

LA APLICACIÓN DEL MODELO NEOCONSTITUCIONAL EN LA ARGUMENTACIÓN DE JUECES PENALES AÑO 2017 AL 2019

AUTORES:

Rosario Degracia Ortiz.^{*}

Percy Edwin Pineda Toscano.^{**}

Resumen

Nuestra investigación refiere la aplicación del modelo neo constitucional en los juzgados penales y sus diversas resoluciones, donde la casuística muestra repetidamente la derrotabilidad de la norma, ante los enunciados constitucionales que consagran derechos fundamentales expresos e implícitos estamos ante un nuevo momento: el Neo constitucionalismo. Nos preguntamos ¿Qué beneficios genera la aplicación del modelo neo constitucional en la Sala Penal Nacional de la Corte de Justicia de Lima? Ante esta interrogante, nos planteamos como objetivo; determinar, los beneficios que generan la aplicación del modelo neo constitucional, en la Sala Penal Nacional de la Corte de Justicia de Lima. Para Este problema considero, justificable el desarrollo de la investigación. hemos utilizado el método de análisis deductivo e inductivo, tipo descriptiva correlacional, diseño no experimental. Asimismo, entre los resultados se encontró que las sentencias analizadas los jueces, algunas veces se vienen aplicando correctamente el modelo neo constitucional, el cual se evidencia al utilizar como herramienta de argumentación para la restricción de derechos fundamentales, el Test de proporcionalidad.

Palabras Clave: Modelo neo constitucional, fundamentación, sentencia.

* Ex alumno de la Universidad Peruana los Andes

** Ex alumno de la Universidad Peruana los Andes

INTRODUCCIÓN

El neo constitucionalismo, al ser una moderna forma de ver la constitución propone un prototipo distinto de organización jurídico-política, que aborda un cambio de enfoque en el plano teórico, metodológico e ideológico

El constitucionalismo moderno es la consecuencia de los errores del Estado de Derecho por ser exageradamente positivista, que no soluciona la problemática de las personas. Pues bien, los cambios están destinados a cautelar los derechos de los ciudadanos, rechazando gradualmente la fuerte tradición positivista, cuyo norte es un sistema tutelar de las libertades, que neutralicen cualquier acto arbitrario de poder.

El Tribunal Constitucional es participe de este cambio por medio de sus resoluciones, con el objeto de ejercer el control de constitucionalidad de la norma y con ello, materializar la cautela de los derechos fundamentales. Es otras palabras, la norma fundamental ejecuta salvaguarda de la sociedad a través de sentencias garantes de derechos.

METODOLOGÍA

Métodos generales

La metodología aplicar es de análisis y síntesis, de las sentencias de vista de la Sala Penal Nacional mediante el cual, se logrará obtener los fundamentos de maximizar la defensa de los derechos fundamentales, a través del modelo neo constitucional.

Métodos específicos

Es el método deductivo e inductivo, donde facilitara procesar la información obtenida,

Métodos particulares

El método hermenéutico o interpretativo, que permitirá mejorar los criterios de interpretación del neo constitucionalismo.

Diseño De Investigación

No experimental

Población.

Las Resoluciones emitidas por la Sala Penal Nacional, durante el año judicial 2017 – 2019.

Muestra

La muestra consistirá en los Procesos de Casos Emblemáticos más sonados de las Resoluciones emitidas por la Sala Penal Nacional, tales como; Resoluciones de Prisiones Preventivas y Sentencias de Vista, durante el año judicial 2017 - 2019, de Ex presidentes y políticos que hubieren aplicado el neo constitucionalismo a través del test de razonabilidad y proporcionalidad; conforme al muestreo No probabilístico.

Resoluciones de Prisión Preventiva	Investigados	Expediente	1JIPN	3JIPN
2017	Nadine Heredia, Ollanta Humala	249-2015	1	
2018	Keiko Sofia Fujimori Higuchi	299-2017	1	
2019	Félix Moreno Caballero	75-2017	1	1
2019	Susana del	36-2017	1	

	Carmen Villarán De la Puente			
2019	Pedro Pablo Kuczynski Godard	19-2018	1	
	TOTAL		5	1

Instrumentos

Son aquellos materiales que se van a utilizar en el proceso para recolectar y almacenar la información en la investigación, tales como; libros, revistas, artículos, notas periodísticas, información digital, jurisprudencia, base legal.

