional

El tribunal constitucional de Colombia en su sentencia N° 0048-2014-PI/TC habla sobre el principio de proporcionalidad en la cual manifiesta si una ley contraviene, o no, el principio de igualdad debe aplicarse el principio de proporcionalidad para ello emplean tres sus principios como son: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En ese sentido el aplicador de la norma debe analizar medios alternativos que no sean gravosos o al menos, que lo sean a menos intensidad. (Ver anexo N°2)

Por lo que desde el punto de vista de la afectación mediante acciones de la autoridad es que se define tres subprincipios que es la idoneidad la cual entraña que toda intervención legislativa o de autoridad sobre un derecho fundamental para que sea correcta, por lo que debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. La de necesidad, que significa que la intervención sobre un derecho fundamental, sea la correcta o en todo caso aquella que afecte menos de entre todas las posibles medidas de intervención, y por último la proporcionalidad en estricto sentido o ley de ponderación, precisa que la intervención en un derecho fundamental sólo se justifica por la importancia de la intervención de la autoridad para satisfacer otro derecho fundamental o principio, es decir, debe ser de tanto peso o trascendencia esa intervención para satisfacer otros derechos o principios, que la afectación o insatisfacción al derecho fundamental quede compensada por la importancia de la satisfacción del otro derecho fundamental o principio satisfecho (Cárdenas, 2013)

Una definición precisa seria que los subprincipios expresan la idea de optimización, lo que significa que interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con el principio de proporcionalidad es tratar a éstos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no como reglas. Asimismo, se dice que los subprincipios tanto de idoneidad como el de necesidad se refieren a la optimización vinculada a las posibilidades fácticas; mientras que el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto menciona a la optimización de los derechos esenciales del ser humano (Alexy, 2006)

El principio de proporcionalidad se efectiviza a través de tres subprincipios, estos son:

Examen de idoneidad: La idoneidad o adecuación consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio acogido, a través de la intervención legislativa o el fin propuesto por el legislador. Corresponde al análisis de una relación medio-fin.

En el examen de idoneidad, es el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad medio y el objetivo, y (2) el de la relación entre objetivo y finalidad de la intervención (Clericó, 2009).

En el ámbito penal la aplicación de este subprincipio estaría vinculado a determinar si en un caso en concreto la consecuencia jurídica de una norma penal es el medio más idóneo para garantizar la debida protección de un determinado bien jurídico.

La Idoneidad o llamada también adecuación, es el principio que se desarrolla en dos vertientes para determinar la licitud de una inversión en un derecho fundamental; la primera aquella medida legislativa debe tener un fin legítimo y otra que debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizarlo, es decir, que por su medio efectivamente pueda alcanzarse una situación que satisfaga el fin a que supuestamente sirve, por ser ella su consecuencia natural

También se menciona que dentro de esta se encuentra a la licitud constitucional de los fines legislativos, puesto que ellos determinan los fines de una intervención en los derechos fundamentales es, en realidad, un presupuesto del examen sobre la idoneidad de la relación racional entre aquellos, según el tribunal constitucional español, ya que dicho examen no podría realizarse si se omitiera aquel factor o simplemente, seria innecesario llevarlo a cabo si el fin de aquella fuera ilegitimo, terminantemente prohibido por la constitución (Cossío, 2005)

Por otro lado, menciona que la idoneidad o adecuación de la medida legislativa se refiere a que, abstractamente considerada, esta contribuya y facilite de cualquier forma la realización del fin inmediato que persigue, en el entendido de que como fin mediato tiene a su cargo satisfacer o promover a un determinado principio constitucional. El juicio de idoneidad no tiene por objeto provocar una excesiva intervención de la judicatura constitucional en la labor del legislador, porque no se trata de imponer en vía jurisdiccional las idóneas y eficaces para alcanzar el fin propuesto, sino tan solo de excluir aquellas que puedan acreditarse como gratuitas o claramente ineficaces; es por ello que es bastante con que la medida que interviene los derechos fundamentales ayude o coopere de algún modo a la realización del fin legislativo.

También se dice que la idoneidad o adecuación entraña que la medida de intervención o afectación a los derechos fundamentales sea, sino la más útil y eficaz para conseguir el fin propuesto, sí una medida apropiada, es decir, no superflua o ineficaz para arribar al fin constitucionalmente legítimo. Ya que se explica que la intervención o afectación en los derechos fundamentales de la medida debe servir para promover, fortalecer o ayudar al fin constitucional legítimo de la medida, ya que podría darse que una medida de intervención como afectación en los derechos fundamentales lo sea al momento en que el legislador o la administración la dictan y que después ya no lo sea, o viceversa. Por lo tanto, en estas mencionadas hipótesis tendría que entenderse que la idoneidad que se tiene que preservar es la última, en la cual es el juez constitucional quien tiene que acreditar al momento de dictar su resolución (Lopera).

Examen de necesidad: La necesidad o también llamada indispensabilidad pues indican que este sub principio dispone que la medida legislativa que restrinja un derecho fundamental, sea estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a aquellos se intenta oponer porque es la menos gravosa para el derecho afectado, entre diversas opciones igualmente idóneas para conseguir el fin mencionado o de otro lado que no existen opciones para satisfacer en el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor, pues de no estar ante uno de los supuestos apuntados, la medida en cuestión será ilegitima porque intervendría un derecho fundamental de una manera que no sería estrictamente necesaria, porque existe alguna alternativa menos perjudicial para él, con los mismos resultados para el fin legislativo que se le opone.

Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio-medio (Bernal, 2007). Esto es, "de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos" (Exp. N.º 045-2004-PI/TC, 2005).

También mencionan que mediante una argumentación a fortiori y como consecuencia de las hipótesis antes mencionadas, será constitucionalmente ilícita la medida legislativa a examen, de haber alternativa a ella que con menor o nula intervención en un derecho fundamental conduzca a mejor u óptima satisfacción del fin que promueve, siempre que no importe alguna imposibilidad técnica o un costo económico exorbitante (Bernal, 2012)

Para establecer si una determinada medida restrictiva de derechos fundamentales es o no necesaria, requiere un análisis de la eficiencia de sus alternativas de acuerdo con las ciencias y técnicas aplicables; si bien esta tarea puede resultar infinita pues puede proponerse una prolija cantidad de opciones a aquella sin duda debe exponerse en el proceso un catálogo más o menos amplio de ellas, según las circunstancias. Pero es preciso considerar que la valoración de la medida restrictiva de derechos fundamentales y sus alternativas impone una función valorativa a los jueces, muy alejada de la mecánica subsunción y de la simple interpretación exegética que les ha atribuido el positivismo tradicional (Sánchez)

Proporcionalidad en sentido estricto: "La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación" (Alexy, 1993). Conforme a ésta cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (Carbonell, 2007).

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto alude a la optimización de los derechos fundamentales dentro de sus posibilidades jurídicas, debido a que dentro de ello, se encuentra la ponderación el cual es un subprincipio que supone una valoración entre un derecho fundamental o principio constitucional y el fin legislativo que origina su menoscabo, mediante del examen de los gravámenes que se imponen recíprocamente, para establecer si

el beneficio obtenido por dicho fin legislativo, justifica la intensidad en que se menoscaban aquellos.

En un análisis normativo depende de la fundamentalidad o significado que los bienes constitucionales contendientes tengan en el ordenamiento, y también se podría decir que se refiere a los niveles de intensidad con que se afecta un principio constitucional con su contendiente, según la eficacia, la rapidez, la probabilidad, el alcance y la duración de la medida. Pues en el aspecto normativo del examen de proporcionalidad estricto sensu puede ser útil, aunque de ningún modo definitivo, una jerarquía in abstracto de principios constitucionales, determinable por la ética política y la dogmática y la práctica constitucional sin que pueda esperarse que dicha jerarquía sea históricamente inmutable.

Mientras que de otro lado en un significado de estructura argumentativa el principio de proporcionalidad en sentido estricto se menciona de dos formas la primera en determinar la importancia del derecho fundamental y el objetivo legislativo que se le opone, la segunda en el comprar la relevancia de ambos, es decir las intensidades en que este se beneficia por la intervención en aquel y por ultimo formular una regla de precedencia entre dichas posiciones, que disponga cual de dichos interés debe ceder frente al otro en el caso concreto, si el protegido por el derecho fundamental o el principio constitucional que apoya el fin legislativo, pues en cada caso particular, al colisionar los principios constitucionales crean una relación de tensión entre los intereses y pretensiones que en él participan, al formular contradictorias proposiciones normativas concretas de carácter jurídico para cuya solución es preciso establecer una relación de primacía condicionada entre los principios colidentes, tomando en consideración las circunstancias del caso (Höllander)

En una sentencia N° 0010-2002-AI/TC del cono norte de Lima, se presente una acción inconstitucionalidad contra la violación de los derechos constitucionales a las libertades de información, opinión y discusión del pensamiento de la proporcionalidad de las penas, degradación de los beneficios penitenciario (Ver anexo N° 3).

Otra Sentencia N°0050-2004-AI donde se refiere al principio de proporcionalidad como son proporción de los aportes, sistemas de pensiones con equidad, razonabilidad y proporción

En resumen, la sentencia indica que se atenta contra la seguridad jurídica, contra el derecho de la propiedad, al no tener en cuenta los criterios del tés de razonabilidad así

como no contemplar ningún tipo de resarcimiento a favor de los pensionistas (ver anexo N° 4).

En el ámbito Nacional

El subprincipio de idoneidad (adecuación)

En el ordenamiento jurídico peruano, dado que la ley penal interviene en el derecho a la libertad personal y otros derechos fundamentales, en el examen de idoneidad hay que constatar que la pena es idónea para la consecución de un objetivo constitucionalmente legítimo. Examen que, a su vez, en primer lugar, exige la identificación de un fin de relevancia constitucional en la medida legislativo penal que limita un derecho fundamental, ámbito en el que se manifiesta, según el Alto Tribunal peruano, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de lesividad. De manera que sólo será constitucionalmente válida si tiene como fin la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional y tipifica conductas que realmente lesionen o pongan en peligro esos bienes jurídicos. Tanto la relevancia constitucional del bien jurídico como la dañosidad social justifican que nos encontremos ante un bien jurídico merecedor de protección penal. En segundo lugar, "se trata del análisis de una relación medio-fin", de constatar que la idoneidad de la medida tenga relación con el objetivo, es decir, "que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante".

Según el Tribunal Constitucional, "La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin".

Este análisis debe vincular, a juicio del Tribunal, los medios, la finalidad y el objetivo. Es decir, debe tratarse de medidas que se vinculan con fines constitucionales y a su vez, debe tratarse del logro de acciones o estado de cosas tangibles (objetivos). En palabras del Tribunal, el análisis de idoneidad supone, "(…) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante".

El análisis de idoneidad, toda vez que no suele ser muy exigente, no ha generado mayor desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal. Pudiendo señalarse algunos casos solo para identificar las diferentes maneras en que ha sido asumido por el Tribunal Constitucional. (Alegría & Congo & Córdova & Herrera, 2011)

El Subprincipio de Necesidad

El Tribunal Constitucional efectúa en diversos casos el test de proporcionalidad a fin de aplicar el principio correspondiente, el cual implica el paso por el examen de necesidad como parte del test de proporcionalidad, como se aprecia en los siguientes ejemplos:

EXP.N. ° 579-2008-PA/TC *Análisis de necesidad.* Dado que se trata de una sentencia en proceso de ejecución es fácil comprobar que no existe medida más efectiva que la propuesta por el legislador. La suspensión de la ejecución de medidas cautelares, garantías reales o personales, así como de la suspensión de ejecución de sentencias resulta ser un medio necesario (indispensable) para alcanzar el *objetivo*, dado que además de los otros mecanismos descritos en la Ley 28207, no existen medidas alternativas igualmente eficaces o que sean menos gravosas que se dirijan a obtener el mismo fin. Si bien podrían alegarse como medidas para lograr el objetivo, entre otras, la condonación de las deudas de tales empresas agrarias azucareras, no obstante, ello, dichas medidas no gozan de la misma eficacia para lograr el desarrollo de la actividad azucarera, pues aunque tales medidas impedirían que las empresas disminuyan sus activos fijos, sin embargo, se perjudicaría sin lugar a dudas, los derechos de los acreedores quienes se verían imposibilitados a cobrar sus créditos para siempre.

Exp. N.º 045-2004-PI/TC La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser
empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero.

Examen de necesidad. Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.

Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que, si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios *idóneos*. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.

El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- *no intervienen* en la prohibición de discriminación, *o*, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste *menor intensidad*. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al *objetivo* del trato diferenciado, no con respecto a su *finalidad*. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado.

En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación *o* que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional.

El Subprincipio de Proporcionalidad en Sentido Estricto

La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme a ésta:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción -o realización- del otro. En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o

intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado -la "afectación de la igualdad"- es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una colisión entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado.

Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la ley de ponderación sería enunciada en los siguientes términos:

"Cuanto mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional".

Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional. (Exp.N° 45-2004-PI/TC)

1.7.1.6. Diferencias entre la proporcionalidad penal y constitucional

En el Derecho Penal, este principio es entendido conforme al cual la sanción debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido; ya que tiene las siguientes características: la medida restrictiva de los derechos fundamentales debe ser apta para obtener las soluciones acordes y el examen de idoneidad tiene carácter empírico, como consecuencia de que se apoye en el esquema medio–fin.

Si bien el principio de proporcionalidad debe aplicarse en todos los ámbitos del que hacer jurídico, indudablemente donde tiene un importante campo de prueba es en el derecho sancionador, particularmente en el derecho penal; es por ello por lo que para poder constatar cómo es la operatividad de lo que se lleva dicho acerca del principio de proporcionalidad cuando se trata de sancionar conductas delictivas a través de la afectación de derechos como el derecho a la libertad (Yenissey, 2016)

Como se tiene conocimiento en materia el poder punitivo del gobierno se muestra mediante el establecimiento de sanciones de la conducta, pero antes deben ser determinadas

como delictivas. Por lo que se indica que el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa penitenciaria de la pena.

En el principio de la proporcionalidad de las penas, está considerado en la eficacia en tres ámbitos la primera en la determinación legal de las penas es decir que son penas de modo abstracto y en el que por lo general es el legislador quien prevé para los diferentes tipos penales; la segunda la determinación judicial de la pena, puesto que aquí son las concreciones que en cada caso realiza el juez al sancionar con una pena determinada al que incurre en conducta delictiva; y por último se encuentra la determinación administrativa de la pena la cual se manifiesta en la ejecución de la pena y está vinculada con la aplicación de los beneficios penitenciarios que pueda decretar el juez de ejecución penal (Aguado, 1999)

Mientras que, en un principio constitucional, porque es un subprincipio del principio de prohibición de exceso. Puede ser considerado un principio comparativo debido a que, a diferencia de los principios de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto, no limita el examen de la admisibilidad de la medida únicamente al estudio de su contenido, efectos y fines, sino que induce al órgano actuante a la búsqueda de medidas alternativas idóneas (León)

El principio de proporcionalidad como se conoce es un principio general del derecho, cuya satisfacción ha de analizarse en distinto ámbito del derecho. Por lo que, en su condición de principio, el ámbito de su proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituirán un acto el cual limitar y restringirá los derechos del ser humano.

Refiere que cuando el tribunal constitucional, por primera vez teoriza el principio de proporcionalidad en su formulación dogmáticamente correcta, con ocasión del enjuiciamiento de la constitucionalidad de una medida administrativa impeditiva del ejercicio de un derecho fundamental; puesto que en relación el legislador en la que precisa con mayor detalle los diferentes elementos que componen este principio y define su valor como canon de constitucionalidad.

Además el principio de necesidad o en algunas ocasiones llamado intervención mínima, de la alternativa menos gravosa o subsidiariedad, a que es un subprincipio del principio de constitucional de prohibición de exceso proporcionalidad en sentido amplio la cual comprende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales, ante las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los poderes públicos, este obliga a los órganos del gobierno a comparar las medidas restrictivas aplicables a que sean lo suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido además el seleccionar cierta que sea menos lesiva para los derechos de los ciudadanos.

Y en este principio, en sentido estricto como un principio constitucional que limita a la prevención con se opone a ser vulnerado hacia arriba, pero no hacia abajo, es decir, constituye un límite máximo pero no uno mínimo; debido a que este no impide que se pueda disminuir o incluso renunciar a la pena por razones de prevención especial y más concretamente, para impedir la de socialización o facilitar la socialización, ya que debería de preverse la posibilidad de que el juez o el tribunal prescindieran de la pena cuando resulte desproporcionada o innecesaria (Perelló, 1997).

1.7.1.7.Alcances del principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas

La dinámica del Principio de Proporcionalidad se da que si no se encuentra solución es que debe privarse la independencia de la persona, y esto correspondiente a las estimaciones legales y maneras previstas, sin embargo, tiene que defenderse lo necesario de la proporcionalidad.

Estando frente a la extensa inclinación el arbitrio legal en el proceso de la decisión legislativa de la pena, y a un informe e inicial hipótesis sobre la individualización de la sentencia en sentido concluyente, es ahí donde surge la interrogación sobre si el principio de proporcionalidad posee la fuerza suficiente de poder tener un papel sobresaliente para el desarrollo de un derecho penal lógico que pueda legitimizar efímeramente en espera aun de algunos desenlaces idóneos.

Es por ello que se debe antes dar una mirada global del sistema licito de individualización del castigo, además en un caso muy particular que se dio y según lo que indicaba la corte interamericana de derechos humanos es que ninguna persona tiene que ser sometido apresamiento o encarcelamiento por causas y métodos que podrían juzgarse como

disconformes con el respeto de los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables imprevisibles o escasos de proporcionalidad (Gracia & Baldova & Alastuey, 2004).

