

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y HABEAS CORPUS

Luis Castillo Córdova

Sumario: **I.** Introducción **II.** El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales **1.** Derecho fundamental y contenido constitucional **2.** Teorías absolutas y teorías relativas **III.** La teoría externa de los límites de los derechos fundamentales **1.** Los límites como realidades impuestas desde fuera del derecho mismo **2.** Los derechos fundamentales como principios **4.** Teoría externa de los límites **IV.** El principio de proporcionalidad: Marco teórico **1.** Derechos fundamentales como mandatos de optimización y proporcionalidad **2.** Fundamentación del principio de proporcionalidad **A.** Similitud entre el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad **B.** Un principio del entero ordenamiento jurídico **C.** El Estado de derecho como base del principio de proporcionalidad **D.** Finalidad del principio de proporcionalidad: determinar la constitucionalidad de una medida que restringe derechos fundamentales **E.** Dimensiones del principio de proporcionalidad **a.** El juicio de idoneidad **b.** El juicio de necesidad **c.** El juicio de proporcionalidad strictu sensu **c1.** La ley de la ponderación **c2.** Vinculación a la teoría de los derechos fundamentales

como principios **V**. El principio de proporcionalidad: su defensa a través del habeas corpus **1**. La lógica operativa **2**. Restricciones explícitas a la libertad de tránsito **A**. Cuatro restricciones expresas y la exigencia de ponderación **a**. Restricción por ejecución de un mandato de detención **b**. Restricción por aplicación de la ley de extranjería **c**. Restricción por razones de sanidad **d**. Restricción en un régimen de excepcionalidad **B**. Ausencia de la lógica operativa del principio de proporcionalidad **3**. Restricciones implícitas de la libertad de tránsito **A**. Definición **B**. Libertad de tránsito y seguridad ciudadana **C**. Libre circulación de vehículo y autorización para hacerlo **D**. Libertad de acceso a la propiedad y derecho al trabajo **E**. Libertad de tránsito y retención por no pago del tratamiento clínico **F**. Libertad personal y libertad de opinión **G**. Libertad personal y derecho de información y derecho a la intimidad **H**. Libertad personal y libertad religiosa **VI**. A modo de conclusión: La determinación del contenido constitucionalmente protegido de la libertad individual **1**. Un nuevo entendimiento de la exigencia de proporcionalidad **2**. Manifestación de este nuevo entendimiento en la jurisprudencia del TC sobre habeas corpus

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de la importancia del principio de proporcionalidad particularmente para la interpretación constitucional. Más allá de un extendido entendimiento del mismo que parte desde una visión conflictivista de los derechos fundamentales y termina estableciendo una jerarquía ad casum de los derechos fundamentales en conflicto, se ha de rescatar un modo de entender la proporcionalidad como una técnica de hermenéutica constitucional dirigida a definir contenidos iusfundamentales concretos a partir de normas constitucionales abstractas, genéricas e imprecisas dentro de las circunstancias de un caso concreto. De entre esos derechos fundamentales, uno decisivamente importante es el de la libertad personal.

El principio de proporcionalidad, como se verá, ha sido invocado y aplicado por el TC cuando ha tenido que resolver diversas controversias que generaba el ejercicio de la mencionada libertad fundamental. Esas controversias se han

presentado y decidido a través del proceso constitucional de habeas corpus, tal y como lo ha dispuesto el mandato constitucional. A partir de aquí, necesariamente, se abren una serie de cuestiones. Así las siguientes: ¿cómo ha acontecido la aplicación del principio de proporcionalidad en la solución de las controversias iusfundamentales que involucraba a la libertad personal o a algún derecho constitucional conexo a esta? ¿Cuál es el significado de la proporcionalidad en la jurisprudencia del TC cuando se ha tratado de la defensa de la libertad personal o derechos conexos? A resolver estas cuestiones se destina este trabajo.

Hoy en día la proporcionalidad se formula como una necesaria consecuencia de entender los derechos fundamentales como principios. En la base de este entendimiento se encuentran teorías que, admitiendo que los derechos fundamentales se expanden ilimitadamente, pretenden dar una respuesta a la determinación de aquello que debe ser objeto de protección constitucional en el caso concreto. Por eso se empezará formulando un estudio —aunque breve— de teorías como las absolutas y relativas sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales, para inmediatamente después pasar a estudiar el significado del principio de proporcionalidad dentro del contexto que dibujan esas teorías. Una vez expresadas estas bases dogmáticas, se estará en condiciones de analizar la diversa y abundante jurisprudencia constitucional en la que ha acudido al principio de proporcionalidad para decidir y fallar una demanda de habeas corpus en defensa de la libertad individual y derechos conexos. Por cuestión de espacio, las que aquí se analizarán serán aquellas sentencias que tengan que ver con las llamadas restricciones —expresas e implícitas— de la mencionada libertad fundamental. La finalidad de este análisis jurisprudencial será establecer el tipo de justificación iusfundamental que subyace en la argumentación del TC cuando de la defensa de la libertad individual se trata.

II. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Derecho fundamental y contenido constitucional

De modo general puede afirmarse que todo derecho subjetivo tiene un contenido jurídico que faculta a su titular a realizar solo las acciones que tal contenido le otorga. Así, el derecho subjetivo significará y tendrá el alcance que su contenido jurídico le ha previsto. En la medida en que se parte del hecho de que es posible saber a qué se tiene derecho, está permitido concluir que es viable conocer el contenido jurídico del derecho, es decir, es posible reconocer y determinar las posiciones jurídicas que el derecho depara a su titular. A los derechos fundamentales,

por ser derechos subjetivos, le es aplicable igualmente esta categoría del contenido jurídico, de modo que es posible hablar del contenido jurídico de un derecho fundamental. Este contenido puede tener naturaleza constitucional o naturaleza *infra* constitucional. La primera conforma el contenido jurídico *ex constitutione*, y la segunda —principalmente, aunque no exclusivamente— conforma el contenido jurídico *ex lege*.

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

No existe dificultad en admitir que el objeto de protección cuando se habla de derechos fundamentales, por ejemplo a través de los procesos constitucionales, es el contenido constitucional de cada derecho. La protección del contenido constitucional de un derecho fundamental es la garantía de su incolumidad: todo derecho fundamental tiene un contenido constitucional que vincula y exige ser respetado. En este sentido, en la doctrina constitucional se habla de la «garantía del contenido esencial» (*Wesensgehaltgarantie*) de los derechos fundamentales para hacer referencia al contenido constitucional vinculante y exigible que trae consigo cada derecho fundamental¹. El «contenido constitucional» o «contenido

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

esencial»² de cada derecho fundamental así entendido será vinculante no solo respecto del legislador —que es de quien normalmente se predica la vinculación— sino también del Ejecutivo y del Judicial como órganos del poder público, e incluso respecto de los particulares.

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

2. Teorías absolutas y teorías relativas

Proponer y admitir como jurídicamente posible la restricción (del contenido) de derechos constitucionales o fundamentales tiene su punto de partida en las llamadas teorías absolutas³. En buena cuenta, estas teorías proponen que el contenido constitucionalmente reconocido de un derecho fundamental cuenta con dos facetas relacionadas una con la otra al modo de dos círculos concéntricos. El círculo interior contiene la parte esencial del derecho fundamental; mientras que el círculo exterior vendría a dibujar su parte no esencial.