RESULTADOS DE LA INVESTIGACION:

Los casos más emblemáticos desarrollados en nuestra investigación muchas veces se han visto empañados de resoluciones carentes de lógica y de Aparente motivación respecto a la aplicación de los test de proporcionalidad, los que en su momento fueron apelados y estos en instancias superiores se llegó a identificar los derechos de los investigados, sentenciados, vulnerados abiertamente por los jueces penales en muchos casos revocaron y/o modificaron las resoluciones originarias por tanto, es legítimo amparar las apelaciones y declarar nulas las Resoluciones cuestionadas y reponiendo las cosas al estado anterior. Cabe destacar que el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, va más allá de la denominación que se le dé al recurso impugnatorio, la invocación de la lesión de un derecho fundamental, es razón suficiente para materializar su admisión. En consecuencia, es relevante los argumentos que sostiene el neo constitucionalismo, para el desarrollo de los argumentos judiciales que verse sobre derechos y libertades, tales como hemos desarrollado nuestra investigación que a continuación detallamos:

ANALISIS DE LOS CASOS, REALIZADA POR LOS INVESTIGADORES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
EXP N ° 04780-2017-PHC/TC (LIMA)- EXP N ° 00502-2018-PHC/TC (Acumulado)
PIURA
OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO Y NADINE HEREDIA ALARCÓN

Se advierte, una clara lesión a los derechos fundamentales de los procesados, dado que los argumentos desarrollados en la resolución de previsión preventiva son lesivos a los derechos fundamentales, es decir, los argumentos esbozados por los magistrados (1ra y 2da instancia) justifican la revocatoria de la medida coercitiva de comparecencia restringida de los imputados, cambiándoles por el de prisión preventiva, (según ellos) ante el aparente incremento del peligro procesal de los imputados, la misma que carece de una debida motivación (principios como el test de proporcionalidad y razonabilidad) en definitiva, dicha resolución es lesiva al derecho de la libertad personal, por tanto, es legítimo amparar la demanda y declarar nulas las Resoluciones. 3 y 9 cuestionadas, y reponiendo las cosas al estado anterior, devolver la libertad de los favorecidos en las mismas condiciones, es decir, devolver la calidad de investigados con mandatos de comparecencia restringida a los favorecidos. Cabe destacar que el efecto de irradiación de los derechos fundamentales, va más allá de la denominación que se le dé al recurso impugnatorio, la invocación de la lesión de un derecho fundamental, es razón suficiente para materializar su admisión. En consecuencia, son relevantes los argumentos que sostiene el neo constitucionalismo, para el desarrollo de los argumentos judiciales que verse sobre derechos y libertades. Por tanto, los argumentos esbozados en el contenido de la resolución del ad quo, no son compatibles con el razonamiento que establece el Tribunal Constitucional sobre la restricción de libertades.

AUTO DE DETENCION PRELIMINAR JUDICIAL
EXP N ° 00299-2017-28-5001-JR-PE-01 LIMA
KEIKO SOFIA FUJIMORI HIGUCHI Y OTROS

En esta resolución, se evidencia un claro desarrollo del Test de proporcionalidad para hacer efectiva la restricción del derecho fundamental a la libertad de los investigados, aplicándose para ello, el juicio de idoneidad o adecuación, pues según refiere la resolución resulta pertinente la detención preliminar de los 20 investigados, ello en merito, a la obstaculización de la actividad probatoria y al inminente peligro de fuga, dado a la poder influyente que tienen los investigados sobre algunos testigos. También, sobre otro sub principio del Test como el de adecuación, resulta valido porque argumenta de manera sostenible la medida de detención preliminar de los veinte investigados, en aras de garantizar su presencia en la investigación, por los motivos ya mencionados, obstaculización de la prueba y el peligro de fuga.

La necesidad argumentada en la aplicación del Test de proporcionalidad es amparable, por cuanto, se pretende evitar que los investigados eludan la justicia, con las herramientas mencionadas para obtener decisiones favorables, tal aseveración, encuentra un sustento técnico legal, a través del Informe 01-05-2018-MP-FN presentado por la Fiscal Provincial Sandra Castro Castillo del caso "Los Cuellos Blancos". Finalmente, existen razones suficientes para restringir el derecho fundamental a la libertad de los 20 investigados, bajo los argumentos constitucionales, en merito a la pretensión de garantizar la presencia de los investigados y hacer prevalecer el sistema de justicia, en el extremo de la persecución penal, evitando que los investigados puedan evadir la justicia, existiendo un alto índice de impunidad y desconfianza en el sistema judicial.

**AUTO DE APELACION DE VARIACION DE MEDIDA DE COMPARECENCIA
POR PRISION PREVENTIVA
EXP N ° 75-2017-23-5001-JR-PE-03
FELIX MANUEL MORENO CABALLERO**

En esta resolución, la impecable labor del juez se cristaliza en la evaluación de control constitucional de la norma, donde se pretende restringir un derecho fundamental, en tanto, la ejecución del principio de proporcionalidad, goza de validez y legitimidad. En tal sentido, a la realización de los test, se tiene el de

idoneidad, para determinar si la medida es apropiada para obtener el fin constitucionalmente legítimo; siendo idónea la medida de prisión preventiva, por cuanto, responde a una medida de carácter preventivo, que pretende garantizar la presencia del imputado en el proceso por el delito de lavado de activos y tráfico de influencias. En el test de necesidad, no se logró acreditar una medida menos gravosa, por lo mismo que el imputado ya se había fugado por otro proceso en el que se encuentra con sentencia condenatoria. Finalmente, el test de proporcionalidad en sentido estricto considera que, ante tal análisis, la limitación del derecho a la libertad del imputado resulta proporcional para garantizar su presente en el desarrollo del presente proceso penal. En ese contexto, es justa y plenamente razonable la aplicación de la medida cautelar personal de prisión preventiva contra el imputado Félix Manuel Moreno Caballero.