Cualquier sentencia que se implante por la persona encargada en este caso el administrador de justicia, según su delito este deberá ser proporcional al hecho social que ocurrió, es decir que no deberán aceptarse sentencias o medidas de seguridad, elevadas o fuera de lugar que no tienen lógica ni relación alguna con el delito que se ocasiono; por lo que se debe tener en cuenta dos exigencias la primera que la pena tiene que guardar relación proporcional al delito que se ocasiono, en tal sentido no se deberá dar una pena o sentencia exagerada y la segunda es que la proporcionalidad que se brinde tendrá que ser medida según lo importante que sea el hecho social que se ocasiono.

Cualquier pena importa una privación de derechos, es decir esta otorga una asignación de dolor, pero cuando este sobrepasa los niveles que uno puede tolerar por parte de la cultura dominante, la sentencia repugna y tiene consecuencias malas de parte de las personas, las cuales llegan a denominar a la justicia como una herramienta atroz y sobre todo nada confiable, por lo que cuando existen penas crueles, muchas veces en vez de fortalecer por el contrario esta disminuye la credulidad en la justicia (Terragni,2011).

El objetivo que tiene la proporcionalidad es que tiene un vínculo directo con la exigencia que establece el gobierno democrático de no desconocer lo importante del daño social que se causar por la falta por las valoraciones dominantes, asimismo la prevención global positiva se asesora que las faltas más graves. Pues se dice que al malhechor no le gustara la idea rentable de elegir por algunas faltas debido a que existe una desigualdad penológica correspondiente a las penas de menor entidad, es ahí donde prima una equidad de la justicia en la cual no se debe vulnerar el principio de proporcionalidad.

Es por ello que cuando se da retribución o prevención total o de manera especial en alguna de las modalidades o formulaciones, caso contrario una mixtura o unificación relacionadas entre todas, por lo que se dice que no debe negarse debido a que ciertos criterios tienen que ser sometidos eternamente a los principios que requieren una intervención penal regida a proteger intereses socialmente notables y faltos de prevención, es decir bajo el principio de mediación mínima (Cubillos, 2008).

1.7.1.8. La desproporcionalidad en la aplicación de las penas

Si refieren que el principio de proporcionalidad es aquel que no impide que se disminuya o inclusive renuncie a la pena por razones de prevención especial y, concretamente, para que se impida la de socialización o en otro caso se facilite esta. Por lo tanto debería preverse la posibilidad de que el juez o el tribunal prescindieran de la pena cuando esta resulta desproporcionada o innecesaria; es decir que cuando existe la desproporción no se estaría cumpliendo con la proporcionalidad que esta debería tener por sí misma por lo tanto se diría que no opera como un criterio objetivo de ponderación de la pena a aplicar, debido que es cuestión de valoración externa y la cual debería estar orientada por una política criminal garantista, acompañada por otros principios como el de legalidad y el de culpabilidad.

Continuando con ello según Zafarí, indica que cuando se desarrolla el principio de proporcionalidad mínima de la pena, aun sabiéndose la magnitud de la lesión entre ciertos principios limitativos los cuales excluyen las violaciones o disfuncionalidades groseras con los derechos humanos, pues aquí se estaría participando de una desproporción de la pena. Sin embargo, se indicaría que la criminalización alcanza un límite de irracionalidad intolerable cuando el conflicto sobre cuya base opera es de ínfima lesividad o cuando, no siéndolo, la afectación de derecho que importa es groseramente desproporcionada con la magnitud de la lesividad del conflicto.

De otro lado se menciona que como es imposible demostrar la racionalidad de la pena, debido a que en incurren en una desproporción pues las agencias jurídicas trataran de constatar, al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto tenga al menos un mínimo de proporcionalidad con el grado de lesión que haya provocado; por lo que se indicaría que esto obliga a jerarquizar las lesiones y a establecerse un grado de mínimo de coherencia entre las magnitudes de las penas asociadas a cada conflicto criminalizado, no pudiéndose tolerar de igual manera, porque resultaría inconcebible que se castigue con mayor severidad la forma culposa de comisión de un delito, que la dolosa, y resulta igualmente ilógico que se le otorgue más tiempo al Estado para investigar y reprimir al autor de un delito culposos que al de uno doloso.

Si se entiende que la proporción de la pena es aquella relación que existe entre la parte y la totalidad de cosas comparadas entre sí, por lo que podría decirse que si se afirmaría que

la pena aplicada a una persona es proporcional o está en proporción con el daño que ella ha causado se pone en manifestación la correlación entre dos variantes que sería la pena y daño, por lo que se entiende que cuando una varia siempre provocara que la otra también, no obstante en muchos casos se da todo lo contrario es decir que no existe la proporción ya que siempre uno estará por delante de la otra es decir que la pena será en mayor proporción al daño que se ocasiono y no habría una relación como indica el principio en la pena.

1.7.2. Variable II: Sentencia - Buscaglia Zapler

1.7.2.1. La Constitución Como Norma Suprema del Estado

Herrera & Lasso (1964) señalan que en los estados de Derecho con Constitución ésta juega gran papel. Por lo pronto, la Constitución es norma jurídica, por lo que, participa de cuantos caracteres materiales y formales se predican de la norma jurídica en general. En segundo lugar, es la norma jurídica fundamental (norma nonnarum) y esto también en el doble sentido material y formal, ya que: su contenido constituye el punto de arranque para el desarrollo legislativo del total ordenamiento jurídico del Estado que, ha de interpretarse precisamente de acuerdo con el sentido de la Constitución, y la primacía de la Constitución con el resto del ordenamiento jurídico tiene rango formal, constituye el primer escalón en el ordenamiento jerárquico de las fuentes del Derecho y, por tanto, tiene rango y valor de súper ley.

Según Sánchez (1998) supremacía constitucional demanda colocar a la constitución de un país o estado de manera jerárquica por encima de todas las otras leyes o normas legales, las cuales pueden ser internas y externas, las cuales puedan llegar a tener algún alcance sobre ese país. Esto también incluye a aquellos tratados internacionales que han sido ratificados por el país y cuyo entorno de aplicación pueda ser también sobre las relaciones legales internas.

Tena (1998) menciona que el principio de la supremacía constitucional está relacionado con el estado de derecho, al cual también se le denomina como estado social y democrático de derecho de sociedades políticas en vías de progreso, en el cual el tema social es obligatorio y urgente de resolver, por que envuelve también a los derechos humanos.

La supremacía constitucional, sola puede ser permitida en un sistema político democrático cuya constitución consagre los derechos esenciales del ser humano, los instrumentos jurídicos de su protección y defensa, un sistema de control constitucional de las leyes, la separación y autonomía de poderes y los mecanismos de participación ciudadana. Sólo en esas circunstancias es posible que la Constitución ocupe la cúspide del orden jurídico, revista el carácter de ley suprema, ley de leyes.

Arteaga (1998) nos indica que la supremacía constitucional, es un asunto en el cual se hace referencia a la localización de la constitución política, en lo más alto del escalón del sistema jurídico de un estado, lo que quiere decir que la supremacía constitucional, se refiere al privilegio de la constitución política, el nivel de esta de ser considerada como máxima jerarquía y el reconocimiento de inferioridad y subordinación a la cual las demás leyes deben someterse ante la constitución política. La constitución política, en su calidad de ley suprema, gobierna a los poderes ya constituidos y estos no pueden desacatarla, ya que de esta obtienen la validez y su legitimidad de sus competencias.

1.7.2.2. La constitución y los derechos fundamentales

Actualmente entendemos por derechos fundamentales aquellos que le corresponden al ser humano por el simple hecho de serlo, derechos que le son inherentes y deben ser consagrados y garantizados por el Estado. Debido a tal importancia los diversos países han optado por protegerlos y hacer que se respete el ejercicio de su cumplimiento reconociéndolos en su constitución política de Estado. En tanto queda comprendido que los derechos fundamentales vendrían a ser aquellos derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto, es decir, aquellos que se encuentran debidamente incorporados en las normas legales.

Ante ello es pertinente precisar o conocer cuál sería el objetivo o la finalidad del legislador al consagrar los derechos fundamentales en la norma suprema de un Estado, o, mejor dicho, cual es la verdadera función de estos derechos y porque su positivización en nuestra Constitución Política.

El derecho fundamental en su naturaleza axiológica objetiva constituye el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, logrado a partir de relaciones de tensión y de los consiguientes esfuerzos de cooperación encaminados al logro de metas comunes. Por ello, es de suma importancia su incorporación legal a las normas constitucionales del

Estado de Derecho, ya que componen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otras palabras, su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. A su vez son base de la garantía esencial de un proceso político libre y abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista (Pérez, 1998).

Ante ello, Badillo (2016) señala que el reconocimiento de los derechos fundamentales fue producto de arduas luchas colectivas, lo que implica que estos derechos sean concebidos como señal de progreso para la sociedad y como aquellos que perfeccionan el proyecto ético, político y jurídico de los demás derechos.

Podemos recordar, según Rolla (2006) los derechos fundamentales identifican la forma democrática de un Estado de Derecho, a su vez responden a ser el único medio para asegurar los demás derechos y la dignidad de todos los ciudadanos asimismo garantizan la primacía de la persona humana y su dignidad.

El autor anteriormente citado también hace referencia al reconocimiento específico de estos derechos, señalando que esta característica cumple una función especial, en el sentido de que la indicación detallada de los derechos reconocidos en los nuevos ordenamientos democráticos como fundamentales, da lugar a un énfasis de la dignidad y libertad de la persona humana que los regímenes anteriores habían transgredido por años.

Para, Alegría, Congo, Córdova & Herrera (2011) sostienen que si bien en América Latina, se produjo un masivo retorno de las democracias representativas, lo que supuso el restablecimiento renovado del constitucionalismo latinoamericano. Este proceso se llevó a cabo mediante reformas totales o parciales de las constituciones que caracterizaron básicamente por la incorporación de la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia por desarrollar los derechos fundamentales son muy frágiles aún en América Latina. Esto se explica en la medida que la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales se vuelve nula sin un Estado de Derecho que les otorgue un significado constitutivo en la totalidad del sistema constitucional. A ello ha contribuido el fuerte caudillismo presidencial, las obsecuentes mayorías parlamentarias, el militarismo y los medios de comunicación, además de la extrema riqueza y pobreza, en tanto constituyen serios límites al desarrollo democrático del Estado constitucional.

A ello podemos mencionar como ejemplo, antiguamente aquellas normas que permitían la esclavitud y la discriminación racial, y ahora aquellas normas propias de un estado de derecho que prohíben la tortura y tutelan el derecho a la vida, aunque no se ve muchas veces reflejados en sus sentencias.

De esta manera cabe agregar a lo expuesto que los derechos fundamentales de las personas no bastan solo con el hecho de estar catalogados legalmente, sino que también deben ser aceptados y confirmados tanto por la cultura jurídica y política de un país. Dicho en otras palabras, si bien es cierto, la tutela de estos derechos es especialmente regulada por la Constitución Política de un Estado; esto no acaba ahí, ya que la idea de tutela se debe representar y construir al interior de la sociedad para que se pueda hablar de una adecuada regulación y garantía de los derechos fundamentales.

1.7.2.3.La Dignidad del Ser Humano

La dignidad humana esta:

Según Maihofer (2008) en un Estado de derecho, la Dignidad Humana es el criterio para que los individuos puedan exigir del Estado ciertas prestaciones positivas, en algunos casos la atención en salud, la vivienda digna, el mínimo vital, y otros derechos que materializan las condiciones mínimas de existencia de las personas.

Por ejemplo, en la conocida sentencia T-406/92 la Corte emite una serie de órdenes positivas sustentadas en el principio de dignidad humana, allí protege entre otros derechos, la salud y salubridad públicas, manifestando que, en un Estado social de derecho, basado en la dignidad de los individuos, la vida en condiciones dignas necesita de elementos prestacionales que la potencien.

Rojas (2011) señala que en el plano jurídico-político la idea de un Estado al servicio de los individuos es la premisa para justificar que la Dignidad Humana se erige en postulado básico del modelo político. Por ello toda norma jurídica tendría como fundamento la dignidad humana y los derechos fundamentales de los ciudadanos. Especialmente las normas que, por su carácter intrínsecamente violento, como las penales, son susceptibles de vulnerar derechos que el Estado se ha comprometido respetar.

De acuerdo con Sotomayor (2008) si un Estado legitima su existencia por respetar y proteger la dignidad humana de los individuos, ello implica que está obligado tanto a

prestaciones de hacer (por ejemplo, garantizar condiciones materiales para que las personas puedan gozar de sus derechos plenamente), como de no hacer (bien sea como prohibiciones expresas, o tácitas).

Las obligaciones del Estado derivadas del principio de dignidad humana consisten en abstenerse de realizar acciones como infligir tortura, desterrar, imponer penas o medidas de seguridad imprescriptibles, ejecutar pena de muerte, imponer prisión por deudas, o establecer tratos crueles, inhumanos y degradantes a todo ser humano, ya que su deber es proteger y garantizar su vida dentro de la sociedad donde nos desarrollamos.

Según Ferrajoli (1995) la dignidad humana se deriva también la proscripción de que el individuo sea utilizado como instrumento para prevenir a la sociedad sobre la comisión de delitos, a través de sanciones ejemplares. Por ello el principio de culpabilidad hace parte de la dignidad humana, junto al de antijuridicidad material, pues sólo serán punibles las lesiones a bienes jurídicos protegidos.

Zagrebelsky (2007) nos indica que la Dignidad Humana como principio del derecho penal implica límites para el derecho procesal penal y la ejecución de las penas. Se ha dicho que el principio de humanidad en el proceso penal implica respetar (i) La intangibilidad de la herencia e intimidad genética; (ii) El reconocimiento de su autonomía ética; (iii) La necesidad de unas condiciones materiales mínimas de existencia, y; (iv) La preservación de la indemnidad física de los procesados. Esto es, respecto a las pruebas que impliquen afectación a derechos como la intimidad genética, debe realizarse un especial control de legalidad y necesidad de las mismas, pues además de ese derecho vulneran la dignidad de los procesados.

1.7.2.4. La Dignidad Como Eje de los Derechos Fundamentales

Primeramente, cabe precisar una breve definición acerca de la dignidad, de tal modo que según, Williams (2007) esta se concibe la excelencia u honorabilidad de un individuo que merece respeto o estima. Asimismo, la dignidad es aquel valor inalterable que posee todo ser humano por el solo hecho de contar con capacidad para razonar y decidir, sin importar su condición o puesto que desempeñe".

De esta manera el autor Español García (2010) reconoce que la dignidad humana es inherente a todas las personas y por eso mismo constituye la base principal de los derechos fundamentales, y de esta manera se ha desarrollado la dignidad como el valor básico que

fundamenta la construcción de los derechos de la persona como sujeto libre y partícipe de una sociedad, razón por la cual se le ha integrado al ordenamiento jurídico nacional de los Estados, predominantemente en el marco de un reconocimiento general como principio fundamental, es decir, en las normas de naturaleza constitucional.

Bajo ese sentido el autor nacional Landa señala que la dignidad no sólo debe ser comprendida como un valor y principio constitucional, sino también como la base en que se sustentan y nacen los derechos fundamentales. De ahí la razón de que sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, como también de fuente principal de los derechos fundamentales de las personas. La dignidad de la persona humana no sólo se proyecta defensiva o negativamente frente a las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo del hombre.

A su vez Hauriou (1965) también señala que la dignidad está fuertemente vinculada a los derechos fundamentales, razón por la cual es fin y límite de estos. De igual manera porque comparte con ellos su doble carácter como derechos de la persona y como un orden institucional, de modo que "los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos.

Del mismo modo según Alegre (1996) la dignidad humana opera como un derecho individual pero además también como un derecho objetivo que sirve de límite a los derechos fundamentales; lo que se entiende como el deber general de respetar los derechos propios y de terceros.

Y finalmente hay que añadir que la dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que compone los cimientos bases de todo el ordenamiento constitucional y es fuente de todos los derechos fundamentales, irradiando todo el sistema jurídico el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma. (Nogueira).

1.7.2.5. El Derecho a la Libertad Como Derecho Fundamental

El derecho a la libertad personal corresponde a un derecho fundamental reconocido constitucionalmente por los Estados, constituye en toda sociedad democrática, una regla general de derecho y no una excepción o limitación de las conductas del Estado, de tal forma que cada individuo puede elegir libremente entre las distintas opciones vitales que la sociedad ofrece según su criterio, ideales, sexo, edad y conveniencia (Mar Dotú).

Así pues, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Libertad es la capacidad de hacer y no hacer todo lo que legalmente se permite. Dicho en otros términos la libertad representa el derecho que toda persona tiene a organizar, en conformidad con la ley, su vida individual y social de acuerdo con su propio criterio y opción.

En tal sentido dentro de los autores nacionales Huerta (2009) nos comenta que la libertad personal o como él la refiere la libertad física, se entiende de la siguiente manera:

La libertad física es un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución Política de 1993 y también por los tratados sobre derechos humanos. Se trata pues, de un derecho especialmente importante, ya que, por lo general, las medidas orientadas a garantizar el orden público conciernen a normas que limitan su ejercicio, situación que se pone de manifiesto de modo particular en coyunturas de alta inseguridad ciudadana. Dichas restricciones comúnmente son contempladas en el desarrollo de las investigaciones de un determinado delito y en los procesos penales, lo que implica la necesidad de que los operadores jurídicos realicen una debida interpretación y en consecuencia apliquen de forma adecuada el marco normativo vigente que se encarga de regular los supuestos que afectan la libertad física de una persona.

Cabe señalar según Pérez (2007) que el derecho a la libertad personal o individual es un derecho fundamental, inherente e inseparable a toda persona humana, asimismo forma parte esencial de su dignidad y garantiza su desarrollo integral. Sirviendo a su vez como presupuesto principal para el pleno goce y ejercicio de los demás derechos.