La parte nuclear o contenido esencial del derecho es absoluta, esto quiere decir que no puede ser dispuesta (limitada, restringida o sacrificada) por el legislador (y con él por el Ejecutivo, el Judicial y los particulares) en ningún momento y bajo ninguna circunstancia. Se trata de un límite absoluto (*absolute Grenze*), el cual de ser cruzado genera automática y necesariamente la vulneración del contenido esencial del derecho fundamental⁴. Mientras que la parte no esencial, accidental o periférica del derecho vincula al legislador solo relativamente, de manera que el legislador podrá afectar (limitar, restringir, sacrificar) la parte no esencial siempre y cuando exista una justificación para ello.

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

3 Sobre esta teoría en Alemania Cfr. Gavara de Cara 1994: 226–271.

4 BVerfGE 16, 194 (201).

La justificación, en estos casos, solo puede consistir en la necesidad de salvar otro derecho constitucional u otro bien jurídico constitucional⁵. La necesidad de sacrificio de un derecho fundamental en su parte no esencial, así como la magnitud del mismo, podrá ser determinado a través del principio de proporcionalidad, entendido como uno de los límites (*Schranken*) de los derechos fundamentales, en particular, a través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto o también llamado ponderación, al que se aludirá más adelante.

Algo semejante, aunque no exactamente igual ocurre con las llamadas teorías relativas de la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Para estas teorías, en buena cuenta, el contenido constitucional del derecho fundamental no está dividido en dos partes, una esencial y otra no esencial, como lo proponía las teorías absolutas. El contenido es uno solo, y —digámoslo así— todo él puede ser limitado, restringido o sacrificado por el legislador (y con él, por el Ejecutivo, el Judicial y los particulares), siempre y cuando la medida que limita, restringe o sacrifica el contenido del derecho fundamental haya pasado el test de proporcionalidad, en particular, las exigencias de la ponderación. Como se ha dicho «el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación»⁶.

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

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

Ambas clases de teorías siendo distintas coinciden, sin embargo, en la concepción de la naturaleza jurídica del contenido normativo de los derechos fundamentales y de la posición jurídica del poder político frente a ellos. Así, los derechos fundamentales pueden ser restringidos, debido a que su contenido no es absoluto, sino que esencialmente es un contenido disponible (totalmente según las teorías relativas, y parcialmente en las absolutas) precisamente para formular la restricción o incluso la suspensión —como ocurre en los llamados regímenes de excepción— en el caso concreto⁷.

Esto que se acaba de decir permite formular las siguientes dos consecuencias. La primera es que el contenido jurídico constitucional de un derecho fundamental no vincula de modo absoluto al poder político, sino que este —a través del

5 Como bien se ha puesto de relieve, en estas teorías «la periferia puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social». Bernal Pulido 2003: 405.

6 Alexy 1993: 288.

7 Castillo Córdova 2004: 991–1020.

legislador, el juez o la propia administración— podría válidamente desconocer una exigencia propia del contenido del derecho. Y la segunda es que este desconocimiento solo será posible si es que así lo exige la salvación de otro derecho o bien jurídico constitucional, lo cual se determinaría siempre a través del principio de proporcionalidad.

2. Los derechos fundamentales como principios

En referencia a la primera de las dos mencionadas consecuencias, hoy en día es común la afirmación de que el poder político (en todas sus manifestaciones) puede restringir o suspender derechos fundamentales. La justificación de esta afirmación es que ello es posible debido a que los derechos fundamentales, primero, tienen la calidad de principios⁸, por lo que —segundo— no solo tienen reconocido un peso específico⁹, sino que además —tercero— son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en grados e intensidades distintas¹⁰. Por lo que es posible atribuir pesos a los derechos fundamentales, y dependiendo del peso atribuido el derecho alcanzará un grado de optimización u otro cuando ambos concurren en las circunstancias del caso concreto¹¹.

Ciertamente, el reconocimiento de un peso a los derechos fundamentales como principios no es un peso abstracto que haga posible hablar de jerarquías generales e inamovibles entre ellos, pues «no existen jerarquías internas en la Constitución»¹². Por el contrario, debido a que los derechos fundamentales contienen un mandato de optimización por el que se ordena «que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas»¹³, la optimización tendrá lugar siempre en las concretas circunstancias del caso, de modo que lo que llega a construirse es una jerarquía móvil de derechos¹⁴. La solución

8 Se ha afirmado que «[l]a teoría de los principios, y con ella la teoría de los derechos limitables, es hasta ahora el mejor camino hacia un mayor entendimiento de la estructura de los derechos fundamentales». Borowski 2000: 56.

9 Dworkin 1980: 92.

10 Alexy 1993: 86.

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

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC}{WP_jC}$$

Esta fórmula significa que el peso (G) del principio P_i en relación al principio P_j , es igual al cociente entre la intensidad de intervención en P_i en las circunstancias concretas (C), y la importancia de P_j en las mismas circunstancias C. cfr. Alexy 2004: 67.

12 Prieto Sanchís 2003: 191.

13 Alexy 2004: 99.

14 Prieto Sanchís 2003: 191.

del conflicto entre principios, definido como «dos normas, [que] aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio»¹⁵, se obtiene precisamente estableciendo cuál de los dos principios en colisión tiene mayor peso en el caso concreto. Y es que «el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos»¹⁶ al caso concreto.

En efecto, teniendo en cuenta que «la colisión de principios —como solo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso»¹⁷, la solución de la colisión pasa por determinar cuál de los dos derechos (principios) en colisión tiene el mayor peso y cuál el menor. En el caso concreto, el primero será el derecho vencedor, y por ello precederá al segundo que es el derecho vencido. La consecuencia necesaria es que, siempre en el caso concreto, el derecho vencedor podrá ser optimizado a costa del derecho vencido.

3. Contenido prima facie y contenido definitivo de los derechos

Mientras que en referencia a la segunda de las dos mencionadas consecuencias, tanto la categoría de conflicto entendido como choque, como la solución del mismo entendido como prevalencia del derecho fundamental (principio) que tiene mayor peso en el conflicto concreto, solo son posibles de ser formuladas y ejecutadas con base en la distinción entre contenido constitucional prima facie o también llamado «ámbito de protección inicial»¹⁸, o «contenido constitucionalmente protegido ab initio»¹⁹, y contenido constitucional definitivo del derecho fundamental como principio. En efecto, si los derechos fundamentales son considerados principios, y el principio es definido como un mandato de optimización, entonces los derechos fundamentales tal y como son recogidos en la Constitución «no contienen mandatos definitivos sino solo prima facie»²⁰.

Este carácter prima facie de los derechos fundamentales considerados como principios, configura el ámbito de protección inicial del derecho fundamental. Se trata de un ámbito caracterizado por su prácticamente ilimitada amplitud, pues queda «conformado por todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en

15 Alexy 1993: 87.

16 Idem., p. 161.

17 Idem., p. 89.

18 Bernal 2003: 461.

19 Medina Guerrero 1996: 153.

20 Idem 99.

la Constitución»²¹. Esta adscripción *prima facie* se lleva a cabo con criterios muy laxos, pues «[b]asta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por lo menos una propiedad que la relacione con la disposición *iusfundamental*, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita *prima facie*»²². No se ha de reparar si la norma o posición adscrita «pueden dañar o afectar algún derecho de terceros o los intereses generales de la comunidad»²³. En definitiva, se trata de «la amplia esfera de libertad ‘natural’ »²⁴.

Debido a que si se piensa un derecho fundamental con un contenido tan amplio como el referido convierte al derecho en una realidad impracticable y —por ello— imposible de ser protegido jurídicamente ya que su ámbito normativo se extendería casi ilimitadamente, entonces se hace necesario restringir el ampuloso alcance *prima facie* del derecho para reducirlo a lo prácticamente posible y a lo jurídicamente aceptable. De modo que con la restricción el contenido *prima facie* se convierte en un contenido definitivo: «[u]na vez restringido, todo derecho fundamental adquiere su posición jurídica definitiva, o en otros términos, ciñe sus contornos, ya no a un ámbito de protección inicial, sino a un contenido efectivamente garantizado»²⁵. Consecuentemente, la restricción de los derechos fundamentales puede ser definida como «normas que restringen la realización de principios *iusfundamentales*»²⁶.

4. Teoría externa de los límites

En este contexto, los derechos fundamentales no podrán existir nunca en armonía pues *prima facie* chocan y se contradicen, y luego definitivamente cuando —con base en el principio de proporcionalidad— se ha resuelto el choque lo que existe es un derecho vencedor y un derecho vencido, es decir, un contenido constitucional con su alcance amplio, y otro derecho fundamental mutilado en su contenido constitucional. Utilizando la terminología propia de la teoría de los derechos fundamentales entendidos como principios se diría que «un principio únicamente puede realizarse a costa del otro»²⁷.

21 Bernal Pulido 2003: 460.

22 *Ibidem*.

23 Medina Guerrero 1996: 61–62.

24 *Idem.*, p. 62.

25 Bernal Pulido 2003: 461.

26 Alexy 1993: 276.

27 Alexy 2003:103.

En la base de toda esta propuesta dogmática se encuentra la teoría externa de los límites de los derechos fundamentales²⁸. Según esta teoría los límites de los derechos fundamentales son siempre imposiciones externas, que vienen generadas e instituidas desde fuera del derecho mismo, son, por tanto, una realidad externa y distinta al contenido constitucional del derecho. La imposición la sufrirá el derecho vencido con un alcance proporcional al grado de optimización que se haya reconocido al derecho vencedor.

IV. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: MARCO TEÓRICO

1. Derechos fundamentales como mandatos de optimización y proporcionalidad

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

Como el derecho sí pretende algún grado de eficacia debe ser constatado en su utilidad para regular y ordenar las relaciones humanas en la realidad, entonces se hace imprescindible encontrar la manera de determinar cuál de los dos contenidos ampulosos y contradictorios entre sí deberá prevalecer. Optar por la maximización de un principio o derecho fundamental en lugar de su contrario depende de que sea posible dar mayores y mejores razones para establecer cuál derecho deberá prevalecer y cuál deberá ser postergado. Un principio o derecho fundamental «es soslayado cuando en el caso que hay que decidir, un principio opuesto tiene un peso mayor»²⁹. Estas razones que definen cuál derecho fundamental deberá beneficiarse de la maximización porque tiene un mayor peso, y cuál deberá quedar rezagado, soslayado e incluso lesionado por su menor peso, se definirían principalmente a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. Como se ha escrito respecto del legislador, aseveración fácilmente extendible a la administración o al juzgador, «[u]na ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece

28 Brage Camazano 2004: 140.

29 *Idem*, p. 100.

como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo».

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

2. Fundamentación del principio de proporcionalidad

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

El TC ha interpretado que el principio de proporcionalidad equivale al principio de razonabilidad. Ha dicho el TC que «[s]i bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida en que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable»³⁰. En este sentido, continuará diciendo el mencionado Tribunal, «el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios»³¹. Y es que «más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en pureza, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad»³².

B. Un principio del entero ordenamiento jurídico

En el ordenamiento jurídico peruano, y a diferencia de lo que ocurre en las constituciones alemana y española, se ha previsto expresamente en un dispositivo constitucional la existencia del principio de proporcionalidad, aunque para referirlo expresamente a la vigencia de los derechos constitucionales dentro de un régimen de

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

31 *Ibidem*.

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

excepción (último párrafo del art. 200 Const.). Ha sido este dispositivo constitucional uno de los invocados por el TC para hacer residir el fundamento del principio de proporcionalidad en el entero ordenamiento jurídico peruano. El mencionado tribunal, luego de mostrar una postura más bien imprecisa y ambivalente en este asunto³³, actualmente tiene asentado el criterio jurisprudencial de reconocer el principio de proporcionalidad como un principio que informa el entero ordenamiento jurídico peruano: «[e]l principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del art. 200 de la Constitución»³⁴.

C. El Estado de derecho como base del principio de proporcionalidad

Pero no es el único fundamento del principio de proporcionalidad encontrado por el TC, sino que este también lo funda en la cláusula del Estado de derecho³⁵ y, complementariamente, en el valor justicia. Así, «[e]n la medida en que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material»³⁶.

Una medida que afecta un derecho fundamental, como puede ser una sanción, puede llegar a ser desproporcionada o irrazonable cuando aparece como

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

34 EXP. N. 0010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, F. J. 138. Continuará diciendo el mencionado Tribunal que «[e]n su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo 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».

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

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

manifiestamente injusta. En estos casos se habla adicionalmente de la violación del debido proceso en su dimensión material. En efecto, la violación del debido proceso «no solo ocurre cuando se afectan algunas de sus garantías formales, sino también cuando no se observa un mínimo criterio de justicia, es decir, un criterio objetivable a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad»³⁷. Se parte, entonces, del entendido de que la razonabilidad, «en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia»³⁸.

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

Admitido que los derechos fundamentales entendidos como principios son mandatos de optimización que chocan entre sí, de modo que la optimización se realizará según lo determine el peso específico y relativo a las circunstancias del conflicto concreto, el principio de proporcionalidad aparece como un procedimiento dirigido a establecer cuál derecho deberá prevalecer, cuál será su grado de su optimización y cuál el grado de lesión del derecho vencido, siempre en las circunstancias del conflicto concreto. De ahí que el principio de proporcionalidad vaya estrechamente ligado a la concepción de los derechos fundamentales como mandatos de optimización (principios), de modo que «el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y esta implica aquélla»³⁹, al punto que «quien objeta la teoría de los principios tiene también que objetar el principio de proporcionalidad»⁴⁰.

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

E. Dimensiones del principio de proporcionalidad

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

37 EXP. N. 2502–2004–AA/TC, de 8 de noviembre de 2004, F. J. 4.

38 EXP. N. 0976–2001–AA/TC, de 13 de marzo de 2003, F. J. 17.

39 Alexy 1993: 111.

40 Alexy 2003: 101.

restricción del derecho a tres juicios: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *sensu stricto*. Por eso, el principio de proporcionalidad puede definirse de modo general como aquel principio «integrado por un conjunto de criterios o herramientas que permiten medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como la de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio»⁴¹.

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

a. El juicio de idoneidad

El primer juicio que compone el test de proporcionalidad es el juicio de idoneidad o de adecuación. Este juicio tiene una doble exigencia: requiere que la medida o acto restrictivo de un derecho fundamental tenga un fin; y exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin, es decir, «debe ser idónea para producir la protección del bien jurídico»⁴². En palabras del TC, de acuerdo con este juicio «toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida sub examine»⁴³.