Por último, el mismo autor agrega que la protección de este derecho representa la evolución y humanización de la ciencia jurídica, porque a través de ella se consagra que el ser humano es fin y no una herramienta del Estado, se reconoce también su calidad de sujeto de derecho y se dignifica y enaltece su vida y rol en la sociedad; pero lo más resaltante en esta parte es que se limita el poder del Estado y se previene el ejercicio de acciones arbitrarias por parte de las autoridades públicas.

1.7.2.6. El Bien Jurídico

El bien jurídico es aquel bien que el derecho escuda o salvaguarda, con el único fin de evitar que una sanción por una conducta inadecuada pueda lesionar el bien, sin que su norma jurídica no sobrepase ni ponga en peligro el bien jurídico. Sin la presencia de esa norma, que tiene que estar vigente y ser eficaz, el bien pierde su carácter jurídico.

Kierszenbaum (2007) sostenía que el bien jurídico es el concepto más difícil de definir en el ámbito de la ciencia penal. Podría decirse que la doctrina ha esbozado tantas definiciones como autores han tratado el tema. Por nuestra parte, creemos siguiendo en gran parte a Von Liszt, que el "bien jurídico" puede ser definido como un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico.

1.7.2.7. El Bien Jurídico en el Derecho Penal

Beccaria (2005) nos indica que el bien jurídico puede ser conceptualizado como un interés primordial para el progreso de las personas de una sociedad definida, que alcanza reconocimiento legal. El bien jurídico establece parámetros para la política-criminal, es decir, limita la acción del legislador cuando define conductas como delitos, materializándose de esta forma, un Derecho Penal garantista que ofrece barreras al uso desmedido del ius puniendi, en cuanto no sometido al ius poenale, limite que no posibilita la creación legislativa de delitos carentes de bien jurídico, en cuanto no pueden elevarse a la categoría de delito conductas que solamente atenten contra intereses políticos o ideológicos

Ferrajoli (1995) señala que en un sinnúmero de circunstancias se utiliza el término bien jurídico de forma indiscriminada y tal vez inapropiada, se usa bien como el objeto de protección del Derecho Penal, como una barrera o como limitante al ejercicio del poder en todas sus acepciones, incluso se sostiene que éste proviene de las entrañas mismas del contrato social como un Derecho a ser respetado y un Deber de respetarlo, pero al entrar a definir lo que es un bien jurídico y en concreto bien jurídico merecedor de la tutela penal, no son muchas las referencias.

Ferri (1933) nos dice que, en el bien jurídico como objeto de protección, se han observado dos tendencias de talante normativista. La primera, le otorga contenido al bien jurídico desde un momento previo al derecho penal, plasmando elementos políticos, sociológicos o filosóficos y que el legislador transmite a la norma penal, elevando tales intereses, valores y/o principios a nivel de norma jurídica merecedora de tutela jurídico-penal; mientras que la segunda tendencia, sitúa el objeto de protección en un momento posterior a la expedición de la norma, partiendo de los postulados que la misma norma establece sin confrontarlos con elemento extra-normativo alguno.

Zaffaroni (2005) menciona que el bien jurídico no puede ser entendido como un simple ideal vacío de contenido, donde el potencial de ser realidad se restrinja a la mera comunicación del mensaje de validez de la norma; por el contrario, este debe ser el depósito de las necesidades del sujeto pasivo de la conducta punible, y es en torno a estas necesidades vulneradas que el Derecho Penal debe desplegar aquel objeto de protección, ya sea tutelando los derechos de las víctimas desde la implementación de bienes jurídicos en el ordenamiento penal o de los victimarios desde la correcta aplicación del ius punendi.

Velásquez (2010) da a entender que el concepto de bien jurídico es también un instrumento que orienta de un modo racional y previsible, la interpretación de los tipos penales. Sólo cabe afirmar el juicio de tipicidad de un comportamiento, cuando a éste le es objetivamente imputable el menoscabo del bien jurídico-penal. El concepto de bien jurídico tendría una función interpretativa o dogmática, pues, al interpretar los elementos del tipo penal, debería servir para descubrir los alcances de una determinada prohibición, determinar luego si existiría una permisibilidad extraordinaria de la afección al bien jurídico ante la preeminencia de otros intereses sociales (causal de justificación) y la punibilidad de la conducta, así como la magnitud de la pena.

1.7.2.8. El tipo penal y el bien jurídico

Según Rusconi, indica que el bien jurídico se diferencia del objeto de acción, porque tal como lo especifica la doctrina, una diferencia entre la palabra objeto jurídico de la falta, siendo la última mención el bien jurídico, debido a que el objeto material o llamado también de acción es una unidad física debido a que es en esta la cual cae toda acción que realice la persona, es decir cuando se da un caso de robo se le llama objeto material de la falta la cosa mueble que fue quitada por lo que se considera bien jurídico la propiedad.

Asimismo como lo indica también la teoría sobre el bien jurídico, de que esta no intenta establecer argumentaciones explicables empíricamente la legalidad del método de inspección penal, más bien todo contrario, ya que esta lo que investiga es constituir como condición de ilegalidad una carencia material de la ocupación constitucional, ya que en el derecho penal sería ilegal si las leyes no sean capaces de cambiar el sentido de su dirección por el de la seguridad de bienes, por lo que si no puede obtener ello según lo manda el alegato reglamentario esto sería ineficaz.

Por otro lado, el bien jurídico desde el punto de gobierno social como democrático de derecho la cual refieren que es el interés individual o colectivo, de ley social, protegido en el derecho penal, ya que establece un semblante fundamental de la unión de política penal y estado democrático, ya que el gobierno está forzado a impedir solo comportamientos, que al perjudicar el beneficio de las personas, motivara a la obligación de protegerlos porque la petición colectiva lo reclama, ya que la petición de la comunidad con respecto a la seguridad de bienes jurídicos la cual está en basada a las definiciones de acontecimientos antisociales.

También se dice que bajo lo dicho anteriormente se constituye que solo en el gobierno democrático se podrían generar bienes jurídicos, ya que este solo este es quien brinda limitaciones estructurales requeridas, ya que aquí los tipos penales son socialmente importantes porque son los productos sociales, mas no beneficios dirigidos a ocultar un lus puniendi no democrático, pues como se sabe el bien jurídico realiza funciones de fundamento y de aval, posteriormente a ello no pueden realizarse leyes las cuales no tengan el soporte y mucho menos la existencia un bien jurídico asegurado, ni puede haber infracción que no vayan a estar construida sobre el bien jurídico, ya que es este quien impone la necesidad de seguridad, justifica la existencia de la ley penal y es esta que nace de la misma necesidad social que confiere legalización a la actividad legislativa para desarrollar el ejercicio del lus puniendi y el provecho de la sociedad como también en las leyes penales respectivas, con lo dicho anteriormente pues se sabe que el derecho penal cuida los cargos , las cuales no significan los mismo que abstractas necesidades, ayudara a romper todo carácter único a la organización o configuración del tipo penal (Ramírez, 1983)

De manera abstracta, Mariscal (1999) refiere en que si se pudiera dar un caso de infracción tributaria, tendría que ser imprescindible rehusarse al mal camino que trata de una imagen patrimonial en donde la firmeza del tipo penal está en la conducta ilegal, como en las fraudes, además que según la ley indica que toda persona que actué en beneficio de el mismo o de terceros valiendo de cualquier manera, astucia o cosa ilegal; deja de pagar en todo o en parte los tributos que establezcan las leyes es decir que con la precisión de la naturaleza del bien jurídico se podrá obviar confusiones y una mayor efectividad de la ley.

1.7.2.9. El bien jurídico protegido en los delitos de violencia y resistencia a la autoridad

En criterio de Abanto (2003) el bien jurídico protegido respecto al mencionado delito se compone por el correcto funcionamiento de la Administración pública. Puesto que para que la Administración pública funcione adecuadamente, el funcionario tiene que decidir de manera libre. Así, entonces, queda comprendido que el bien jurídico protegido en este caso es la "libertad de determinación del funcionario público en el ejercicio de sus funciones; el sujeto activo quiere imponer su voluntad a la voluntad del funcionario

Wolters Kluwer primeramente puntualiza que el delito de resistencia significa oponer fuerza, bien sea activa o pasiva, a la acción de la autoridad o sus agentes con la única finalidad de impedir o paralizar la efectividad de sus determinaciones.

Así mismo, agrega que con la regulación jurídica de estos delitos se intenta proteger el principio de autoridad, entendida la autoridad como aquella que la ciudadanía encarga en diversas instituciones para el debido ejercicio de las funciones que desempeñan al servicio público de una sociedad democrática. De manera tal que dichas funciones se verían perjudicadas si las órdenes y determinaciones legítimas de las autoridades, no fueran cumplidas o contra ellas se utilizase fuerza por los particulares que hicieran imposible su desempeño. En definitiva, se concluye que no se protege a la autoridad o sus agentes en sí, sino a la dignidad de la función pública.

El bien jurídico protegido en este tipo de delitos para, Milla (2012) corresponde al "libre ejercicio de la función pública" sin el cual no sería factible el desarrollo del normal desenvolvimiento de la administración. En tanto que cuando el agente impide, constriñe o entorpece el ejercicio de las funciones públicas, valiéndose de medios violentos: físicos o psíquicos, no está haciendo más que atacar la libertad que requiere la prestación de la administración pública.

Así también el autor refiere que el bien jurídico tutelado "libertad en el ejercicio de la función pública" resulta legalmente protegido siempre y cuando el ejercicio de dicha función se efectúe en el cauce de la ley. Es decir, el derecho penal no ampara los actos arbitrarios y tampoco castiga la legítima reacción de los ciudadanos frente a hechos de tal índole. De tal manera que si la autoridad, el funcionario o servidor público actúan coaccionados en el

ejercicio de su función, los actos que estos realicen carecerán de efectos legales y, principalmente, no pueden considerarse como actos funcionales

Finalmente, Manzini considera, también, que el atentado contra la autoridad vulnera la preeminencia de la administración pública; el prestigio que es fundamental preservar para que aquella pueda ordenar y pretender ser debidamente obedecida.

1.7.2.10. El principio de lesividad en el derecho penal

El principio de lesividad se dice que es del tipo penal ya que este ve el daño que se ocasiona a terceras personas es decir ven las razones, criterios así como también la medida de las prohibiciones y de las falta, ya que solo de esa forma las prohibiciones como las infracciones pueden ser configuradas como herramientas de minimización de la violencia y tutela de los más frágiles contra ataques arbitrarios de los más enérgicos en el marco de una concepción más general del derecho penal como herramienta de seguridad de los derechos fundamentales de las personas.

Este principio también se entiende como cualquier impedimento de cuál sea el derecho de legitimar una participación punitiva, cuando a lo sumo no media un conflicto jurídico, lo que se entiende de lo mencionado último es que es la simulación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, por lo demás a los efectos de un adecuado comentario del tema que parta de la base de un derecho penal entendido como un procedimiento destinado a comprender y minorar el poder punitivo, pero no debe pasarse por alto la definición limitada de bien jurídico perjudicado como expresión dogmática sobre el principio de lesividad que viene a solicitar también una unidad mínima de simulación , ya sea por lesión o peligro a excepción de las bagatelas o afectaciones pequeñas (Hernán, 2015).

El principio de lesividad o también en algunas ocasiones llamada de protección exclusiva de bienes debido a que está vinculado con la moral; pues se sabe que el derecho como la moral son ordenamientos normativos aunque cada uno diferente por su ámbito que desempeñan, asimismo según la filosofía del derecho expresa que existe dos tipos de relación de ambos, el primero contingente es decir que no siempre están relacionados y solo son coincidencias casuales; y por otro lado la necesaria porque siempre una tendrá que depender de la otra, pero basándonos en el principio de lesividad solo exige al derecho penal que solo pueda regular comportamientos humanos que sean socialmente notables, por lo que han de ser las acciones que tengan un impacto en la sociedad que no se circunscriban únicamente a

la esfera particular es decir que tiene que ver una tercera persona afectado por el comportamiento , y otra personas independiente del mencionado que sufra efectos lesivos o peligrosos del acto, esto no debe dar a entender que la persona pueda ser conocida, por el contrario este tercero puede ser colectividad, como en el suceso de delitos de amenaza.

También se señala que los tipos penales muchas veces no necesitan la lesión de un bien jurídico, por el contrario basta que con el comportamiento sea ponerlo en peligro, ya que como se mencionó quedan fuera aquellos comportamientos que se encuentran incluidos en la esfera individual, pero por ámbito privado no tendría que deducirse que la falta sea cometido en la intimidad de la vivienda del autor y que es por ello que no tendría que regularse por el derecho penal, además si esto se basa en la moral se podría decir que el derecho penal no debería regular aquel comportamiento que la moral positiva estima reprochables debido a que si pasa lo contrario tener una moral incorrecta hará que no se pueda ser objeto de regulación por parte del derecho penal debido a que no existirá lesión alguna de intereses ajenos (Ebareza, 2011).

Por otro lado Vega, menciona que la consecuencia que se da por el principio de lesividad así como a idea de la afectación a los derechos de las terceras personas, nace en lo que se establece en la naturaleza del derecho penal, es decir la violación a un bien jurídico; pues como ya se sabe el bien jurídico son las garantías, derechos y beneficios que se encuentran seguros a lo largo de la Carta Magna y entre otras normas las cuales tenemos el derecho de disponer como ser humano, pues con los bienes jurídicos es casi similar la situación sino que esta se hallan muchos titulares.

Y cuando aquellos derechos son afectados o dañados por la mala acción de otra persona estamos entonces frente a un mal comportamiento que menoscaba un bien jurídico y pues que como consecuencia puede ser llamada como falta o delito si el legislador lo cree así además que ningún límite constitucional se lo dificulte.

1.7.3. Análisis de la Sentencia de Silvana Buscaglia Zapler

1.7.3.1. Aspectos recogidos de la sentencia S:N° 4134-2015 (Anexo N° 08)

En el caso de Silvana Buscaglia, es una persona que es condenada penalmente por el delito en contra de la Administración Pública con pena efectiva de privación a la libertad de seis años y cho meses, (forma agravada) por violencia contra un funcionario público a través del proceso inmediato acatando a la figura de flagrancia delictiva,

Esta sentencia deja a la luz las grandes deficiencias y la más notable la encontramos en nuestro código penal artículo 367 Formas Agravadas que señala:

En los casos de los artículos 365 y 366, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años cuando:

Inc. 3. El hecho se realiza en contra de un miembro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones.

Artículo que fue tomado en cuenta para dictar sentencia contra la señora Buscaglia, y según los agravantes en este caso no existió gravedad del bien lesionado, por lo tanto, no tuvo que haber ninguna pena de tal magnitud. En este caso no fue tomado en cuenta por nuestros legisladores y administradores de justicia el principio de proporcionalidad, este es un principio que funciona como guiador para tipificar las figuras penales y aplicarlas de acuerdo a un razonamiento lógico dentro de un Estado de derecho, es inaceptable que un bien jurídico como el correcto funcionamiento de la administración pública o el libre ejercicio de la administración pública llegue afectar un derecho fundamental como es el derecho a la libertad.

Un derecho que encuentra su fuente en la dignidad del ser humano, este reconocido como fin supremo de la sociedad y el Estado, un derecho que defendido y protegido desde la creación del Estado por considerarse el más preciado, un derecho que ha demostrado ser el más anhelado por cada persona en sus constantes luchas.

No puede pasar desapercibido que esta tipificación y sentencia dada a esta persona, no es más que resultado del sensacionalismo de los medios de comunicación trasladando a la sociedad la idea equivocada que las leyes penales y la privación de la libertad son los medios apropiados para persuadir que una persona no incurra a una conducta reprochable para la sociedad.

No puede ser posible que se lesione a un derecho fundamental para satisfacer al populismo, hasta cuando se tendrá leyes que ignoren la importancia de estos derechos para alcanzar el populismo político por el gobierno de turno.

1.7.3.2. Responsabilidad del administrador de justicia en materia penal

Cuando se habla tanto de la responsabilidad, libertad o de la autonomía personal se conjugan para ver en el hombre un sujeto que no puede invadir un derecho ajeno; para ello le arroja su misma sociedad política un axioma, una cláusula general de abstención, asimismo la Jurisdicción pública, el modelo de sujeción a la justicia establece primero su campo de actuación, donde la responsabilidad será ya por la omisión en el ejercicio de sus funciones, ya por su extralimitación en las mismas por lo que se tiene que los organismos de daño resarcible en derecho privado o del daño antijurídico en derecho público, para efectos indemnizatorios; y, como por contraste, falta y culpa administrativa como disciplinaria son designado como ilícitos sancionables.

La responsabilidad solo ha podido tener lugar cuando el dirigente actúa en su forma de tal, lo que quiere decir cuando este actúa como órgano social, pues la sociedad anónima adopta una estructura orgánica y no contractualista, debido a que la responsabilidad procedente de la infracción de las funciones esenciales a su obligación, quedan sujetas las personas físicas titulares de la condición de órgano y no tan solo en el momento que se realiza como simple socio o particular, lo que quiere decir es que la responsabilidad no solo se le será como administrador; es decir si pasara un caso de que se vendieran acciones y se esconde la realidad de algunas deudas tributarias de la sociedad; por lo que estaría claro que la responsabilidad seria única del encargado. Sin embargo, si se llegara actuar como un consejo, la responsabilidad esta vez sería tanto del Presidente y los Vocales; por lo que se refiere un Secretario del Consejo no hay duda de que estará también sujeto al régimen general de responsabilidad de los administradores siempre y cuando se sustente la condición (García, 2008).