Sin embargo, no cualquier finalidad sirve para legitimar una medida que restringe derechos fundamentales, sino que el fin propuesto debe ser constitucionalmente permitido y socialmente relevante. Así, «permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no solo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes»⁴⁴. Por tanto, se requiere de medidas «cuyo dictado obedezca a la necesidad de proteger fines constitucionalmente legítimos que la puedan justificar»⁴⁵.

41 Barnes 1998: 16.

42 BVerfGE 67, 157 (173).

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

44 STC 55/1996, citada, F. J. 7.

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

La aplicación de este juicio se formula siempre en el presente de modo que puede ocurrir que una medida que en su origen fue no idónea, con el tiempo y el cambio de circunstancias, puede haber devenido en idónea y viceversa⁴⁶. Complementariamente, el fin al que ha de obedecer el operador jurídico, no es solo el fin expresamente declarado por el emisor de la medida (legislador, funcionario de la administración o juez), sino también a la finalidad que pueda real y verdaderamente subyacer a la medida⁴⁷.

b. El juicio de necesidad

Si la medida que afecta un derecho fundamental ha superado el juicio de idoneidad, no por ello es una medida proporcionada, sino que ha de superar —como siguiente paso— el juicio de necesidad. Mediante este juicio se examina si una medida que restringe un derecho fundamental es la menos restrictiva de entre otras medidas igualmente eficaces para alcanzar la finalidad constitucionalmente permitida y perseguida. De forma que «para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado»⁴⁸.

Definido así el juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad solo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue⁴⁹. Con otras palabras, se «[r]equiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental»⁵⁰. Así, una medida será necesaria «si el legislador no habría podido elegir otro medio igualmente eficaz pero nada o sensiblemente menos restrictivo

46 Cianciardo 2000: 334.

47 Así, por ejemplo, en referencia a la detención preventiva, el TC alemán ha tenido que hacer referencia al «verdadero motivo» que subyacía a la medida que restringía la libertad. Así dijo el mencionado Tribunal: «el juez tiene que tener en cuenta que el objetivo que se persigue como el verdadero motivo de justificación de la detención preventiva, es el de garantizar el desarrollo ordenado del proceso penal, y asegurar la posterior ejecución de la pena; si deja de ser idónea para uno de estos fines, no será proporcionada y por consiguiente no será admisible, en principio, ordenarla, mantenerla o cumplirla». BVerfGE 19, 342 (349).

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

49 Para Cianciardo, se trata de «un juicio plurilateral, vertical y horizontal simultáneamente, entre el medio escogido, el fin buscado y otros medios hipotéticos [...] Es un juicio de comparación que tiene lugar, primero, entre cada medio y el fin, y después, entre el medio y los medios alternativos». CIANCIARDO 2004: 90.

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

del derecho»⁵¹ que el empleado finalmente; o cuando una finalidad «no se puede alcanzar con otro tipo de medidas que coarten menos la libertad»⁵². Dicho negativamente, una medida que restringe un derecho fundamental será innecesaria cuando «resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador»⁵³.

c. El juicio de proporcionalidad strictu sensu

c1. La ley de la ponderación

Para que una medida idónea y necesaria sea proporcionada debe superar aún el llamado juicio de proporcionalidad en sentido estricto o sencillamente juicio de ponderación. A través de este juicio se exige que la medida que restringe un derecho fundamental «se encuentre en una relación adecuada [*angemessenem Verhältnis*] con el peso y la significación del derecho fundamental»⁵⁴. Generalmente se admite que se está frente a una relación adecuada o razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y las desventajas o los costos que conlleva adoptar la medida restrictiva de un derecho fundamental. Definida la relación razonable como una relación de equilibrio se podrá llegar a admitir que a mayor beneficio se permitirá una mayor restricción del derecho constitucional. Este es, en buena cuenta, el contenido de la propuesta Ley de ponderación por Alexy, que dice: «[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro»⁵⁵.

c2. Vinculación a la teoría de los derechos fundamentales como principios

Para advertir la vinculación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto con la teoría de los derechos fundamentales como principios, se asumirá lo siguiente: que P1 es un derecho fundamental que entra en contraposición con P2 (otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional), que M1 es una medida adoptada con la finalidad F consistente en el favorecimiento de P1, pero que restringe a P2. La vinculación del juicio de proporcionalidad en sentido estricto con la concepción de los derechos fundamentales como principios queda manifestada cuando se constata que precisamente por considerarse que tanto P1 como P2 son principios, es decir, que son mandatos de optimización, la medida M1 debe al

51 BVerfGE 30, 292 (316).

52 BVerfGE 19, 342 (351).

53 STC 55/1996, citada, F. J. 8.

54 BVerfGE 67, 157 (173).

55 Alexy 1993: 161.

menos generar un beneficio a P1 de la misma importancia que el perjuicio que causa a P2. Es decir, no sería posible hacer prevalecer una optimización de uno por sobre la del otro sin antes haber sopesado con cuál de los dos mandatos de optimización se generan más beneficios y menos perjuicios para los derechos fundamentales en juego. Si no fuesen considerados como principios, la adopción de M1 se produciría al margen de la justificación del grado de restricción o perjuicio que pueda sufrir P2⁵⁶.

Asumiendo que en las circunstancias del caso concreto (C) la adopción de M1 supondrá una relación razonable entre los beneficios que signifique a P1 y los perjuicios que produzca sobre P2, M1 será proporcionada. Por lo tanto, esta medida será constitucional y la lesión, sacrificio o restricción que pueda suponer sobre P2 está constitucionalmente justificada. Esto significará que P1 es el derecho fundamental victorioso, y P2 el derecho fundamental derrotado. De modo que frente a la cuestión decisiva de determinar «bajo cuales condiciones cuál principio tiene precedencia y cuál debe ceder»⁵⁷, la respuesta es que P1 precede a P2 en las circunstancias del caso concreto: (P1 P P2) C. En estas circunstancias estaría permitido lesionar, sacrificar, restringir P2.

V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: SU DEFENSA A TRAVÉS DEL HABEAS CORPUS

1. La lógica operativa

Dibujado a grandes rasgos el marco teórico dentro del cual se desenvuelve y tiene eficacia el principio de proporcionalidad, corresponde ahora analizar cómo este principio ha sido aplicado en los procesos constitucionales de habeas corpus en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como se sabe, constitucionalmente se ha establecido que el habeas corpus procederá en defensa del derecho a la libertad individual y de los derechos conexos a ella (art. 200, inc.1 Const.). Dentro de la lógica dogmática que se ha presentado antes, se tendría que admitir que la aplicación del principio de proporcionalidad en el seno de un proceso de habeas corpus, tendría los siguientes tres pasos.

En primer lugar, reconocer que el contenido constitucionalmente protegido *prima facie* de la libertad individual (y de los derechos conexos a ella) es un contenido que tiende a expandirse, y que inicialmente es un contenido tan amplio que forma parte de él incluso la prohibición de cualquier restricción al mismo. En se-

56 Según Alexy, «[l]a máxima de *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades *jurídicas*». Alexy 1993: 112.