Muchas veces ocurre que sin tener un cargo alguno específico personas controlan y gobiernan la sociedad, reemplazando a los administradores o en muchas veces ejerciendo sobre ellos una influencia decisiva, mientras que en otros casos son administradores que ocupan debidamente el cargo su nombramiento es imperfecto por incumplimiento de determinadas formalidades, y según **Saravia**, en estos últimos tiempos se ha venido escuchando comentar sobre una postura extensa la cual se acepta no solo la responsabilidad en campo penal ya sean por el dictado de fallo errados, por el contrario también las distintas ramas del derecho, ya que en algunas ocasiones por la falta de eficiencia en el funcionamiento de la administración de justicia durante un proceso antes que la sentencia,

pero además también se está aceptando la responsabilidad directa del estado por los daños causados por los empleados judiciales y en algunos casos por los llamados auxiliares de justicia.

Mientras que **Mora** (2006) afirma que se están utilizando criterios por la doctrina para que se pueda definir la indemnización por la oportunidad perdida el del llamado juicio dentro del juicio como procedimiento incierto la cual mediante un juez que inspeccione la responsabilidad del letrado establece hipotéticamente como se hubiera suscitado si el desenlace del tema, en caso de que la demanda o recurso se hubiere interpuesto a tiempo.

1.7.3.3. El administrador de justicia frente al principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena

Cuando se encuentra en un juicio el lugar de proyección del principio de proporcionalidad se muestra visiblemente tanto en la fase judicial de concreción de una pena legalmente prevista, si se elige, de determinación judicial de la pena, como en la individualización en sentido específico, pues se dice incluso que la designada aritmética penal que no es sino la completa técnica que tiene que llevar a cabo el Tribunal para la determinación de la pena que le correspondería al autor y que a su vez esta se es dada por la proporcionalidad.

Por lo que en la fase de determinación el marco punitivo aplicable a un delito ya concreto ha de especificarse, cuál sería el marco en que puede moverse el Tribunal, que no queda definido en el momento previo de determinación legal de la pena aunque la norma si constituye las normas para ese acopio, debido a que muchas veces antes de estar en la fase de individualización judicial, pues en esta el principio expande todos sus efectos, ya que cuanto la necesidad de distinción de supuestos en función de las situaciones que se implantan legítimamente y condicionan la actuación judicial, y luego en cuanto al ejército del margen de discrecionalidad que normativamente se confiere al Magistrado para la determinación puntual del marco aplicable.

Se habla también de la función judicial, aunque próxima a esta de individualización judicial propiamente dicha, se entiende conceptualmente en separable de la verdadera función autónoma individualizadora del Juez, que no procede de una delegación del legislador, se dice, sino que se presenta con competencia exclusiva de la jurisdicción en cuanto se trata de determinar una pena en función de las peculiaridades de cada caso y de

cada autor, bien es cierto que condicionada también normativamente cuando se fijen determinados criterios orientativos de actuación como hace nuestro propio Código por ello precisamente se califica este acto de individualización judicial como discrecionalidad jurídicamente vinculada, pues el Juez puede moverse libremente en principio dentro del marco legal, previamente determinado por el legislador para un determinado delito que aquel concreta- pero orientado por principios que habrán de extraerse bien de las declaraciones expresas de la ley, cuando existan bien de los fines del derecho penal en su conjunto, bien de los fines de la pena partiendo de la función de límites del Derecho Penal (Vidal, 2005).

El principio de proporcionalidad en el ejercicio de la actividad judicial con independencia puede también llegar a producir una infracción del principio de legalidad cuando no se respeten los marcos, los criterios que condicionaría dicha imposición. Interesa destacar la vinculación del principio de proporcionalidad en los Tribunales también ya en el primer momento de lo que son las fases de determinación de la pena en el que se ha de seleccionar la norma a aplicar, norma que conlleva un abstracto, pero definido marco de pena y que, por tanto, ya permite un primer análisis judicial de proporcionalidad de dicha pena en relación con el supuesto concreto al que va a aplicarse (Alegría & Conco & Cordova & Herrera, 2011).

1.7.3.4. La Inaplicación del Principio de Proporcionalidad en el Caso de Silvana Buscaglia

Ya se demostró en líneas anteriores que el principio de proporcionalidad debe tenerse en cuenta al momento de establecer el tipo penal y la sanción para este por el legislador, pero es concebible que para establecer el delito penal de violencia y resistencia a la autoridad no se tuvo en cuenta este principio, demostrando la inaplicación de un principio importante cuando se intenta limitar el ejercicio de un derecho fundamental.

Así mismo se concibe la inaplicación del principio de proporcionalidad para este caso por parte de los administradores de justicia, toda vez que este principio con raíces Constitucionales alcanza a toda norma legal que sujeta a ella, exigiendo razonabilidad, idoneidad y necesidad para una correcta aplicación de la norma, y con mayor importancia en el derecho penal cuando busca afectar un derecho fundamental como en estos casos que se viene investigando.

A tal efecto es preciso señalar que hay una necesidad de analizar este tipo penal y la sanción que describe para este delito, dada las circunstancias se pueda reconocer a este mando legal como transgresora de la Constitución, norma que recoge los derechos fundamentales por su importancia para el ser humano y su dignidad, hoy en día nos estamos caracterizando como un país transgresor al derecho a la libertad.

Análisis de la Sentencia en relación con los subprincipios de proporcionalidad

Análisis del subprincipio en base a la sentencia de Buscaglia Zapler:

Analizando el subprincipio de idoneidad. -En este caso no se tomó en cuenta la relación medio (ósea el grado de agresión verbal y física de la agresora)-fin (conseguir una pena acorde con el delito) ya que consiste, en la relación de causalidad, entre el medio adoptado y el fin propuesto. Es decir, se trata del análisis de una relación medio-fin, en ese sentido en el caso de Buscaglia dicho fin fue desproporcional.

Con respecto al principio de necesidad, este subprincipio trata de determinar cuál es la menor pena que se ha de tomar en cuenta .si bien es cierto que la señora Buscaglia atento verbalmente y físicamente contra la autoridad policial, estos actos ilícitos cometidos no fueron desproporcionados a tal punto que atentara contra la salud y la integridad física del policía, en tal sentido no hubo necesidad de aplicar una pena desproporcionada de varios años (6) de pena privativa de la libertad.

Con respecto al subprincipio proporcionalidad en sentido estricto, las acciones realizadas por la señora Buscaglia contra la autoridad policial tiene una intensidad de nivel bajo, puesto que no se vio agresiones físicas severas que dañen o compliquen la salud y la integridad física del policía, sin embargo, entre la intensidad del ilícito cometido y la penalidad impuesta, hay vulneración de principios como el de libertad, lesividad, y de proporcionalidad. Principios que no fueron tomados para efectuar un correcto test de ponderación, ni la debida proporcionalidad de la pena.

1.7.4.2. Jurisprudencia Vinculante

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia Peruana en un pronunciamiento reciente: Casación N° 335-2015 del Santa, del 01 de junio de 2016 ha mencionado gran acierto ha expuesto que: “El principio de proporcionalidad de la pena exige a los poderes públicos (Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo) como mandato

obligatorio, que haya una relación entre el hecho ilícito y las consecuencias jurídicas que se imponen y que en el campo penal proclama que toda pena criminal, sea pena privativa de libertad o no, guarde relación con la gravedad del delito. El respecto al principio de proporcionalidad no solo está confiado al legislador democrático, por imperio del principio de legalidad, sino también a los jueces de la Republica que, por expreso mandato constitucional, solo están sometidos a la Constitución y la ley" (art. 146.1 de la Constitución Política del Estado) (Tribunal Constitucional: Casación, N° 335, 2015).

En efecto, el conocimiento, interpretación y aplicación del principio de proporcionalidad no solo es obligación del legislador al momento de la promulgación de las leyes, sino en general de todo funcionario público de que de alguna manera se encuentra vinculado a la administración de justicia, ello es así en tanto y en cuanto la correcta aplicación de este importante principio permita dotar de un criterio de racionalidad y logicidad a cualquier decisión que pueda emitir el operador jurídico.

En el ámbito penal, creemos que el asunto se torna aún más expectante, en la medida que, dada la peculiaridad misma del proceso penal, una decisión que no está sustentada debidamente en un criterio de proporcionalidad probablemente está vinculada a un acto de arbitrariedad e injusticia. El juez Penal o en su caso el fiscal deben ser hombres sumamente racionales y ello se demostrará en la medida en que fundamente debidamente sus sentencias o en su caso sus requerimientos, "recuérdese que de la decisión de estos penden derechos de naturaleza constitucional por tanto de alto nivel de importancia para el ser humano (Lascurrain.2014).

En ese sentido, se considera que, si bien el análisis y aplicación a nivel abstracto del principio de proporcionalidad no resulta viable, o por no menos no a corto plazo, por las consideraciones antes expuestas, sin embargo, la aplicación del principio de proporcionalidad a nivel concreto si resulta más viable y realista que permite a la postre remediar los defectos en los que puede haber incurrido el legislador al momento de aplicar el principio de proporcionalidad.

Si bien el legislador al momento de fijar una pena para un delito busca brindarle una debida protección a un determinado bien jurídico; ese análisis de protección solo está referido a una generalidad de casos (nivel abstracto) (Díaz, 2009).

Más no está circunscrito al estudio de un caso en particular, cual es tarea del juez, el que tendrá que determinar si en el caso en concreto existe una pena draconiana ello a partir del análisis del grado de lesividad de la conducta y el nivel de afectación al bien jurídico, es decir, tendrá que aplicar el principio de proporcionalidad concreto, debiendo ser a nuestra consideración- un procedimiento de obligatorio cumplimiento por parte del operador jurídico, como lo es en la actualidad en los casos de requerimientos de medidas de coerción persona, como la de prisiones preventiva.

1.7.4.3. Análisis del derecho comparado

España

Para trasladarnos a la legislación comparada nos situaremos primeramente en el Código Penal Español, este por ser el primer referente de nuestra legislación y administradores de justicia. Esta norma lo recoge al delito bajo el tipo de resistencia y desobediencia a la autoridad, cuyo tipo penal describe a aquella persona que resiste o desobedece gravemente a la autoridad o a los agentes que se encuentren en el ejercicio de sus funciones, los que faltan respeto a la autoridad en el ejercicio de sus funciones, la sanción a este delito no supera los tres meses de multa (Código Penal Español, Art. 556).

Así mismo nos remitimos al Artículo 550 de la misma norma para recoger el otro delito que se relaciona con violencia contra la autoridad recogido en nuestra norma penal, en esta se denota del tipo penal que la persona que agrede, intimida gravemente, o ejerce violencia contra la autoridad e inclusive opone resistencia grave a la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos que se encuentren en el ejercicio de sus funciones, comete el delito de atentado contra los funcionarios cuyas penas de prisión es de uno a cuatro años y multa de tres a seis meses.

Esta norma distingue claramente a los funcionarios de la autoridad, en el inciso 3, nos presenta una relación de autoridades, imponiendo una pena de prisión hasta 6 años si se atentara contra estos, pero sin embargo en el artículo 551 aclara que se aplicara la pena máxima si el atentado fuera ejecutado con el uso de armas u otros objetos peligrosos, cuando como resultado de la violencia existiera lesiones graves o pusiera en grave peligro la salud o la vida.

Es evidente que deja muy claro el mandato legal sobre esta figura para que el aplicador no incurra a violar otros derechos cuando es innecesario como lo ocurrido en los casos que originaron nuestra investigación.

Costa Rica

Para efectos de esta investigación también recurriremos a la legislación de Costa Rica, donde su código penal presenta el delito de atentado en el Art. 304 donde reprime hasta tres años al que emplea intimidación o fuerza contra un funcionario público para imponerle la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones.

Así también el artículo 305 recoge al delito de resistencia a la autoridad donde se impondrá hasta tres años al que empleare intimidación o violencia contra un funcionario público con el propósito de impedir el ejercicio o la ejecución de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones. Se agravan las penas hasta un periodo máximo de cinco años cuando para la ejecución del delito se haya hecho uso de armas, exista participación de más de dos personas, si el autor es funcionario público.

Argentina

Argentina también presenta claridad en el tipo de penal del delito de violencia contra autoridad para no permitir penas desproporcionales que afecten derechos fundamentales cuando no es necesario, en efecto se demuestra que el Código penal Argentino en el Art. 237, reprime con prisión hasta de un año, al que intimidara o hiciera uso de fuerza contra un funcionario público para exigir la ejecución u omisión de un acto propio de sus funciones. Las formas agravadas se castigan con una prisión máxima de dos años en donde se toma como agravantes el uso de armas, concurrencia de más de tres personas, si el culpable fuere funcionario público, si el delincuente pusiere manos en la autoridad.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Elaborado: Ivonne Yenissey Rojas

Alemania	Austria	España	Colombia
a) El principio de proporcionalidad no se encuentra regulado de forma expresa en la Constitución, pero el Tribunal lo califica como máxima constitucional *b*) No existe unanimidad en la doctrina alemana sobre la denominación y el contenido de este principio. *c*) El Tribunal Constitucional considera que la principal función del principio de proporcionalidad en sentido amplio es la de límite a las injerencias de los derechos fundamentales. *d*) La jurisprudencia y gran parte de la doctrina alemana sostienen que el contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio se divide en tres subprincipios: de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.	*a*) El principio de proporcionalidad es considerado como un principio general del ordenamiento jurídico y domina la discusión moderna sobre las injerencias estatales en los derechos fundamentales, debido a su función de medida de ponderación entre los fines colectivos del Estado o de la sociedad, por una parte, y la garantía del contenido esencial de los derechos humanos, por otra. *b*) En consonancia con una parte importante de la doctrina, el Tribunal Constitucional austriaco, a diferencia de Alemania y España, deriva la necesidad de proporcionalidad del principio de igualdad. *c*) El principio de proporcionalidad es entendido por la doctrina en doble sentido. En sentido amplio, como un *supra* concepto de un examen que incluye a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto; pero otros autores quieren verlo en éste último sentido.	*a*) La mayoría de la doctrina penalista se muestra de acuerdo en reconocer rango constitucional al principio de proporcionalidad, pero no existe consenso acerca del precepto constitucional donde pueda considerarse consagrado. *b*) El principio de proporcionalidad es reconocido implícitamente en los artículos constitucionales 1.1 (justicia y libertad), 10.1 (dignidad de las personas y derechos inviolables) y 9.3 (arbitrariedad de los poderes públicos). *c*) La mayoría de la doctrina cuando analiza los limites al *ius puniendi* el principio de proporcionalidad, con independencia de su ubicación, sólo se refiere a este principio en sentido estricto, pero otro sector sigue la postura mayoritaria en Alemania.	*a*) En la jurisprudencia, éste principio ha estado vinculado con el principio de legalidad. *b*) El principio de proporcionalidad, en su variante de la interdicción del exceso (prohibición de medidas excesivas), es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa. *c*) El principio de proporcionalidad está conformado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cuyo cumplimiento controla la Corte Constitucional. *d*) Otra variante del principio de proporcionalidad es la prohibición de protección deficiente, que se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos.

II. MATERIAL Y MÉTODOS

2.1. Tipo y Diseño de investigación

2.1.1. Tipo de investigación

El tipo de investigación que se aplicó en la presente es cualitativo, por cuanto el fin de la investigación consistió en desarrollar una propuesta legislativa que contiene nuevos mecanismos jurídicos que garanticen el principio de proporcionalidad, corresponde este tipo de investigación por cuanto las variables no fueron manipuladas.

2.1.2 Diseño de Investigación

Se ha desarrollado un diseño transversal correlacional por cuanto se ha procedido a describir la relación existente entre ambas variables.

2.2. Métodos de investigación

Método de la investigación es propositiva

2.3. Población y Muestra

La población objetivo de la presente investigación estuvo conformada por Abogados y Fiscales.

Para fines de la presente, el tipo de muestra corresponde a un muestreo pirobalística ya que se ha seleccionado los sujetos al azar, cuyo tamaño se presenta de la siguiente manera:

La población de informantes para los cuestionarios serán Abogados y Fiscales, que se encuentran relacionados directa e indirectamente a temas de la tesis.

- Fiscales de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo
- Abogados especialistas: debido a la población profesional de abogados que son un total de 7771, de los cuales el 35% son especialistas de derecho de penal, siendo la cantidad de 2720.

Para demostrar que el principio de proporcionalidad no fue correctamente aplicado en el caso de la ciudadana Silvana Buscaglia Zapler acusada por la presunta

comisión del delito de Violencia y resistencia a la autoridad se realizó una encuesta la que nos arrojó resultados contundentes acerca de este caso.

Ahora bien, para delimitar nuestro número de encuestados se aplicó la siguiente formula:

FÓRMULA:

$$n = \frac{Z^2 (N)(p)(q)}{Z^2 (p)(q) + e^2 (N-1)}$$

El número total de abogados en colegio de abogados es de 7771, el 35% son abogados especialistas en Derecho Penal, es decir, existen 2720 abogados en la ciudad de Lambayeque.

Donde:

n = Muestra

(N) = 100 "Población total"

(p)(q) = 0.25 "Proporción máxima que puede afectar a la muestra"

Z = 1.96 "El 95% de confianza de nuestro estudio"

e = 0.095 "Margen de error"

$$\Rightarrow n = \frac{(1.96)^2 (7771)(0.25)}{(1.96)^2 (0.25) + (0.095)^2 (2720-1)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(3.8416)(7771)(0.25)}{(3.8416)(0.25) + (0.009025)(2719)} \Rightarrow n = \frac{7463}{(0.9604)+(24.94)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{7463.23}{93} \Rightarrow n = 80 \Rightarrow \boxed{n = 80}$$

2.4. VARIABLES

Operacionalización de las Variables

VARIABLES INDEPENDIENTE/ DEPENDIENTE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADORES	INSTRUMENTOS
Independiente: El principio de proporcionalidad	El principio de proporcionalidad se presenta como un control ante la intervención del poder del Estado, pues este principio funciona como una base al límite de los derechos fundamentales en razón a que estos no son absolutos (Fernández, 2010)	Afectado Gravemente No afectado gravemente Circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado	Los derechos fundamentales el bien jurídico protegido frente al derecho afectado	Fichaje técnico Instrumentos de recolección Encuesta
Dependiente: La sentencia de Silvana Buscaglia Zapler	Ramírez Gronda, considera que la sentencia es la Decisión judicial que en la instancia pone fin al pleito civil o causa criminal, resolviendo respectivamente los derechos de cada litigante y la condena o absolución del procesado.	Penalidad Reparación Civil	Vulneración de derechos Constitucionales	Fichaje y encuesta

2.5. Instrumentos, validación

Respecto a este apartado tenemos que para poder validar y que los datos sean confiables se desarrolló la investigación bajo principios o criterios éticos, como es la objetividad, la confiabilidad, la neutralidad e imparcialidad a fin de que los datos encontrados sean presentados sin cambiar su naturaleza.