57 Idem., p. 93.

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

Sin embargo, antes de pasar al análisis jurisprudencial es necesario poner de manifiesto la regla general que anima la actuación del TC en estos casos. Tal regla general manifiesta que los procesos constitucionales de habeas corpus, «no tienen por objeto emitir pronunciamiento sobre temas de fondo en un proceso judicial, sino más bien velar porque toda medida restrictiva de la libertad, en sus múltiples variantes, obedezca a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, en un marco de legalidad constitucional»⁵⁸.

Esta regla general se irá concretando en supuestos más específicos a los cuales se procederá a hacer referencia, con la finalidad de establecer si la antes referida lógica operativa es la que está presente o no en la argumentación iusfundamental del TC cuando este debe resolver demandas de habeas corpus interpuestas por restricciones de la libertad personal y de derechos constitucionales conexos.

2. Restricciones explícitas a la libertad de tránsito

A. Cuatro restricciones expresas y la exigencia de ponderación

No han sido pocas las ocasiones que ha tenido el TC para manifestarse respecto de los límites a la libertad de tránsito. El punto de partida ha sido reconocer que la mencionada libertad fundamental se encuentra sometida a restricciones que pueden ser explícitas e implícitas. Las primeras son las expresamente reconocidas en el texto constitucional, y «pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el art. 2, inc. 11 Const. (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en el art. 137, incs. 1 y 2 Const., referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente)»⁵⁹, las cuales se analizarán inmediatamente.

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

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

a. Restricción por ejecución de un mandato de detención

Estas restricciones expresas definirán su constitucionalidad siempre en las circunstancias del caso concreto; sin embargo, manifiesta el TC de modo general que la validez de la misma dependerá de su ajustamiento a las exigencias de la ponderación. Así, en lo que respecta a la restricción de la libertad de tránsito como consecuencia de un mandato judicial,

su procedencia, por lo general, se sustenta en la ponderación efectuada por el juzgador de que, con el libre tránsito de tal persona, no puede verse perjudicada o entorpecida la investigación o proceso de la que tal juzgador tiene conocimiento. En tales circunstancias no es, pues, que el derecho se restrinja por un capricho del juzgador, sino por la necesidad de que el servicio de justicia y los derechos que ella está obligada a garantizar, no sufran menoscabo alguno y, por consiguiente, puedan materializarse sin desmedro de los diversos objetivos constitucionales⁶⁰.

b. Restricción por aplicación de la ley de extranjería

Esta exigencia de ponderación se manifiesta también cuando la libertad de tránsito se ha de restringir por la aplicación de la ley de extranjería. Ha manifestado el TC que

[l]a justificación de dicho proceder [la mencionada restricción] se sustenta en que si bien los derechos fundamentales son reconocidos universalmente, cuando se trata de aquellos cuyo ámbito de ejecución trastoca principios esenciales, como la soberanía del Estado o la protección de sus nacionales, el ordenamiento jurídico, sobre la base de una equilibrada ponderación, puede hacer distinciones entre quienes forman parte del mismo (del Estado) y quienes carecen de tal vínculo»⁶¹.

De modo que cuando se restringe la libertad de tránsito, no se está negando «la posibilidad de poder gozar de un derecho a quienes no nacieron en nuestro territorio o no poseen nuestra nacionalidad, sino que resulta posible o plenamente legítimo imponer ciertas reglas de obligatorio cumplimiento para hacer viable el goce de dichos atributos»⁶².

60 *Idem.*, F. J. 5.

61 *Idem.*, F. J. 6.

62 *Ibidem.*

c. Restricción por razones de sanidad

Del mismo modo queda manifestada la exigencia de ponderación cuando la restricción de la libertad de tránsito acontece por razones de sanidad. Así,

por razones de sanidad también puede restringirse el derecho de tránsito, esencialmente porque, en tal caso, de lo que se trata es de garantizar que el ejercicio de dicho atributo no ponga en peligro derechos de terceros o, incluso, derechos distintos de los derechos de la persona que intenta el desplazamiento⁶³.

d. Restricción en un régimen de excepcionalidad

Y, en fin, la restricción deberá ser proporcionada cuando la libertad de tránsito pretenda ser ejercitada durante algún régimen de excepción. En estas circunstancias,

es posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, uno de los cuales es el derecho de tránsito o de locomoción. En dicho contexto, lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para cuyo efecto ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad⁶⁴.

B. Ausencia de la lógica operativa del principio de proporcionalidad

En la presentación de cada uno de estos supuestos de restricción expresa de la libertad personal, es claro el lenguaje propio de las teorías (absolutas y relativas) conflictivista de los derechos fundamentales. Sin embargo, en ningún caso queda manifestado —ni mucho menos justificado— una jerarquía *ad casum* fruto del principio de proporcionalidad, sino que por el contrario, es posible —y necesario— una explicación desde bases no conflictivistas. Así, es posible afirmar que, en cada uno de estos cuatro casos de restricción de la libertad personal, subyace el intento no de hacer prevalecer sobre el derecho fundamental a la libertad personal, los bienes jurídico-constitucionales del desarrollo normal de un proceso penal, o el interés nacional, o la salud pública o el interés público de un régimen de excepcionalidad, y establecer así una jerarquía concreta; sino más bien el intento de justificar que el contenido constitucional de la libertad individual no abarca la

63 Idem., F. J. 7.

64 Idem., F. J. 8.

facultad de poner en riesgo la consecución de tales bienes jurídico-constitucionales. De modo que, en definitiva, se trata de justificar el ejercicio razonable de la libertad individual, fuera del cual se convierte en un ejercicio inconstitucional no protegible por el habeas corpus.

3. Restricciones implícitas de la libertad de tránsito

A. Definición

Las restricciones implícitas de la libertad de tránsito, por el contrario, son aquellas que se definen a partir «de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, en determinadas circunstancias, debe prevalecer»⁶⁵. Así como ocurría con las restricciones expresas, también respecto de las restricciones implícitas, es posible afirmar la ausencia de la lógica operativa propia del principio de proporcionalidad desde bases conflictivistas, como a continuación se pasa a mostrar respecto de algunos casos de restricciones implícitas.

B. Libertad de tránsito y seguridad ciudadana

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la seguridad ciudadana es un bien jurídico constitucional que en no pocas oportunidades se ha contrapuesto a la libertad personal⁶⁶. Un supuesto reiterado en la mencionada jurisprudencia constitucional de confrontación entre la libertad de tránsito y seguridad ciudadana, ha sido el referido a la instalación en vías públicas de rejas metálicas u otro tipo de obstáculos al tránsito⁶⁷. Con respecto a esta confrontación ha manifestado el TC que

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

66 La seguridad ciudadana «hace referencia a un conjunto de acciones o medidas que están destinadas a salvaguardar el desarrollo de la vida comunitaria dentro de un contexto de paz, tranquilidad y orden, mediante la elaboración y ejecución de medidas vinculadas al denominado poder de Policía. La seguridad ciudadana consolida una situación de convivencia con ‘normalidad’, vale decir, preservando cualquier situación de peligro o amenaza para los derechos y bienes esenciales para la vida comunitaria». EXP. N. 2876–2005–PHC/TC, de 22 de junio de 2005, F. J. 18.

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

no resulta extraño, sino perfectamente legítimo el que bajo determinadas circunstancias los derechos puedan verse restringidos en determinados ámbitos de su contenido, a fin de compatibilizar los objetivos sociales propios de todo bien constitucional con los intereses individuales correspondientes a todo atributo o libertad⁶⁸.

A partir de aquí ha reconocido el referido Tribunal que

el establecimiento de mecanismos o medidas de seguridad vecinal, no es, per se, inconstitucional, si se parte de la necesidad que se tiene de compatibilizar o encontrar un marco de coexistencia entre la libertad de tránsito como derecho y la seguridad ciudadana como bien jurídico. Lo inconstitucional sería, en todo caso, que el mecanismo implementado o la forma de utilizarlo resulte irrazonable, desproporcionado o simplemente lesivo de cualquiera de los derechos constitucionales que reconoce el ordenamiento⁶⁹.

La cuestión, por tanto, se desplaza a examinar si una concreta medida de instalación de vallas, cercos perimétricos, tranqueras o similares en la vía pública tiene o no justificación razonable en la preservación de la seguridad ciudadana. Si la tiene, la colocación de las mismas estará constitucionalmente protegida, sino lo estará proscrita. La demanda de habeas corpus permite examinar si la concreta instalación de una valla o tranquera en la vía pública está o no constitucionalmente justificada, y para ello se emplea el juicio ponderativo:

es evidente que ante la existencia de ambas categorías [derecho fundamental de libertad de tránsito y bien jurídico seguridad ciudadana] al interior del ordenamiento se hace imperioso integrar tales roles en función de los grandes valores y principios proclamados en la Constitución. En ese gran reto ponderativo el juez constitucional ocupa un papel gravitante⁷⁰.

El TC ha declarado fundadas las demandas de habeas corpus ahí donde ha encontrado que

las razones de seguridad supuestamente legitimadoras del mecanismo habilitado no justifican en lo absoluto la cantidad de perjuicios ocasionados; antes bien, ni siquiera han sido demostradas de manera mínimamente objetiva, de

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

69 Idem., F. J. 22.

70 Idem., F. J. 17.

modo tal que comprometan la necesidad de mayores exigencias de control a las ya existentes⁷¹.

Es decir, ha declarado fundado el habeas corpus ahí donde ha encontrado que la medida de colocación de vallas es desproporcionada al encontrar mayores perjuicios que beneficios.

También ha declarado fundada la demanda de habeas corpus ahí donde siendo constitucionalmente correcta la instalación de rejas en la vía pública, la forma como se emplean resulta violatoria de la libertad de tránsito. En un caso concreto en el que el demandante de habeas corpus había denunciado que por no estar al día en el pago de las cuotas como integrante de la Junta Vecinal se entorpecía con el rejado su ingreso a la Urbanización en la que residía, dijo el TC que

[n]o es razonable ni equitativo que, si al resto de vecinos e incluso a quien llega desde afuera sin pertenecer a la vecindad, se le facilitan las condiciones de tránsito, al recurrente, por el contrario, se le entorpezcan las cosas y tenga que ser él mismo el que se baje de su vehículo para poder transitar. [...]. Así como no podría pretenderse imponer a la Junta Vecinal que brinde gratuitamente los servicios de seguridad a quien no los sufraga, tampoco es razonable imponer molestias al vecino que debe transitar como lo hace cualquier ciudadano en una vía pública⁷².

Por el contrario, ha declarado infundadas demandas de habeas corpus en los casos en los que se ha podido justificar la razonabilidad de la colocación de rejas o vallas metálicas. Así, en un caso concreto dijo que no había vulneración de la libertad de tránsito porque el cerco perimétrico

ha sido autorizado y viene funcionando de acuerdo a los parámetros establecidos por la entidad edil que autorizó su instalación, esto es, permanecen abiertas desde las 05:00 hasta las 23:00 horas, siendo luego cerradas y vigiladas por personal contratado (vigilantes) quien tiene las llaves y abre las rejas a solicitud de cualquier persona que requiere transitar por las calles cercadas⁷³.

En la confrontación entre libertad individual y seguridad ciudadana, el habeas corpus está destinado a mostrar la justificación constitucionalmente correcta y suficiente de si en un caso concreto el contenido constitucional de la libertad de tránsito permite o no la colocación de vallas o impedimentos semejantes en la

71 Idem., F. J. 25, apartado K.

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

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

vía pública. El marco de coexistencia entre la mencionada libertad fundamental y el referido bien jurídico constitucional al que hace referencia el Tribunal Constitucional, no admite el sacrificio ni del derecho ni del bien jurídico, precisamente la coexistencia debe forjarse a partir de ejercicios razonables de los derechos fundamentales. Porque ni el derecho fundamental da derecho a poner en riesgo la seguridad ciudadana; ni la seguridad ciudadana habilita a menoscabar el ejercicio razonable de la libertad de tránsito.

C. Libre circulación de vehículo y autorización para hacerlo

Otro ejemplo de restricción implícita de la libertad de tránsito está relacionado con los vehículos de transporte público. Fue el caso en el que el demandante denunció la interceptación de vehículos de transporte público de su propiedad que circulaban por la ruta que decía corresponderle. En este caso, encontró el TC que el demandante no tenía autorización para transitar por esa ruta, lo que le llevó a declarar improcedente la demanda:

[I]a supuesta vulneración a la libertad de tránsito no se ha producido en el sentido manifestado por el recurrente, sino que, por el contrario, él es quien estuvo realizando un ejercicio proscrito por una orden judicial, máxime si se reconoce como un límite de la libertad de tránsito contar con el correspondiente permiso, y claro está, ser el titular de dicho permiso, situación que no se cumplía cuando se interpuso la demanda⁷⁴.

Quiere esto decir que las denunciadas como restricciones implícitas a la libertad de tránsito, no eran realmente tales en la medida en que ellas en realidad eran medidas que intentaban frenar el ejercicio extralimitado de la mencionada libertad fundamental.

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

Un ejemplo más de restricción implícita es la que impedía el acceso de un particular a su inmueble, debido a que el acceso al mismo se hallaba obstruido por los puestos de vendedores ambulantes, los que incluso no contaban con autorización municipal para ello. Empieza el TC reconociendo que las vías de tránsito público «sirven no solo para permitir el desplazamiento peatonal, sino para facilitar otros ámbitos de autodeterminación de la persona o el ejercicio de otros derechos fundamentales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.)»⁷⁵; de

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

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

modo que vienen a constituir «un elemento instrumental sumamente importante del cual depende la satisfacción plena o la realización de una multiplicidad de objetivos personales»⁷⁶.

Luego, al constatar que la restricción a la libertad de acceso del demandante en habeas corpus no tenía justificación alguna, declaró el TC fundada la demanda constitucional. Al respecto, dijo que

los demandados no cuentan con la autorización respectiva de la Municipalidad Distrital del Rímac y se ha ordenado el retiro de la vía pública de los comerciantes informales que se ubican en la cuadra 3 del jirón Gregorio VII [...]. Ahora, si bien es cierto que los demandados, personal y físicamente, no restringen la libertad de tránsito del demandante, también lo es que, a través de sus 'puestos', le impiden al demandante desplazarse libremente, esto es, entrar y salir, sin impedimentos, de su propiedad⁷⁷.