III. RESULTADOS

3.1. Resultados

Tabla 1. ***El principio de proporcionalidad tiene rango constitucional debería cumplirse en todas las normas legales de nuestro sistema jurídico***

Premisas	Respuestas	Porcentaje
Si	66	83%
No	14	17%
Total	80	100%

Fuente: cuestionario aplicado por la investigadora

Figura 1. **El principio de proporcionalidad**

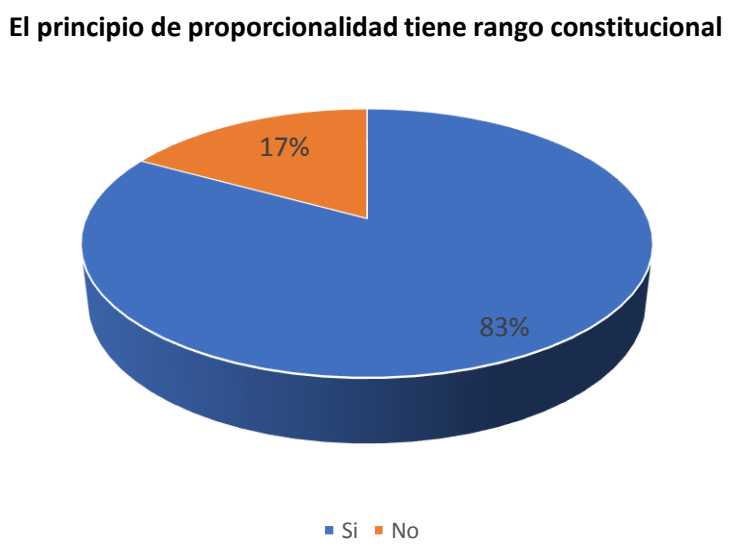

Figura 1. De los datos se muestran los siguientes resultados: El 83% de encuestados señalan que el principio de proporcionalidad si tiene rango Constitucional y por tanto se debería cumplir a cabalidad en todas las normas legales de nuestro sistema jurídico, por el contrario, el 17% considera que el principio de proporcionalidad no se debería cumplir en todas nuestras normas legales.

Tabla 2. ***Importancia del principio de proporcionalidad en la función del legislador al establecer un tipo penal que limite un derecho fundamental***

Premisas	Respuestas	Porcentaje
SI	54	67%
NO	26	33%
Total	80	100%

Fuente: cuestionario aplicado por la investigadora

Figura 2. ***Importancia del principio de proporcionalidad***

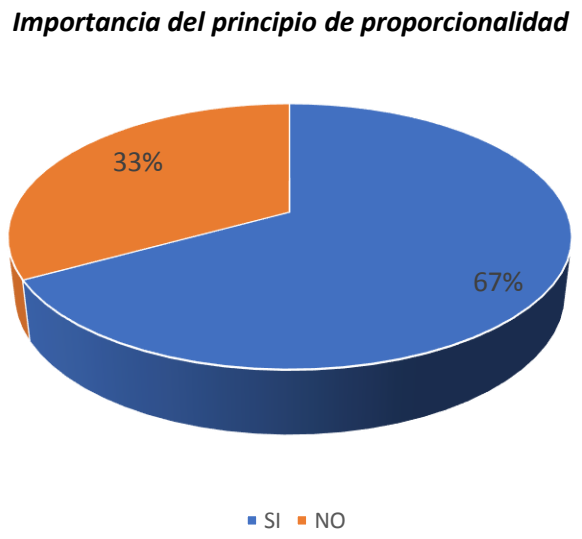

Figura 2. De los datos se muestran los siguientes resultados: El 67% de encuestados señalan que el principio de proporcionalidad si es importante para el desarrollo de la función del legislador al establecer un tipo penal que limite un derecho fundamental, por el contrario, el 33% considera que el principio de proporcionalidad no es importante en dicha función del legislador.

Tabla 3. ***Aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho penal para garantizar el ejercicio de derechos fundamentales***

Premisas	Respuestas	Porcentaje
SI	55	69%
NO	25	31%
Total	80	100%

Fuente: cuestionario aplicado por la investigadora

Figura 3. ***Aplicación del principio de proporcionalidad en el derecho penal para garantizar el ejercicio de derechos fundamentales***

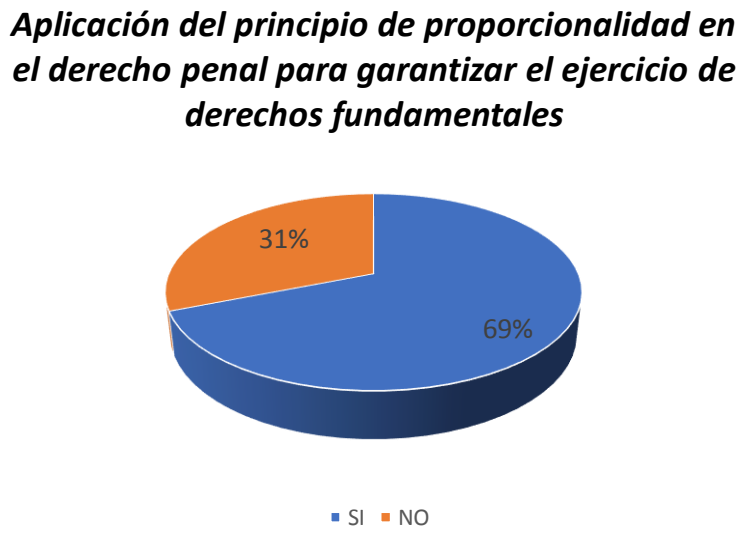

Figura 3. De los datos se muestran los siguientes resultados: El 69% de encuestados señalan que el principio de proporcionalidad, recogido en nuestra Constitución Política, si debería ser estrictamente aplicado en el derecho penal para garantizar el ejercicio de derechos fundamentales de las personas, por el contrario, el 31% considera que esta no sería la mejor opción.

Tabla 4. ***El normal funcionamiento de la administración pública es causa razonable para limitar un derecho fundamental como la libertad personal***

Premisas	Respuestas	Porcentaje
SI	24	30%
NO	56	70%
Total	80	100%

Fuente: cuestionario aplicado por la investigadora

Figura 4: ***El normal funcionamiento de la administración***

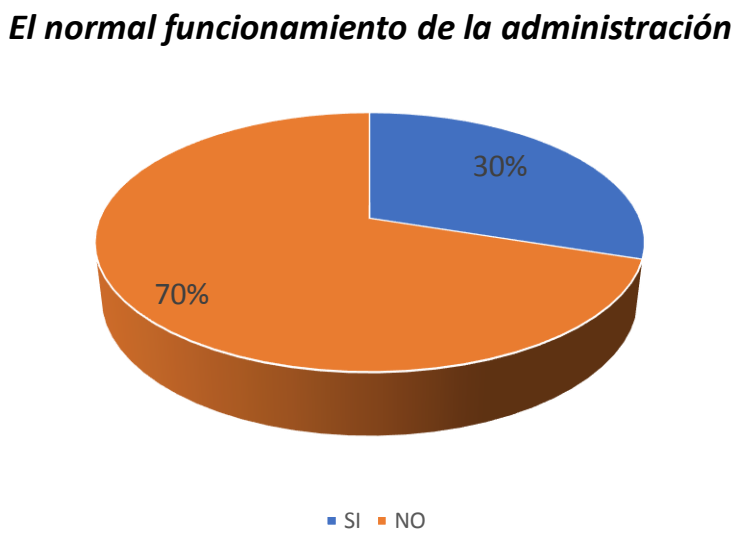

Figura 4. De los datos se muestran los siguientes resultados: El 70% de encuestados señalan que no es causa razonable limitar un derecho fundamental como el de la libertad personal, para procurar otro bien jurídico como el normal funcionamiento de la administración pública; por el contrario, el 30% considera que es aceptable limitar el derecho a la libertad personal si de mantener el normal funcionamiento de la administración pública se trata.

Tabla 5. ***Opinión de la sanción aplicada al delito de violencia a la autoridad***

Premisas	Respuestas	Porcentaje
Está bien formulado	31	39%
Necesita ser reformado	49	61%
Total	80	100%

Fuente: cuestionario aplicado por la investigadora

Figura 5: ***Opinión de la sanción aplicada al delito***

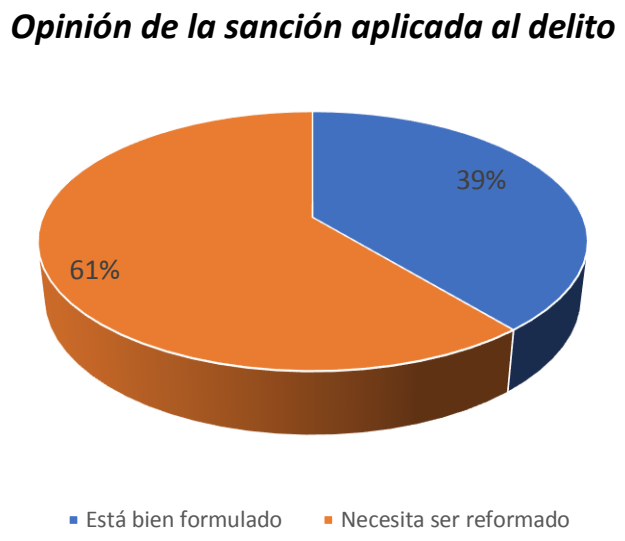

Figura 5. De los datos se muestran los siguientes resultados: El 61% de encuestados señalan que la sanción aplicada al delito de violencia a la autoridad necesita ser reformado; por el contrario, el 39% considera que la sanción para este delito estaría bien formulada.

Tabla 6. ***El delito a la violencia a la autoridad tiene como consecuencia sanciones arbitrarias***

Premisas	Respuestas	Porcentaje
SI	61	76%
NO	19	24%
Total	80	100%

Fuente: cuestionario aplicado por la investigadora

Figura 6: ***El delito a la violencia a la autoridad***

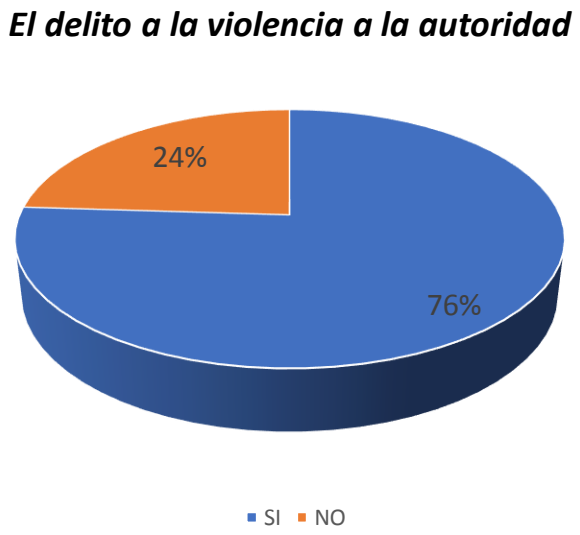

Figura 6. De los datos se muestran los siguientes resultados: El 76% de encuestados señalan que el delito a la violencia a la autoridad si tiene como consecuencia sanciones arbitrarias; y por el contrario el 24% considera que este delito no tiene como consecuencias sanciones arbitrarias.

Tabla 7.*: En la sentencia en el caso de Silvana Buscaglia se tomó en cuenta el principio de proporcionalidad*

Premisas	Respuestas	Porcentaje
SI	33	41%
NO	47	59%
Total	80	100%

Fuente: cuestionario aplicado por la investigadora

Figura 7: ***La sentencia en el caso de Silvana***

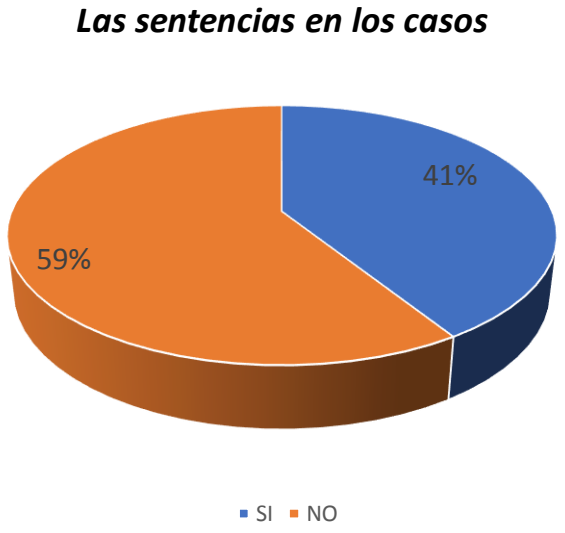

Figura 7. De los datos se muestran los siguientes resultados: El 59% de encuestados señalan que el principio de proporcionalidad no fue tomado en cuenta en la sentencia de Silvana Buscaglia; y por el contrario el 41% considera que dicho principio si fue tomado en cuanta en tales casos.

Tabla 8. ***La sanción aplicada en el caso de Silvana Buscaglia presenta indicios de violación de principios constitucionales***

Premisas	Respuestas	Porcentaje
SI	62	77%
NO	18	23%
Total	80	100%

Fuente: cuestionario aplicado por la investigadora

Figura 8: ***La sanción aplicada en el caso***

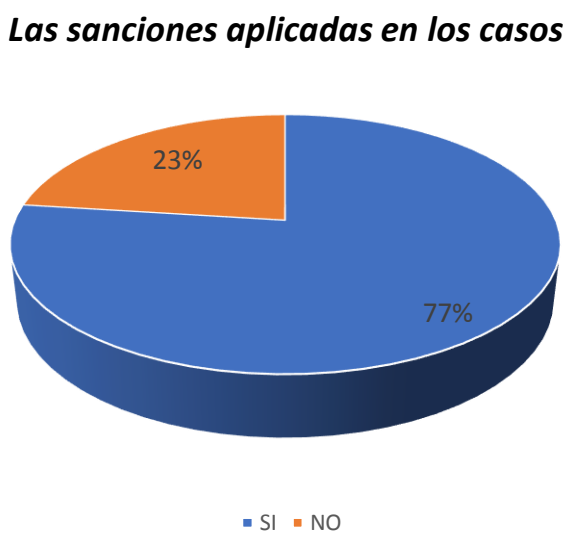

Figura 8. De los datos se muestran los siguientes resultados: El 77% de encuestados señalan que la sanción aplicada en el caso de Silvana Buscaglia si presentan indicios de inconstitucionalidad en el tipo penal del delito cometido; por el contrario, el 23% considera que no existen indicios de inconstitucionalidad para tal delito.

Tabla 9*: La sentencia mencionada desprotege a los ciudadanos contra abusos de autoridad*

Premisas	Respuestas	Porcentaje
SI	66	83%
NO	14	17%
Total	80	100%

Fuente: cuestionario aplicado por la investigadora

Figura 9: La sentencia mencionada

Figura 9. De los datos se muestran los siguientes resultados: El 83% de encuestados señalan que la sentencia del caso de Silvana Buscaglia sí desprotege a los ciudadanos contra abusos de autoridad; y por el contrario el 17% considera que la sentencia no afectaría en nada la protección de los ciudadanos contra abusos de la autoridad.

Tabla 10. ***El tipo penal del delito sancionado en dicha sentencia estaría cumpliendo su objetivo***

Premisas	Respuestas	Porcentaje
SI	36	45%
NO	44	55%
Total	80	100%

Fuente: cuestionario

Figura 10: El tipo penal del delito sancionado

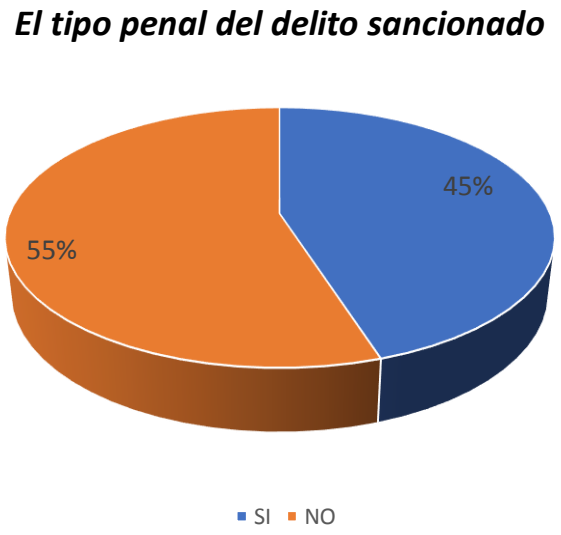

Figura 10. De los datos se muestran los siguientes resultados: El 55% de encuestados señalan el tipo penal del delito sancionado en la sentencia mencionada no estaría cumpliendo su objetivo y por el contrario el 45% considera que sí.