Esta falta de justificación significaba que los demandados ejercían su libertad de trabajo y de comercio de una manera extralimitada debido a que ocupaban puestos comerciales en plena vía pública sin la respectiva autorización administrativa. Nuevamente está ausente la lógica operativa del principio de proporcionalidad. La constitucionalidad de la restricción se encamina a determinar si tiene o no justificación, la cual al no existir hace que el impedimento de acceso a la propiedad del demandante se tenga por inconstitucionalmente inválido. Y es que tal impedimento no formaba parte del contenido constitucionalmente protegido de ninguno de los derechos fundamentales de los demandados, sino que era fruto del ejercicio extralimitado de sus derechos al trabajo y comercio y, por ello, sin cobertura constitucional. De esta manera se afectaba el ejercicio razonable de la libertad individual (derecho de acceso a la propiedad), situación que justificaba la interposición del habeas corpus.

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

Un ejemplo también de restricción implícita a la libertad personal, es el supuesto de restricción de la libertad por el no pago de un tratamiento clínico. En un caso concreto, el TC declaró fundada la demanda de habeas corpus debido a que de la relación de los hechos se concluía que «el procedimiento existente en el Instituto Clínico emplazado para que un paciente, como la beneficiaria del habeas corpus,

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Idem.*, F. J. 14.

pueda salir realmente de alta, supone que previamente se efectúe el pago por el tratamiento médico»⁷⁸.

Fue claro el TC al manifestar que conductas como estas agreden el valor de la persona humana como fin. Por eso, si bien es cierto el centro hospitalario tiene derecho a cobrar los gastos médicos, no puede utilizar como medio para ello «la restricción del ejercicio efectivo de la libertad personal. No solo porque tal proceder no está contemplado en la ley, como exige el ordinal b) del art. 2, inc. 24 Const.; sino también porque [...], los seres humanos no pueden ser considerados como objetos para la consecución de un fin»⁷⁹.

En este supuesto también la exigencia de razonabilidad y proporcionalidad en la medida adoptada por el centro de salud significa la exigencia de justificación constitucional en el ejercicio de algún derecho fundamental o bien jurídico constitucional, y hacia ello se dirige el juicio ponderativo antes que seguir la lógica operativa que concluiría en una jerarquía concreta de los derechos fundamentales. Así, de lo que se trata no es de establecer que en el caso concreto la libertad individual está por encima del derecho a cobrar, sino más bien de establecer una justificación constitucionalmente correcta para afirmar que no forma parte del derecho al cobro la facultad de retener a una persona.

F. Libertad personal y libertad de opinión

Un supuesto presentado en la jurisprudencia del TC sobre restricción implícita de la libertad personal cuestionable a través de una demanda de habeas corpus ha sido el relacionado con las reglas de conducta impuestas a un procesado que no cumple prisión preventiva. Fue el caso que a una procesada penalmente se le prohibió hacer declaraciones a la prensa sobre el proceso que se le seguía en su contra, por lo que interpuso habeas corpus denunciando que esa prohibición vulneraba su libertad de opinión. Esta libertad fundamental, en este supuesto, configuraba un derecho constitucional conexo a la libertad personal debido a que del cumplimiento de la regla de conducta dependía el mantenimiento de la detención domiciliaria o su revocación y la disposición de la prisión preventiva. El habeas corpus fue declarado infundado en este punto, debido a que

la regla de conducta que debe cumplir la recurrente no aparece como atentatoria al derecho a la libertad de opinión, siempre que se la entienda dentro sus justos alcances. Tales alcances están estrictamente referidos a la previsión establecida en el art. 73 del Código de Procedimientos Penales, el mismo que,

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

79 *Ibidem*.

en aras de asegurar la plena eficiencia en la labor de investigación del delito, dispone que la etapa de instrucción es reservada. Por tal motivo, la regla de conducta cuestionada no hace sino incidir en la obligación que, como procesada, alcanza a la recurrente⁸⁰.

Nuevamente, en esta justificación dada por el TC está ausente toda idea de jerarquía *ad casum* proveniente de un juicio ponderativo, por el contrario, está presente la intención de determinar si se está o no ante el ejercicio razonable de la libertad de expresión. Los justos alcances a los que se hace referencia, invitan a pensar que la regla de conducta formaba parte del contenido constitucional del bien jurídico «éxito del proceso penal», y que admitir la pretensión de considerarla como proscrita constitucionalmente, habría sido un ejercicio extralimitado de la libertad de expresión.

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

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

Más allá de lo criticable de algunos pasos en la aplicación del referido principio que realiza el referido tribunal en este caso concreto, se ha de resaltar que el mismo no tuvo por finalidad hacer prevalecer un derecho sobre otro, sino más bien la de determinar el contenido constitucional de los derechos fundamentales en las circunstancias del caso concreto. Así, por ejemplo, hubo referido el TC que

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

es imprescindible determinar si la preparación, filmación y divulgación de imágenes que demostrarían una supuesta prostitución ilícita está protegida por el derecho a la información de los recurrentes o si, por el contrario, ello se configura como una vulneración del ámbito de protección del derecho a la vida privada de la querellante. Ello hace necesaria la aplicación del test del balancing o ponderación⁸¹.

Luego de aplicar el principio de proporcionalidad, concluyó el TC que la difusión de las imágenes no estaba amparado por el derecho de información debido a que lo difundido pertenecía al ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la intimidad, lo que le permite concluir que no hubo violación del derecho de defensa de los demandantes al no tener sustento jurídico su alegada atipicidad. Y es que «[s]i bien es aceptable que una persona pueda informar sobre un asunto como es la prostitución clandestina, no puede ser válido que ello se realice presentando uno o dos casos [...], a través de la transmisión de imágenes inútiles para la investigación periodística»⁸².

De esta manera, el test de ponderación aplicado en el habeas corpus sirvió no para determinar cuál derecho fundamental pesaba más, sino para establecer una justificación constitucionalmente correcta al ejercicio razonable de un derecho fundamental, es decir, a determinar los ámbitos de protección de cada derecho fundamental en el caso concreto, para permitir luego afirmar que lo que estaba fuera de ese ámbito de protección no tenía cobertura constitucional, en lugar de afirmar que resultaba sacrificado o restringido.

H. Libertad personal y libertad religiosa

La libertad religiosa puede llegar a constituirse también en un derecho fundamental conexo a la libertad personal. Eso ocurrirá cuando es invocado por una persona que se encuentra reclusa ya sea como consecuencia de un mandato de prisión preventiva, ya como condena por un delito. La conexidad viene dada por el hecho de que la vulneración de la libertad de tránsito puede llevar aparejada la vulneración de otros derechos fundamentales, como el de la libertad religiosa. Eso ocurrió en el caso de un condenado por terrorismo, quien pese a las solicitudes que había formulado no era asistido por un consejero espiritual de la religión que él profesaba. Luego de que el TC reconociera que formaba parte del contenido constitucional del derecho a la libertad religiosa «recibir la asistencia o consejería religiosa, necesarias para la tranquilidad espiritual de las personas que pudieran encontrarse dentro de

81 EXP. N. 6712-2005-HC/TC, de 17 de octubre de 2005, F. J. 36.

82 Idem., F. J. 60.

un régimen especial de sujeción, como por ejemplo en hospitales, asilos, centros de rehabilitación, centros de formación militar, establecimientos penitenciarios, entre otros»⁸³, y luego de constatar que no existía ninguna razón para impedir ese asesoramiento espiritual, debido a que «los emplazados no han desvirtuado lo alegado por el demandante»⁸⁴, el TC declaró fundada la demanda de habeas corpus en este punto, y ordenó que la entidad penitenciaria pertinente resuelva la solicitud formulada por el reo, dando el siguiente criterio de solución:

es evidente que la persona que se encuentra internada —procesada o sentenciada— en un establecimiento penitenciario no puede ser impedida, prima facie, de ejercer su derecho fundamental a la libertad religiosa; siempre que de ello no deriven afectaciones a los derechos fundamentales de los demás o no impliquen actos de intolerancia que pongan en riesgo otros bienes constitucionales como el orden público, la moral, la seguridad de la población, bienes que, según el art. 44 de la Constitución le corresponde también proteger al Estado⁸⁵.