IV. DISCUSIÓN

4.1. Discusión

El 83% de encuestados señalan que el principio de proporcionalidad tiene rango Constitucional y por tanto se debería cumplir a cabalidad en todas las normas legales de nuestro sistema jurídico; El principio de proporcionalidad como institución de orden constitucional constituye pues esa herramienta que debe usar el operador jurídico para dotarle de racionalidad y humanidad a los Códigos Penales, sin embargo, el operador jurídico desconoce su real alcance e importancia so pretexto de que al ser una institución de orden constitucional debe ser materia de análisis de los constitucionalistas y no de los penalistas, lo cual evidentemente es herrado.

El 67% de encuestados señalan que el principio de proporcionalidad es importante para el desarrollo de la función del legislador al establecer un tipo penal que limite un derecho fundamental; Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional cuando señala que "el principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución.

El 69% de encuestados señalan que el principio de proporcionalidad, está recogido en nuestra Constitución Política, por lo tanto, debería ser estrictamente aplicado en el derecho penal para garantizar el ejercicio de derechos fundamentales de las personas; En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no (…) en 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". (EXP. N.º 0010–2000–AI/TC, 2003)

El 70% de encuestados señalan que no es causa razonable limitar un derecho fundamental como el de la libertad personal, para procurar otro bien jurídico como el normal funcionamiento de la administración pública; los derechos fundamentales de las personas no bastan solo con el hecho de estar catalogados legalmente, sino que también deben ser

aceptados y confirmados tanto por la cultura jurídica y política de un país. Dicho en otras palabras, si bien es cierto, la tutela de estos derechos es especialmente regulada por la Constitución Política de un Estado; esto no acaba ahí, ya que la idea de tutela se debe representar y construir al interior de la sociedad para que se pueda hablar de una adecuada regulación y garantía de los derechos fundamentales.

El 59% de encuestados señalan que el principio de proporcionalidad no fue tomado en cuenta en la sentencia de Silvana Buscaglia; el principio de proporcionalidad debe tenerse en cuenta al momento de establecer el tipo penal y la sanción para este por el legislador, pero es concebible que para establecer el delito penal de violencia y resistencia a la autoridad no se tuvo en cuenta este principio, demostrando la inaplicación de un principio importante cuando se intenta limitar el ejercicio de un derecho fundamental.

Así mismo se concibe la inaplicación del principio de proporcionalidad para este caso por parte de los administradores de justicia, toda vez que este principio con raíces Constitucionales alcanza a toda norma legal que sujeta a ella, exigiendo razonabilidad, idoneidad y necesidad para una correcta aplicación de la norma, y con mayor importancia en el derecho penal cuando busca afectar un derecho fundamental como en estos casos que se viene investigando.

5.2 Análisis de Sentencias

R.N.N.° 1843-2014 UCAYALI

Los hechos en esta sentencia datan de diciembre de 2012, donde Abner Cueva Showing, es acusado por la presunta violación de una menor de edad N.A.R.V.A. y condenado a cadena perpetua. El acusado interpone un recurso de nulidad contra la sentencia, aduciendo que él le introdujo el dedo de la mano y no el pene como manifestó la fiscalía y que hay una desproporción de la pena.

Al revisar su caso el Tribunal Supremo, expresa que se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad o de exceso es limitador del “ius puniendi” para evitar que las medidas punitivas impuestas sean un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva. Se debe tener en cuenta los criterios que establecen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal; siendo que en el primero, se prevén las carencias sociales que hubiera sufrido el agente, su cultura y sus costumbres, así como los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella depende, mientras que en

el segundo, se contempla los factores de medición o graduación de la pena, a los que se recurre ateniendo a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatoria de la responsabilidad.

Asimismo, la Casación 335-2015 Del Santa, sobre la inaplicación de la pena conminada en el tipo penal previsto en el artículo 173 inc 2 del C.P. vía control difuso de la ley es compatible con la Constitución, para ello debe de realizarse el test de proporcionalidad con sus tres sub principios. En caso de inaplicación de la pena conminada debe acudirse al artículo 29 del C.P. Para la individualización judicial de la pena a los autores o participes que al momento de los hechos contaban entre 18 y 21 años se tendrá en cuenta entre otros factores a) ausencia de violencia u amenaza contra el sujeto pasivo para el acceso carnal b) proximidad de la edad de la agraviada a los catorce años de edad c) afectación psicológica mínima al sujeto pasivo d) diferencia atarea entre la víctima y el sujeto activo del delito.

Tomando en cuenta estas consideraciones y aplicando el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios, el Tribunal Supremo analiza la sentencia y señala que si bien es cierto en algunos casos puede rebajarse la pena hasta límites inferiores al mínimo legal en aplicación del principio de proporcionalidad también es que para ello el delito debe estar sancionado con una pena draconiana o desproporcionada donde el legislador no respeto el principio de proporcionalidad abstracta. Donde la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, teniendo en cuenta estos elementos, así como la condición socioeconómico del acusado, una persona con escasos recursos económicos por lo cual se procedió a rebajar la pena de cadena perpetua a 17 años de pena privativa de la liberad.

Análisis Sentencia R.N.N. 1969-2016 LIMA NORTE

Este caso fue muy difundido, por el autor material del delito Rony Luis García Guzmán, recibió una pena privativa de la libertad de cuatro años, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años sobre lesiones graves por violencia familiar en contra de Lizeth Rosario Socla Guillén. Ante estos hechos el Fiscal Adjunto Superior y la parte civil, interpone recurso de nulidad contra la sentencia, ya que se cuestiona el quantum de la pena impuesta al procesado Rony Luis García Guzmán. Lo cuestionable es la imposición de pena por debajo del mínimo legal, tal como lo determino la Sala Penal Superior. Ante esto si bien el principio de proporcionalidad sirve para evitar las penas draconianas también es

invocado para regular las penas cuando estas están muy por debajo de lo que establece el código. Como se advirtió en este caso donde la pena tuvo que determinarse entre los cinco y diez años y los cuatro que le impusieron, a lo cual la Corte Suprema la reformo y le aumento a siete años de pena privativa de libertad cuyo computo regirá desde la fecha de su captura, la se dio y se encuentra recluido en el penal de Chincha, igualmente se reformo la reparación civil de veintiocho mil nuevos soles a cien mil nuevos soles.

Análisis S.T.C. N° 0045-2004-AI

La controversia de este es la igualdad de la Bonificación para los magistrados titulares que aspiren a cargo superior del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediatamente superior, así como aquéllos postulantes, que hayan cursado el programa de formación académica, tendrán una bonificación de hasta un 10% (diez por ciento) del total del puntaje obtenido".

Afirma que la disposición impugnada establece un trato diferenciado que se sustenta en lo establecido por el artículo 103º de la Constitución, conforme al cual, se puede expedir leyes especiales por la naturaleza de las cosas, mas no por la diferencia de las personas. Alega que el principio de igualdad de trato no prohíbe dispensar un tratamiento diverso a situaciones distintas, dado que la esencia de la igualdad no consiste en impedir diferenciaciones, sino evitar que éstas carezcan de "justificación objetivamente razonable y se respete una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida". La disposición impugnada realiza precisamente un trato diferenciado a favor de magistrados y personas que han cursado el programa de formación académica, el cual obedece a causas objetivas y razonables, y que, además, no infringe el principio de igualdad debido a que supera el test de razonabilidad:

> Proporcionalidad. El trato diferenciado será admisible si existe proporción entre las diferencias que se establecen y la finalidad perseguida. Esto es, que el tratamiento diferenciado no produzca otra desigualdad no querida. El propósito del trato diferenciado del legislador es que al Poder Judicial accedan profesionales verdaderamente competentes. La norma impugnada ya no se halla en vigencia. El artículo 1º de la disposición impugnada dejaba en suspenso por el plazo de tres años el requisito concerniente al Programa de Formación Académica para postular a la magistratura. Sin embargo, habiendo culminado tal periodo de suspensión el 31 de

mayo de 2004 y, por lo tanto, siendo nuevamente exigible tal requisito, pueden postular a la magistratura únicamente las personas que han aprobado dicho programa de formación. Debido a ello, la bonificación cuestionada ya no sería aplicable.

La proporcionalidad, por su parte, en este contexto, conjunto al principio de razonabilidad, como parámetro de los supuestos de discriminación, alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación "proporcional" entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso.

Este Tribunal Constitucional considera que el examen de si una ley contraviene, o no, el principio de igualdad debe ahora efectuarse en aplicación del principio de proporcionalidad. Como el Tribunal Constitucional alemán ha establecido, la eventual contravención del principio de igualdad a través de una ley implica un examen que "(...) de la simple prohibición de arbitrariedad alcanza hasta una estricta vinculación a la exigencia de proporcionalidad." En esta misma línea, pero decantándose hacia una aplicación del principio de proporcionalidad y, conforme ya se sostuvo en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 0048-2004-PI/TC (Fundamento N.º 65), este Colegiado considera que el principio que ha de emplearse para examinar si un tratamiento diferente establecido por una norma comporta un trato discriminatorio, es el principio de proporcionalidad. De esta forma, el principio de proporcionalidad que normalmente es empleado para examinar las intervenciones legislativas en los derechos constitucionales, ahora, es proyectado para examinar el supuesto concreto de una eventual contravención del derecho principio de igualdad.

La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin. La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, prima facie, aparece como contraria a la prohibición de discriminación. "Intensidad" de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles: Intensidad grave. - Intensidad media. - Intensidad leve. a) Una intervención es de

intensidad grave cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v. gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional. b) Una intervención es de intensidad media cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

Tomándose en cuenta todos los supuestos y principios el Tribunal declaro Fundada y declarar Inconstitucional el artículo 3° de la Ley N° 27466 en el extremo que modifica la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.O 27368 modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

El artículo 48°, primer párrafo, en el extremo que remite a la Ley N.O 27466, y la Primera Disposición Final del "Reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales y balotario" expedido por el Consejo Nacional de la Magistratura por Resolución N.O 989-2005-CNM.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- Se demostró que la falta de la aplicación del principio de proporcionalidad, en la sentencia de la señora Buscaglia Zapler, origino su encarcelación y con ello se violó su derecho a la libertar por un bien jurídico lesionado, cuya falta no figura en nuestro código penal.
- Se logró conocer detalladamente las categorías dogmáticas modernas que existen en torno al principio de proporcionalidad y sus respectivos subprincipios, así como su aplicabilidad en el Derecho constitucional. En el derecho penal este principio se va incrementando en casi toda Europa y gradualmente en algunos países de Latinoamérica. Ya que este descansa sobre los pilares de la Proporcionalidad y la Ponderación, a su vez estos tienen como base los subprincipios de la Idoneidad y la Necesidad, cuando convergen estas

figuras jurídicas se está hablando de una correcta aplicabilidad del principio de proporcionalidad en el Derecho Penal.

- Se logró determinar los criterios utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia respecto a la aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito constitucional, entre los cuales destacan la Idoneidad y la Necesidad (Caso PROFA. Principio de proporcionalidad. STC 0045-2004-AI/TC), las restricciones de la libertad, honor y privacidad. (Los casos seleccionados son, Canese vs. Paraguay (31-8-2004); Kimel vs. Argentina (2-5-2008); Usón Rramirez vs. Venezuela (20-11-2009); Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina (29-11-2011))
- Se logró analizar la sentencia judicial condenatoria dictada en contra de la ciudadana Silvana Buscaglia Zapler, en el proceso seguido en su contra por violencia y resistencia a la autoridad. Observándose lo siguiente: aplicación de penalidades de Seis años y ocho meses de pena privativa de la libertad. Pena que se considera desproporcionada, al no guardar proporcionalidad y ponderación con el delito cometido, a ello se suma falta de criterio en la aplicación de los subprincipios de idoneidad y necesidad, vulnerando de esta manera el principio de proporcionalidad aplicable en el Derecho constitucional.
- Se logró demostrar la importancia de la correcta aplicación del principio de proporcionalidad en la resolución de procesos judiciales en los cuales se encuentran en conflicto principios y garantías de orden constitucional, esto se fundamenta en el Acuerdo Plenario Extraordinario 001-2016/CJ-116, en este acuerdo se hace referencia a la debida aplicación del principio de proporcionalidad y sus subprincipios.

5.2. Recomendaciones

- A los magistrados de las diferentes salas como son, entre otras, aplicar el principio de proporcionalidad bajo las premisas jurídicas de la Proporcionalidad y Ponderación, teniendo en cuenta los criterios de racionalidad según los subprincipios de Idoneidad y la Necesidad, de esta manera se evitará la vulneración del principio de este, en las sentencias firmes.

- A los operadores jurídicos tomar en cuenta las categorías dogmáticas modernas que existen. Asimismo, tomar en cuenta los Acuerdos Plenarios y Casaciones de nuestro país. Todo esto con el fin de evitar penas draconianas.
- En el caso de la señora Silvana Buscaglia Zapler, se demostró que no se tomó en cuenta este principio de vital importancia, así como sus subprincipios vulnerando con ello su derecho a la libertad.
- Si bien el principio de proporcionalidad es tomado en cuenta en sede constitucional se ha demostrado en que en sede penal es casi nula su aplicación salvo de trate de casos inéditos.
- A nuestro criterio el código penal debe ser modificado en lo que respecta a lesiones leves por grados, como la desobediencia a la autoridad, en lo que respecta al funcionario o servidor público.

VI. REFERENCIAS

Aguado, C, T. (1999) "El principio de proporcionalidad en Derecho Penal", Madrid, Edersa

Alexy, R. (1993). "*Teoría de los derechos fundamentales"*. Madrid: centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (2006) "Ponderación, control de constitucionalidad y representación", México, UNAM

Arteaga (1998). "*Derecho constitucional"*. Editorial Oxford University Press- Harla. México.

BdeF.

Beccaria (2005). "*De los Delitos y de las Penas"*. Editorial Temis. Colombia.

Beccaria, C. (1983). "*De los delitos y de las penas*". Barcelona: Bruguera

Bernal P, C. (2007). "*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*". Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bernal Pulido (2002) "Epilogo a la Teoría de los derechos fundamentales", Revista Española de Derecho Constitucional

Bernal, P, C. (2007). "*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales"*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Borowski, M. (2003). "*La estructura de los derechos fundamentales"*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carbonell, M. (2007). "*El principio de proporcionalidad en el estado constitucional"*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Cárdenas G, J. (2013) "Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad" Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Carrio, A. (2002). "*Garantías constitucionales en el proceso penal"*. Buenos Aires: Hamumurabi.

Castillo, A, J. (2004). "*Principios de Derecho Penal"*. Lima: Grijley.

Castillo, C, L. (2004). "*El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencial al ámbito penal"*. Trujillo: Doxa.

Chacón, M. (2012). "*El derecho al plazo razonable del proceso penal y las consecuencias de su vulneración"*. Lima: Gaceta Constitucional.

Clerigo, L. (2009). "*El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional"*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

Cossío, D, J.R. (2005) "La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa", Revista mexicana de derecho constitucional, Mexico

Cubillos, F, H. (2008). "*El principio de proporcionalidad en derecho penal: algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena"*. Chile: Scielo.

De La Mata B. N. (2007). "*El principio de proporcionalidad penal"*. España: editorial Tirant lo Blanch.

De La Mata, El principio de proporcionalidad penal, recuperado: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07180012200800020 0002

De La Mata, J. (2004). "*El principio de proporcionalidad penal*". España: Tirant lo Blanch.

Díaz C. I. (2009). "*El derecho al plazo razonable del proceso penal y las consecuencias de su vulneración"*. Apuntes del caso Chacón Málaga. En Gaceta Constitucional Tomo 24.

Ferrajoli (1995). "*Derecho y Razón teoría del garantismo penal"*. Editorial Trotta. España

Ferrajoli, L. (2009). "*Derecho y Razón"*. Madrid: Trotta.

Ferri (1933). "*Principios de derecho criminal"*. Editorial Reus. España

Gracia M, L. & Baldova, P, M, Á. & Alastuey, D, M. C. (2004). "*Lecciones de consecuencias jurídicas del delito"*. Valencia: Bioparc.

Hernán, T, A. (2015). "*La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional"*. Argentina: Rev. Pensamiento penal.

Herrera & Lasso (1964). "*Estudios constitucionales"*. México: Jus.

Höllander, Pavel, “El principio de proporcionalidad: ¿variabilidad de su estructura?”, en Sieckmann, Jan-R. (ed.)

Islas de Gonzales Mariscal (1991). “*Análisis lógico de los delitos contra la vida”*. México.

La Mata, N. J. (2007). “*El principio de proporcionalidad penal. Valencia*”. Tirant lo Blanch.

Lascurrain, J. (2014). “*El principio de proporcionalidad penal*”, editorial Ad hoc S.R.L.

Lopera Mesa, Gloria P., “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, recuperado: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechocomparado/article/viewFile/4860/6211

Maihofer (2008). “*Estado de derecho y dignidad humana”*. Argentina:

Mapelli, C. B. “Consecuencias Jurídicas del Delito”, recuperado: http://www.mailxmail.com/curso-pena-dentro-sistema-penal/caracteristicas-pena

Perello, D, I. “El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional”, recuperado: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174691.pdf

Quintero Olivares (1998). “*Acto, resultado y proporcionalidad”*. España: anuario de derecho penal y ciencias penales. Recuperado: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1982-20038100408

Ramírez H. P. (1983). “*Fuentes reales de las normas penales”*. México: Revista mexicana de justicia.

Recuperado:http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000200002

Rojas (2011). “*El principio de integración de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el código penal colombiano*”. Colombia

Sánchez (1998). “*Derecho constitucional”*. México: Editorial Porrúa.

Sánchez García, Isabel, (1994) “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho penal, en La Ley Española”

Sánchez, G, R. "Los subprincipios de la proporcionalidad", recuperado: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/8.pdf

Silva, S. J. (2007). "*La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático".* Un primer esbozo". Barcelona: Indret.

Sotomayor (2008). "*¿El Derecho penal garantista retirada?".* España: Wolters Klumer.

Tena (1998). "*Derecho constitucional mexicano"*. México: Porrúa.

Terragni M, A. (2011). "*Delitos de omisión y posición de garante en derecho penal".* Guatemala. Recuperado:https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/principio.htm#_ftnref6

Velásquez (2010). "*Manual de Derecho Penal Parte general".* Colombia: Andrés Morales.

Yenissey, R, I. (2016) "La proporcionalidad en las penas", recuperado: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/7_la-proporcionalidad-en-las-penas.pdf

Zaffaroni (2005). "*Derecho Penal Parte General"*. España: Porrúa.

Zagrebelsky (2007). "*El derecho dúctil"*. España: Trotta.

Alfaro, C. E. (Septiembre de 2017). *Repositorio UAN*. Obtenido de https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/680766/alfaro_calderon_esteban.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Almeyda Chumpitaz, F. T. (2017). *La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad en el distrito judicial de Cañete 2016.* Obtenido de http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/7513/Almeyda_CFT.pdf?sequence=1&isAllowed=y

América TV. (2018). *Ley de Flagrancia.* Obtenido de https://www.americatv.com.pe/sos-america/reportajes/ley-flagrancia-definicion-proceso-legal-noticia-38729

Balcazar, P. S. (2015). *Repositorio UNPRG*. Obtenido de http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/362/BC-TES-4395.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Beteta Amancio, E. (2017). *El principio de proporcionalidad frente a la limitación de los derechos fundamentales en el proceso penal.* Obtenido de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/66E961F92D4F984005257D20007D8D10/$FILE/Beteta_Amancio.pdf

Chavéz Baño Juan Carlos. (diciembre de 2010). *UASB-DIGITAL* . Obtenido de http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2270/1/T0956-MDE-Chavez-El%20principio.pdf

Corte Superior Jusitcia Lambayeque. (2005). *El contenido y los elementos del ne bis in idem material Relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo sancionador.* Obtenido de http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_per_2090.pdf

Corte Superior Lambayeque. (2005). *Sentencia Tribunal constitucional EXP. N.o 0929-2005-PA/TC* . Obtenido de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00929-2005-AA.pdf

Covarrubias Cuevas, I. (2014). *Emplea el tribunal constitucional el test de proporcionalidad.* Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100005

Covarrubias Cuevas, I. (2017). *La problemática aplicación del test de proporcionalidad en la tutela laboral de derechos fundamentales.* Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372017000300677

Figueroa , E. (2010). *El Principio de proporcionalidad en la Sede Constitucional.* Obtenido de https://edwinfigueroag.wordpress.com/2010/10/10/el-principio-de-proporcionalidad-en-sede-constitucional/

Figueroa, G. E. (26 de Febrero de 2011). *STC 0045-2004-AI/TC. Caso PROFA. Principio de proporcionalidad.* Obtenido de https://edwinfigueroag.wordpress.com/2011/02/26/stc-0045-2004-aitc-caso-profa-principio-de-proporcionalidad/

León, F. F. (2018). *El Principio de proporcionalidad y la Jurisprudencia en el TC.* Obtenido de https://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2084_1_principio_proporcionalidad_y_jurisprudencia_tc_felipe_johan_leon_florian.pdf

Leonardo, C. R. (Noviembre de 2017). *Repositorio Institucional UNPRG*. Obtenido de http://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/UNPRG/1987/BC-TES-TMP-841.pdf?sequence=1&isAllowed=y

López, M. (2015). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Obtenido de http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/El%20principio%20de%20proporcionalidad%20-%20LOPEZ%20RUF,%20MARIA.pdf

López, S. R. (septiembre de 2014). *Repositorio institucional UANL.MX*. Obtenido de http://eprints.uanl.mx/3947/1/1080253612.pdf

Mayer. (8 de agosto de 2008). *Principio de proporcionalidad (Derecho Administrativo Sancionador).* Obtenido de http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjcyMjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAaB6oRDUAAAA=WKE

Palacios, M. R. (Junio de 1988). *La Protección Jurisdiccional de los Derechos Humanos Durante el Régimen de Excepción*. Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1321

Ramos, M. C. (2017). *Repositorio Inatitucional UNSA*. Obtenido de http://repositorio.unsa.edu.pe//bitstream/handle/UNSA/5866/DEMramocm.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Salvatierra, C. (2018). *El test de proporcionalidad y el peligro de su aplicación por el Tribunal Constitucional Peruano.* Obtenido de http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/10271

Saona Marín, T. (2010). *Tesis Electrónicas UACH*. Obtenido de Tesis Electrónicas UACH: http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2010/fjs339a/doc/fjs339a.pdf

Terrones, T. R. (octubre de 2017). *Repositorio UPAGU*. Obtenido de http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/244/TESIS%20TERRONES%20TERRONES.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Torres Montalvo, T. (2018). *Conflicto en la Aplicación del Principio de Legalidad y los Principios de Lesividad, Proporcionalidad y Humanidad en la Determinación Judicial de la Pena en el Proceso Especial de Terminación Anticipada.* Obtenido de http://tesis.usat.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/usat/1107/TL_TorresMontalvoAlmendraAngelica.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Torres, A. (2018). *Conflicto en la Aplicación del Principio de Legalidad y los Principios de Lesividad, Proporcionalidad y Humanidad en la determinación judicial de la pena en el Proceso Especial de Terminación Anticipada.* Obtenido de http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/usat/1107/1/TL_TorresMontalvoAlmendraAngelica.pdf.pdf

Torres, E. P. (20 de septiembre de 2016). *Simón Fraser University - Library*. Obtenido de http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/viewFile/13/11

Tribunal Constitucional. (2005). *Sentencia del pleno jurisdiccional del tribunal constitucional del peru .* Obtenido de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf

Vera, T. L. (31 de Mayo de 2018). *Repositorio de Tesis USAT*. Obtenido de http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/usat/1140/1/TL_VeraTerronesLuisAlberto.pdf.pdf

ANEXOS

CUESTIONARIO Nº 01

Dirigido a:

Abogados y Fiscales

*Le agradeceremos responder a este breve y sencillo cuestionario que, tiene como propósito obtener datos para la investigación sobre: "**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA CON LA SENTENCIA EN EL CASO DE SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER**". Asimismo, para su comprensible y razonable tranquilidad, es preciso aclarar que, el presente instrumento es totalmente anónimo.*

GENERALIDADES: INFORMANTES

Ocupación:

ABOGADOS ( ) Y FISCALES ( )

Años de Experiencia:

1 a 5 años ( ) 6 a 10 años ( )

11 a 15 años ( ) 16 a 20 años ( )

21 a más años ( )

1.- Cree Ud. ¿Que el principio de proporcionalidad tiene un rango Constitucional demandando su cumplimiento en todas las normas legales de nuestro sistema jurídico?

Si ☐

No ☐

2.-Cree Ud. ¿Que el principio de proporcionalidad es un principio importante que el legislador ha de tener en cuenta a establecer un tipo penal que limite un derecho fundamental?

Si ☐

No ☐

3.- Cree Ud. ¿Que el principio de proporcionalidad recogido en la constitución debe ser aplicado estrictamente en el derecho penal para garantizar el ejercicio de derechos fundamentales?

Si ☐

No ☐

4.- Cree Ud. ¿Que un bien jurídico como el normal funcionamiento de la administración pública es causa razonable para limitar un derecho fundamental como la libertad personal?

Si ☐

No ☐

5.- ¿Qué opina de la sanción aplicada al delito de violencia a la autoridad?

Está bien formulado ☐

Necesita ser reformado ☐

6.- Cree Ud. ¿Que el delito a la violencia a la autoridad tiene como consecuencia sanciones arbitrarias?

Si ☐

No ☐

7.- Cree Ud. ¿Que en la sentencia de Silvana Buscaglia se tomó en cuenta el principio de proporcionalidad?

Si ☐

No ☐

8.- ¿Cree Ud. que la sanción aplicada en el caso de Silvana Buscaglia presenta indicios de una violación de principios constitucionales?

Si ☐

No ☐

9.-Cree Ud. ¿Que la sentencia mencionada desprotege a los ciudadanos contra abusos de autoridad?

Si ☐

No ☐

10.-Cree Ud. ¿Que la sanción para este delito viene cumpliendo su objetivo?

Si ☐

No ☐

Anexo Nº02: STC N° STC N° 0048-2004-PI/TC

Según Figueroa (2011) Colombia, nos dice lo siguiente:

El principio de proporcionalidad

Este Tribunal Constitucional considera que el examen de si una ley contraviene, o no, el principio de igualdad, debe ahora efectuarse en aplicación del principio de proporcionalidad. Como el Tribunal Constitucional alemán ha establecido, la eventual contravención del principio de igualdad a través de una ley implica un examen que "(…) de la simple prohibición de arbitrariedad alcanza hasta una estricta vinculación a la exigencia de proporcionalidad." En esta misma línea, pero decantándose hacia una aplicación del principio de proporcionalidad y, conforme ya se sostuvo en la Sentencia recaída en el Exp. N. º 0048-2004-PI/TC (Fundamento N.º 65), este Colegiado considera que el principio que ha de emplearse para examinar si un tratamiento diferente establecido por una norma comporta un trato discriminatorio, es el principio de proporcionalidad (Figueroa, 2011).

Estructura del principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad

Este principio ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto (Figueroa, 2011).

La intervención en la igualdad. La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público (Figueroa, 2011).

Intensidad de la intervención. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades (Figueroa, 2011).

La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto (Figueroa, 2011).

La finalidad del tratamiento diferente. El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: objetivo y fin (Figueroa, 2011).

Examen de idoneidad. La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador (Figueroa, 2011).

Examen de necesidad. Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad (Figueroa, 2011).

Proporcionalidad en sentido estricto. La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Abwägung), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad (Figueroa, 2011).

Forma de aplicación. Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente (Figueroa, 2011).

Anexo Nº03: STC N° 0010-2002-AI

Tineo (2002) Lima, nos dice:

EXP. Nº 010-2002-AI/TC
LIMA
MARCELINO TINEO SILVA Y MÁS DE 5,000 CIUDADANOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 3 de días del mes de enero de 2003, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los Magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia; con los fundamentos de voto, adjuntos, de los Magistrados Rey Terry y Aguirre Roca; y los votos discrepantes, adjuntos, respecto del artículo 13.°, incisos a) y c), del Decreto Ley N.° 25475 de los Magistrados Aguirre Roca y Revoredo Marsano.

ASUNTO

Acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los Decretos Leyes N.os 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas….

…

Finalmente, los demandantes estiman que los Decretos Leyes materia de la acción de inconstitucionalidad violan los derechos constitucionales a las libertades de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento, de respeto de la integridad física, psíquica y moral de las personas, de privación de la libertad mediante cadena perpetua, por ser inhumana, cruel y degradante, de proporcionalidad de las penas, de negación de los beneficios penitenciarios y del derecho internacional humanitario.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, la misma que se limita exclusivamente a solicitar que, revocándose el auto admisorio de la demanda, se declare inadmisible la acción de inconstitucionalidad presentada. Sostiene que el 24 de junio de 1996, fecha en que quedó constituido el Tribunal Constitucional, el plazo de prescripción de las acciones de inconstitucionalidad era de 6 meses, por lo que, tratándose de decretos leyes publicados antes de dicho mes, el plazo para interponer la demanda contra las normas impugnadas prescribió el 24 de diciembre de 1996.

Anexo Nº04: STC N° 0050-2004-AI

Según El Tribunal Constitucional (2005) nos dice:

Con fecha 6 de diciembre de 2004, el Ilustre Colegio de Ahogados del Cusco interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2 Y 3 de la Ley N°28389, ley que modifica los artículos 11, 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política (Tribunal Constitucional, 2005).

El demandante alega los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

Que la norma impugnada incurre en una inconstitucionalidad por la reforma, porque no se respetaron los límites de la reforma constitucional desarrollados en la sentencia recaída del Expediente N° O 14-2002-AL/TC (Tribunal Constitucional, 2005).

Que es inconstitucional por el fondo, porque con la modificación del artículo 103 Y de la Primera Disposición Final y Transitoria, se determina que las normas se apliquen a las relaciones jurídicas existentes, lo que en materia pensionaria significa que se está despojando a los pensionistas de sus derechos ya adquiridos. Añade que, en todo caso, la modificación debería orientarse a quienes aún no han adquirido el derecho, en adelante, y no en forma retroactiva en términos objetivos (Tribunal Constitucional, 2005).

Que a la familia le corresponde una especial protección en materia de seguridad social, de modo que, al atentarse contra la irrenunciabilidad de los derechos sociales, se desconoce el carácter alimentario de las pensiones (Tribunal Constitucional, 2005).

Que el derecho a la pensión se entiende como una relación jurídica de Derecho Público Patrimonial de carácter obligatorio, cuya prestación principal es la pensión mensual que cuantitativamente se otorga, estimada en base a la proporción de las aportaciones (Tribunal Constitucional, 2005).

Que la norma impugnada ha sustituido sustancialmente el sistema de la seguridad social en lo que concierne a los derechos de los titulares, sobrevivientes, trabajadores y ciudadanía en general y, por lo tanto, viola la Constitución, principalmente en sus artículos 1, 2 incisos 1, 2 y 16, 10, 1 1, 12, 16, 26 inciso 2 ; 5 y 103 y en la Primera Disposición final y Transitoria, referida a los derechos adquiridos de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530, y Segunda Disposición Final y Transitoria, que trata sobre el reajuste periódico y progresivo de los derechos sociales (Tribunal Constitucional, 2005).

Que la ley de reforma constitucional afecta los regímenes pensionarios regulados por el Decreto Ley N° 20530 y el Decreto Legislativo N° 19990, los de las Fuerzas Armadas y Policiales, a los trabajadores en actividad y a la ciudadanía en general, puesto que desaparecerá la protección de los derechos adquiridos y la nivelación quedará prohibida constitucionalmente. Con ello se pretendería burlar la sentencia de inconstitucionalidad que en su momento dejó sin efecto la Ley N° 27617, que pretendió hacer efectivos dichos recortes (Tribunal Constitucional, 2005).

Que la norma impugnada contravendría jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que considera que el derecho pensionario se obtiene desde el momento en que se reúnen los requisitos establecidos por ley, incluso en el supuesto de que el trabajador permanezca laborando (Tribunal Constitucional, 2005).

Que, se estaría posibilitando reformular las previsiones legales en materia pensionaria previstas y ofrecidas por las AFP (Tribunal Constitucional, 2005).

¡Que se atenta contra la seguridad jurídica y contra e! derecho a la propiedad, al no respetarse los criterios del test de razonabilidad, ni preverse ningún tipo de resarcimiento a favor de los pensionistas (Tribunal Constitucional, 2005).

Que si lo que se busca es la financiación del sistema pensionario con equidad, razonabilidad y proporcionalidad, se debe ría recurrir a la contribución solidaria conforme lo prevé la Ley N° 28046, y no afectando derechos fundamentales reconocidos (Tribunal Constitucional, 2005).

Anexo 05: CSJR

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.° 1843-2014
UCAYALI

Lima, cuatro de junio de dos mil quince.

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Abner Cueva Showing contra la sentencia del veintiocho de mayo de dos mil catorce —fojas quinientos dieciséis—, interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO

I. Fundamentos del recurso de nulidad

Que, el encausado en su recurso de nulidad —fojas quinientos treinta y dos— alega que: i) Se le condenó sin considerar que es imposible que la menor haya sido violada pues ello hubiera generado traumas severos; ii) No fue objeto de debate que haya introducido su dedo en el recto de la menor, sino que el debate se centró en que la presunta violación se realizó con la introducción del pene; **iii)** No se consideró que la menor manifestó a su madre que fue un sapito quien le causó una lesión y si es así, como la propia versión, de la menor lo señala, no se le puede atribuir tal hecho; iv) Se valoró el reconocimiento médico legal que no fue ratificado, y que no resulta suficiente para ser condenado; v) La Sala Superior consideró la segunda versión brindada por la madre de la menor agraviada y no la primigenia en la cual señaló que fue un sapo quien le causó la lesión en su recto, por lo que, existe contradicción; vi) El fundamento ocho punto uno de la Sentencia sostiene que por su derecho a mentir prestó distintas declaraciones y debe ser condenado; **vii)** No puede considerarse como prueba de cargo su pericia psicológica pues con ello solo se determina su personalidad y no la responsabilidad en el hecho; **viii)** En la sentencia existe una motivación aparente, al valorar pruebas que no se sometieron a contradictorio, como el reconocimiento médico legal, el examen de evaluación psicológica y la pericia psicológica, los cuales no explican nada sin sus mentores; ix) No se compulsó adecuadamente las pruebas para acreditar su responsabilidad.