También en este caso, la demanda de habeas corpus fue declarada fundada debido a que el límite de facto que se había establecido contra la libertad religiosa del demandante no tenía justificación alguna al no haberse mencionado ninguna razón para su adopción. En ese sentido, no era una medida ponderada, y no en el sentido de haber quebrado una determinada jerarquía ad casum.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL

1. Un nuevo entendimiento de la exigencia de proporcionalidad

Anteriormente se ha hecho notar el contenido dogmático que subyace a las llamadas teorías absolutas y a las teorías relativas sobre la definición del contenido esencial de los derechos fundamentales. Como se dijo, ellas se formulan a partir de la consideración de los derechos fundamentales como principios que hay que optimizar según lo permitan las posibilidades jurídicas y fácticas. A partir de aquí, los derechos fundamentales son considerados como realidades que se expanden, lo que daba como consecuencia necesaria que existieran choques entre derechos fundamentales o entre estos y bienes jurídicos constitucionales. Frente a esa realidad, y dado de que no es posible pensar en una convivencia social en la cual los

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

84 Idem., F. J. 11.

85 Idem., F. J. 16.

derechos fundamentales pueden ser ejercitados ilimitadamente, surge la necesidad de frenar esa expansión, y de ser el caso, empujar hacia adentro la frontera del derecho, es decir, restringirlo, sacrificarlo o lesionarlo, cuando así lo exija la salvación del derecho o bien constitucional opuesto. En este contexto se afirma que existe un contenido constitucional *prima facie* (el contenido del derecho en expansión), y un contenido definitivo (el contenido del derecho resultante de haberlo restringido en un caso concreto).

Ya en otro lugar he intentado hacer notar los errores de los que parte y las aporías a las que conduce esta forma de entender los derechos fundamentales, que aquí no he de repetir⁸⁶. Solo convendrá decir que una dogmática iusfundamental que pretende ser válida, tiene que edificarse sobre bases sólidas, coherentes y compatibles con las exigencias de la naturaleza y dignidad humanas, y con la Constitución entendida como norma jurídica fundamental que rechaza jerarquías (abstractas y *ad casum*), y que —por el contrario— permite una hermenéutica constitucional que favorece la vigencia armónica de los distintos derechos y bienes constitucionales que reconoce y protege.

En este contexto, es posible defender que las cuestiones iusfundamentales no se resuelven a partir de determinar cuál derecho fundamental pesa más en el caso concreto, para a partir de ahí decidir el derecho fundamental vencedor y el vencido. Sino que esas cuestiones iusfundamentales deben ser resueltas apelando a técnicas de interpretación constitucional que permitan definir en cada caso concreto si una determinada pretensión cae o no dentro del contenido constitucional del derecho fundamental en el que pretende fundarse. En esta línea, la labor del principio de proporcionalidad no es definir una jerarquía concreta (*ad casum*), sino que su finalidad es valorar las posibilidades fácticas y jurídicas para establecer si existe o no una justificación razonable que permita concluir que una concreta pretensión (una concreta medida) forma o no parte del contenido constitucional de un derecho fundamental. Si es posible sostener una justificación razonable y constitucionalmente correcta de una concreta medida, entonces, esa medida forma parte del contenido constitucional del derecho fundamental que se invoque y, por ello, recibirá protección constitucional —por ejemplo— a través del *habeas corpus* cuando ese derecho fundamental es la libertad personal o alguno conexo a

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

ella. Si, por el contrario, no es posible sostener esa justificación, o las razones que se han dado no son constitucionalmente correctas, entonces, significará que esa medida cae fuera del derecho fundamental invocado y que darle cobertura constitucional significará proteger un ejercicio extralimitado del derecho.

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

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

2. Manifestación de este nuevo entendimiento en la jurisprudencia del TC sobre habeas corpus

De modo general, puede sostenerse que del análisis de la jurisprudencia del TC recaída en los procesos de habeas corpus, se concluye que no están presentes los tres pasos de la lógica operativa del principio de proporcionalidad puestos antes de manifiesto. En efecto, no se ha hecho referencia ni a la idoneidad ni a la necesidad de la medida restrictiva de la libertad de tránsito. La referencia se ha formulado respecto de la ponderación, que —como se ha dicho antes— equivaldría al juicio de proporcionalidad en sentido estricto; pero se ha formulado no con el

significado que le otorga el principio de proporcionalidad desde los parámetros conflictivistas, sino con uno diferente que ya fue asomando en el concreto análisis jurisprudencial realizado líneas arriba.

Mientras la ponderación dentro de la lógica conflictivista tiene por finalidad determinar cuál derecho fundamental o bien jurídico constitucional ha de prevalecer, y cuál ha de ser sacrificado en su contenido constitucional; la ponderación empleada por el TC en realidad tiene que ver más con la justificación constitucional de un límite que puede ser concebido como una exigencia esencial (que brota de la esencia) del derecho fundamental del que se predica. La diferencia entre límite y restricción siendo sutil se torna de una trascendencia significativa que obliga a no desconocerla. El límite es la frontera interna que conforma y define el contenido constitucional de un derecho fundamental; mientras que la restricción significa primero quebrantar el límite para —segundo— introducirse en el contenido del derecho e inmolar una parte de él; es decir, la restricción es el límite ajeno y exterior al derecho fundamental que viene impuesto desde fuera.

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

Por solo tomar como muestra un supuesto de los antes estudiados dentro de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se tomará el caso de las restricciones explícitas a la libertad personal y derechos conexos, en particular, la primera restricción explícita: cuando el mencionado Tribunal afirma que el mandato de detención debe ser fruto de una decisión proporcionada, es decir, debidamente sustentada y justificada. Cuando se da esta justificación argumentada, lo que en buena cuenta está significando es que no forma parte del contenido constitucional de la libertad de tránsito, la pretensión de emplear esa libertad para perjudicar o entorpecer la investigación o el proceso penal iniciado. La ponderación, en este caso, se traduce en el conjunto de argumentos que justifiquen decidir que un procesado penalmente no tiene derecho a estar en libertad si existen razones que permitan concluir que perjudicará y entorpecerá la investigación o el proceso penal.

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

Este mismo razonamiento es posible formularlo de cada uno de los supuestos de restricción de la libertad estudiados durante el análisis del actuar jurisprudencial del TC en los procesos de habeas corpus, para llegar a una misma conclusión: la proporcionalidad o razonabilidad (en particular, la ponderación) se emplea para justificar si una pretensión forma o no parte del contenido constitucional de un derecho fundamental, y no para pasar como constitucional algo que en ningún caso lo es: la restricción o el sacrificio de derechos fundamentales.