II. Imputación fiscal

Que, conforme al dictamen acusatorio, el día dos de setiembre de dos mil doce, en horas de la tarde, el encausado Abner Cueva Showing aprovechando que la madre de la menor agraviada estaba ocupada atendiendo en la parte delantera de su vivienda, donde tiene un negocio, y la menor estaba orinando a unos diez metros del lugar, procedió a tomarla del cuerpo, taparle la boca y luego introdujo el dedo medio de su mano derecha en la cavidad anal produciendo lesiones a la menor agraviada identificada con iniciales A. R.V. A. descritas en el certificado médico legal que se le practicó. (…)

III. Consideraciones del tribunal supremo

Debe hacerse mención que el recurso de nulidad constituye un recurso ordinario en el modelo procesal vigente por el Código de Procedimientos Penales, por el cual el Tribunal

Supremo se debe pronunciar a efectos de determinar si la sentencia recurrida adolece de vicio o error; estando en la facultad de revisar, anular y/o revocar lo decidido por la Sala Superior, teniendo incluso la facultad de examinar nuevamente las cuestiones tácticas y jurídicas. Siendo así, en el caso concreto si bien se advierte que la Sala Superior para los efectos de emitir sentencia, tiene la facultad de realizar un pronunciamiento sobre hechos y derecho; por lo que, estando que en el caso concreto se ha efectuado un análisis que evidencia falta de motivación; empero, considerando que de los medios probatorios acopiados se puede establecer la responsabilidad penal del encausado —conforme se desarrollará continuación—, razón por la cual resulta innecesario que se declare la nulidad de la sentencia, dado que ello generaría una dilación del proceso en perjuicio de las partes procesales. (…)

V. En cuanto a la cadena perpetua

Décimo tercero. Es de señalar que el Capítulo V, Título II, del Código de Ejecución Penal, estableció el procedimiento de revisión de la cadena perpetua, transcurridos treinta y cinco años de privación efectiva de la libertad, quedando claro que ello fue con la finalidad de hacerla compatible con el principio resocializador de la pena, previsto en el artículo ciento treinta y nueve, inciso vigésimo segundo, de la Constitución Política del Estado; así como también, con los principios de dignidad de la persona y de libertad, por ello, la determinación judicial de la pena debe ser producto de una decisión debidamente razonada y ponderada, ajena de toda consideración subjetiva, toda vez que la pena implica una sanción por la comisión de un hecho punible, y no existe la retribución por sí misma, en razón que el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal se sitúa en la línea de las teorías preventivas modernas y postula que se tiene que atender a la probable resocialización del penado y su reinserción a la sociedad; por consiguiente, la pena debe reflejar la aplicación del principio de proporcionalidad que prevé el artículo VIII del Título Preliminar del citado texto penal, que es el principal estándar que debe considerar el juez para determinar una pena concreta.(…)

Décimo sexto. De otro lado, el voto en mayoría de los integrantes del Tribunal Supremo es porque que la pena sea veinte años de privativa de libertad, mientras que el voto en minoría es porque se imponga quince años de pena privativa de libertad, es decir, como los miembros de esta Instancia Suprema han disentido respecto a la pena a imponerse, se deberá aplicar la regla que prevé el artículo doscientos ochenta y dos Procedimientos Penales, que señala "[...] Cuando hubiere disconformidad entre los tres miembros del Tribunal respecto de la pena, se volverán a discutir y votar los puntos en que se haya disentido. Si en esta segunda votación continúa la disconformidad, se impondrá la pena intermedia, esto es, la pena por la que votó el miembro del Tribunal en disentimiento, con los que votaron por pena superior o inferior"; por consiguiente, volviéndose a discutir sobre la rebaja prudencial de la pena, se impone diecisiete años de pena privativa de libertad. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veinticinco de mayo de dos mil catorce —fojas quinientos dieciséis— que condenó a Abner Cueva Showing como autor del delito contra la Libertad Sexual-violación sexual de menor, en agravio de la menor de iniciales N. A. R. V. A.; **HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en el extremo que le impuso cadena perpetua; y, **REFORMÁNDOLA**: **IMPUSIERON** diecisiete años de pena privativa de libertad, que con el descuento de carcelería que viene sufriendo desde el tres de setiembre de dos mil doce, vencerá el dos de setiembre de dos mil veintinueve; con lo demás que contiene y los devolvieron.

Anexo 06: **SALA PENAL PERMANENTE**
R.N. N º 1969 – 2016
LIMA NORTE

Lima, uno de diciembre de dos mil dieciséis

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR y la Parte Civil

Contra la sentencia de fojas mil novecientos veintiséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil dieciséis;. emitida por la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la. Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en los extremos que: i) Absolvió a RONY LUIS GARCÍA GUZMÁN, de la acusación fiscal, como autor del delito contra la libertad personal - Secuestro, en agravio de Lizeth Rosario Socia Guillén; y, ii) Condenó a RONY LUIS GARCÍA GUZMÁN, como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud - Lesiones Graves por Violencia Familiar, en agravio de Lizeth Rosario Socia Guillén, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, y fijó la suma de veintiocho mil nuevos soles que- por· . · concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la agraviada.

DELITO DE LESIONES GRAVES POR VIOLENCIA FAMILIAR: El señor Fiscal Superior sostiene que el procesado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN mantuvo una relación de convivencia con la agraviada Lizeth Rosario Socia Guillén, en el departamento número l 03 (primer piso), Block A, Condominio Valle Verde - La Ensenada, Distrito de Puente Piedra; en ese contexto, precisa que el día 04 de junio de 2012, a las quince horas con treinta minutos aproximadamente, la atacó con golpes de puño y mordeduras, causándole diversas lesiones corporales y produciéndole la fractura de los huesos nasales, conforme a los Certificados Médico Legales números O 19859 - VFL y 020149 - PF - AR, de fojas ciento cinco y ciento seis, respectivamente. Las lesiones fueron graves, puesto que la cicatrización dejó huellas permanentes y visibles; además, se verificó pérdida de la armonía y alteración de la mímica facial, según los Certificados Médico. Legales números 00 l016 - VFL y 029398 - L, de fojas ciento cuarenta y nueve, y seiscientos veintinueve, respectivamente; y finalmente, se constató la deformación del rostro, de acuerdo al Certificado Médico Legal número y 028336 - PF - AR de fojas mil doscientos veinticuatro. Estos hechos afectaron la imagen de la agraviada Lizeth Rosario Socia Guillén en su desempeño laboral como animadora de eventos sociales.

La sentencia impugnada contiene dos extremos; de un lado, la absolución del acusado del delito de Secuestro, y de otro lado, la condena de dicho procesado por el delito de Lesiones Graves por Violencia Familiar; ambos ilícitos en agravio de Lizeth Rosario Socia Guillén. La absolución fue recurrida sólo por la PARTE CIVIL. Mientras que la condena fue impugnada. por el señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR en lo atinente al quantum de la pena impuesta. La PARTE CIVIL impugnó el monto de la reparación civil fijada por la Sala Penal Superior. El señor FISCAL ADJUNTO SUPERIOR quedó conforme con la absolución del encausado, respecto al delito de Secuestro, al no haber· o interpuesto recurso de nulidad en este extremo. El imputado RONY LUIS GARCÍA GUZMÁN expresó su conformidad ante la condena, la pena y la y reparación civil fijada por el delito de Lesiones Graves por Violencia Familiar, lo que refleja que su culpabilidad, en el · citado delito, es un hecho probado e incontrovertible. La contundencia de la prueba de cargo así lo demuestra.

Ahora bien, corresponde efectuar un análisis particular y diferenciado de cada extremo de la sentencia impugnada, a fin de abordar los respectivos recursos impugnativos.

La determinación de la pena tiene como sustento normativo, tanto el artículo VI II del Título Preliminar del Código Penal como límite máximo], como los art1culos 45 y 46 del citado Código Sustantivo. Además, engloba dos etapas secuenciales marcadamente definidas, primera denominada "DETERMINACIÓN LEGAL", y la segunda rotulada como " DETERMINACIÓN JUDICIAL". En esta última fase, concierne realizar un juicio ponderativo sobre la presencia de circunstancias agravantes, atenuantes y/o cualquier otra causal de reducción o disminución punitiva.

DECISIÓN Por estos fundamentos, los señores Jueces Supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, declararon: 1) NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil novecientos veintiséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil dieciséis, emitida por la Primera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el extremo que absolvió, por unanimidad, a RONY Luís GARCÍA GUZMÁN, de la acusación fiscal como autor del delito contra la libertad personal - Secuestro, en agravio de Lizeth Rosario Socia Guillén; 1) HABER NULIDAD en la propia sentencia, en el extremo que impuso", por mayoría, a RONY Luís GARCÍA GUZMÁN, como autor del delito contra 19 . vida, el cuerpo y la salud - Lesiones Graves por Violencia Familiar; en agravio de Lizeth Rosario Socia Guillén, cuatro años de pena privativa .. de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, y reformándola, le IMPUSIERON SIETE AÑOS de pena privativa· de libertad, cuyo cómputo regirá desde la fecha de su recaptura; descontándosele el periodo que estuvo recluido en el Establecimiento Penal, comprendido desde el seis de julio de dos mil doce , hasta el dieciocho de diciembre de dos mil catorce; en consecuencia, ORDENARON la inmediata ubicación, captura e internamiento del procesado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN, en un Centro Penitenciario del país; oficiándose, para tal efecto a las autoridades policiales correspondientes, a troves de Secretaria de esta Sala Penal Suprema; y,

HABER NULIDAD en la referida sentencia, en el extremo que fijó por concepto de reparación civil la suma de veintiocho mil nuevos soles que deberá abonar el sentenciado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN, como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud - Lesiones Graves por Violencia Familiar, en agravio de Lizeth Rosario Socia Guillén; y reformándola, FIJARON la reparación civil en CIEN MIL NUEVOS SOLES; monto que deberá abonar el procesado RONY Luís GARCÍA GUZMÁN.

Anexo 07 STC EXP. N.O 045-2004-PIITC LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DEL CONO NORTE DE LIMA 3

En Lima, a los 29 días del mes de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 3° de la Ley No 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. r" , 11. andante: Norma impugnada: Vicio de inconstitucionalidad ……

Se declare la inconstitucionalidad de la disposición impugnada. 111. NORMA DEMANDADA DE IN CONSTITUCIONALIDAD Artículo 3° de la Ley N.o 27466 Ley que modifica la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y complementa el proceso de ratificación de magistrados Artículo 3.- Deroga y modifica Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley N° 27368 Deróguense la Segunda y Tercera Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley N° 27368, y modificase la Cuarta en los términos siguientes….

Bonificación para los magistrados titulares que aspiren a cargo superior Los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediatamente superior, así como aquéllos postulantes, que hayan cursado el programa de formación académica, tendrán una bonificación de hasta un 1 0% (diez por ciento) del total del puntaje obtenido".

IV. ANTECEDENTES A. Demanda a demanda de inconstitucionalidad solicita se declare la inconstitucionalidad de la disposición impugnada porque considera que la bonificación de hasta el 10% sobre la calificación total obtenida que se otorga a magistrados titulares (del Poder Judicial y el Ministerio Público) que postulan al ascenso, contraviene lo establecido por el artículo ?,"'inciso 2) de la Constitución, que reconoce la igualdad ante la ley. considera que la disposición impugnada contraviene el principio de igualdad por "establecer un trato desigual al conceder privilegios a los magistrados titulares", atentándose así los "derechos del grupo de abogados" "e inclusive magistrados suplentes y provisionales" que aspiran al cargo de magistrado titular. Afirma que el derecho a la igualdad, en cuanto derecho fundamental, implica una prohibición de "discriminación jurídica", conforme a la cual la persona no debe ser objeto de un tratamiento "dispar" respecto a quienes se encuentran en la misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable.

Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad. En síntesis, el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. En atención a

la anterior, este Tribunal Constitucional considera que el examen de si una ley contraviene, o no, el principio de igualdad debe ahora efectuarse en aplicación del principio de proporcionalidad. Como el Tribunal Constitucional alemán ha establecido, la eventual contravención del principio de igualdad a través ~ una ley implica un examen que "(...) de la simple prohibición de arbitrariedad alcanza hasta una estricta vinculación a la exigencia de proporcionalidad.,,. En esta m1sma línea, pero decantándose hacia una aplicación del principio de proporcionalidad y, conforme ya se sostuvo en la Sentencia recaída en el Exp. N.O 0048-2004-PI/TC (Fundamento N.O 65), este Colegiado considera que el principio / que ha de emplearse para examinar si un tratamiento diferente establecido Por una norma comporta un trato discriminatorio, es el principio de proporcionalidad.

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

Declarar FUNDADA la demanda y, en consecuencia, DECLARA INCONSTITUCIONAL:

a) El artículo 3° de la Ley N.o 27466, en el extremo que modifica la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.O 27368 modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.
b) b) El artículo 48°, primer párrafo, en el extremo que remite a la Ley N.O 27466, y la Primera Disposición Final del "Reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales y balotario" expedido por el Consejo Nacional de la Magistratura por Resolución N.O 989-2005-CNM.

Dispone la notificación a las partes y su publicación en el diario oficial El Peruano.

Anexo Nº08: Sentencia Procesos Nº 4134-2015-0 Silvana Buscaglia Zapler

43'55" ACTOR CIVIL: Considera que debe realizarse la visualización del video. (Conforme queda grabado audio y video).

44'49" FISCAL: Manifiesta que no se opone con la visualización del video. (Conforme queda grabado en audio y video).

44'57" DEFENSA TECNICA (II): Manifiesta que el Juez ya se pronuncio sobre la no visualización del video que obra en autos. (Conforme queda grabado en audio y video).

45'19" JUEZ: Indica que ya se había pronunciado sobre la no visualización del video por lo cual ya no resulta necesario ver el video correspondiente y se procede a emitir la resolución sobre el requerimiento de Incoación del Proceso Inmediato. (Conforme queda grabado en audio y video).

RESOLUCION NUMERO TRES
Callao, veinte de diciembre del
Dos mil quince.-

DECISION:
Por las consideraciones expuestas (registradas en audio), el Señor Juez del Segundo Juzgado de la Investigación Preparatoria del Callao. **RESUELVE:**

1. Declarar **PROCEDENTE** la Incoación del **Proceso Inmediato** formulado por el Ministerio Público contra la imputada SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER, por el delito contra la Administración Publica – Violencia y Resistencia a la Autoridad – Violencia contra un Funcionario Público (Forma Agravada), en agravio del Estado Peruano y de Elías Quispe Carbajal. En consecuencia se dispone que la presente causa se siga bajo los alcances del Proceso Inmediato. (Conforme queda grabado en audio y video).

53'30" Al traslado a las partes procesales, el Magistrado pregunta a las partes si van a instar la actuación de algún mecanismo o medio de conclusión anticipada del proceso, otorga un receso.

PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO
DR. WILLIAMS ABEL ZAVALA MATA
JUEZ SUPERNUMERARIO

VIDEO II

00'00" JUEZ: Reanuda la audiencia. (Conforme queda grabado en audio y video).

00'08" FISCAL: Luego de haber conferenciado con la defensa se ha llegado al acuerdo de 8 años de pena privativa de la libertad, diez mil soles de reparación civil, las misma que será cinco mil para el Estado y cinco mil para el señor Elías Quispe Carbajal, siendo que la defensa se encuentra conforme con el contenido.

02':03" JUEZ: Corre traslado a los sujetos procesales. (Conforme queda grabado en audio y video).

02'07" DEFENSA TECNICA (II): Absuelve el traslado. (Conforme queda grabado en audio y video).

03'11" PROCESADA: Manifiesta estar conforme con el acuerdo. (Conforme queda grabado en audio y video).

PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO
MODULO PENAL PARA DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS - NCPP
GINA ANGELICA LOPEZ GAMBOA
ASISTENTE DE AUDIENCIAS (E)
DNI 70462003

03'20" ACTOR CIVIL: Absuelve el traslado y manifiesta no estar de acuerdo con el aspecto económico, señala como monto cincuenta mil nuevos soles con los fundamentos registrados y se haga una contrapropuesta. (Conforme queda grabado en audio y video).

06'48" DEFENSA TECNICA (I): Absuelve traslado conferido. (Conforme queda grabado en audio y video).

07'04" JUEZ: A su término, el Señor Juez evaluará el acuerdo y procede a emitir la correspondiente resolución:

SENTENCIA ANTICIPADA

RESOLUCION NUMERO CUATRO

Callao, veinte de diciembre del
Dos mil quince.-

DECISION:

Por las consideraciones expuestas (registradas en audio), el Señor Juez del Segundo Juzgado de la Investigación Preparatoria del Callao. **RESUELVE:**

1. Declarar **APROBADO** el acuerdo de **Terminación Anticipada** arribado entre el Ministerio Público, la Defensa Técnica de la imputada y la imputada SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER, en consecuencia se condena a SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER, por el delito **contra la Administración Publica – Violencia y Resistencia a la Autoridad – Violencia contra un Funcionario Público (Forma Agravada)**, en agravio del Estado Peruano y de Elías Quispe Carbajal;, previsto y penado en el artículo 365° (TIPO BASE) y en el artículo 367° numeral 3 de la segunda escala punitiva, del Código Penal.

   IMPONGASE a **SILVANA BUSCAGLIA ZAPLER, la pena de SEIS AÑOS Y OCHO MESES** de pena privativa de la libertad, cuya Pena va a iniciar a partir de la fecha de su mandato de detención de fecha 17 de diciembre del 2015 y vencerá el 16 de Agosto del año 2022, fecha en la que será puesta en libertad, siempre y cuando no cuente con otro mandato de detención dispuesto por autoridad competente.

3. **FIJAR** por concepto de reparación civil la suma de **CINCO MIL NUEVOS SOLES** para El Estado Peruano y **CINCO MIL NUEVOS SOLES** para el agraviado Elías Quispe Carbajal.

4. **DISPONER** cursar los oficios correspondientes para su internamiento en el establecimiento penitenciario que corresponda; asimismo se **ORDENA** la inscripción de la presente sentencia en los registros correspondientes bajo entera responsabilidad del auxiliar jurisdiccional correspondiente.

18'35"JUEZ: Corre traslado a los sujetos procesales (Conforme queda grabado en audio y video).

18'40"FISCAL: Conforme la sentencia. (Conforme queda grabado en audio y video).

18'44"ACTOR CIVIL: Se reserva el derecho en el extremo de la reparación civil. (Conforme queda grabado en audio y video).

PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO
MODULO PENAL PARA LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS - NCPP

GINA ANGELICA LOPEZ GAMBOA
ASISTENTE DE AUDIENCIAS (E)
DNI: 70402083

PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO
PARA LOS DELITOS COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS Y DE ACCESO INVESTIGATIVO DE FLAGRANCIA

Dr. WILLIAMS ABEL ZAVALA MATA
JUEZ SUPERNUMERARIO

PODER JUDICIAL - CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CALLAO - MODULO PENAL PARA PROCESOS INMEDIATOS DE INVESTIGACION