**PRIMERA SALA PENAL DE APELACIONES NACIONAL PERMANENTE
ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCION DE FUNCIONARIOS
EXP N ° 00036-2017-16-5201-JR-PE-03
SUSANA DEL CARMEN VILLARAN DE LA PUENTE**

En esta resolución, el colegiado a efectos, de evitar caer en arbitrariedades aplica el modelo neo constitucional del derecho, pues también ejecuto con pulcritud la argumentación del principio de proporcionalidad, que se manifiesta en los test, que la conforman, como son de necesidad, el de idoneidad, proporcionalidad propiamente dicho. Para el caso, donde se aplicó la medida restrictiva de prisión preventiva, las razones constitucionales que orillan su decisión son legítimas y objetivas, pues en cada punto de la resolución argumento en un plano constitucional su fallo. Ahora bien, la idoneidad de la medida restrictiva de derechos estriba su causa, en haberse acreditado la injerencia ius ambulandi de los imputados Gómez Cornejo Rotade, Villarán de la Puente y Castro Gutiérrez por ello, urge alcanzar el fin del proceso, cuya garantía constitucional ha quedado demostrado. Asimismo, ante la inexistencia de alguna otra medida menos gravosa o lo que es peor, peligraría la eficacia del proceso, se justifica la necesidad, por lo mismo que los imputados tienen la facilidad de salir fuera del país. Finalmente, habiéndose en el análisis

reunido los presupuestos que exige el test de proporcionalidad, resulta válido y amparable el mandado de prisión preventiva, toda vez que se ajusta al razonamiento constitucional.

**TERCER JUZGADO DE INVESTIGACION PREPARATORIA NACIONAL
PERMANENTE ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCION DE
FUNCIONARIOS.**

**EXP N ° 00019-2018-13-5201-JR-PE-01
PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD**

En esta resolución, el juez valoro adecuadamente los hechos para aplicar el test de proporcionalidad, al momento de resolver a favor de la restricción del derecho fundamental a la libertad, en efecto, tal decisión dista mucho de un acto arbitrario, puesto que se realizó la evaluación de los sub principios que comprende el test de proporcionalidad. En ese contexto, al examen de idoneidad muestra el peligro de fuga y obstaculización de la investigación, por el nexo con Gerardo Sepulveda, quien es un personaje peligrosísimo. En el test de necesidad, la medida se logra acreditar un conjunto de circunstancias que fortalece el pedido fiscal sobre la prisión preventiva, hechos que coadyuvan a obstaculizar el proceso de investigación, además, de su estado de salud no se logra acreditar que el investigado se encuentre en un estado de salud grave o incurable, según el informe del médico legista. Finalmente, el test de proporcionalidad en sentido estricto, se tiene que el delito de lavado de activos es pluriofensivo, por tanto, ante la colisión de derechos individuales, los derechos colectivos se superponen a estos, pues la seguridad de la sociedad, la correcta administración de justicia y el orden socioeconómico, son relevantes

DISCUSION

Hoy en día el neoconstitucionalismo se aplica en todas las cortes de lima juzgados penales, etc. Donde los jueces administradores de justicia tienen que aplicar los test de razonabilidad y proporcionalidad a fin de que al emitir sus

sentencias no vulneren abiertamente ni violan derechos fundamentales los cuales al pasar a instancias superiores se convierten en arbitrariedades las cuales tienen que ver directamente con medidas cautelares personales restringiendo el derecho a la libertad, medidas restrictivas aplicadas a los ciudadanos a fin de no eludir la justicia hacen aparente motivación en sus resoluciones judiciales, las cuales casi siempre son revocadas y/o confirmadas.

El neo constitucionalismo es una ideología, por cuanto, secunda la limitación del poder estatal, expresa su interés en los derechos humanos como el objetivo primordial del Estado de derecho. Asimismo, el neo constitucionalismo es una metodología de naturaleza plural, abierta y flexible que muestra los principios constitucionales y los derechos fundamentales como el vínculo idóneo entre el derecho y la moral. Finalmente, el neo constitucionalismo es teoría porque su propósito es dejar el modelo formalista que se ha venido utilizando la interpretación constitucional. En consecuencia, el Estado de derecho ya no es el *imperio de la ley* sino *el imperio del derecho*.

La proporcionalidad, como criterio de interpretación judicial de las disposiciones de derecho fundamental, orilla una potencial línea de investigación sobre las relaciones entre el neo constitucionalismo y la argumentación jurídica. En efecto, la implantación de un Estado Constitucional Democrático crea ciertamente un espacio institucional para la solución de los problemas jurídicos; pero este espacio necesita ser llenado. EL principio de proporcionalidad como herramienta para evaluar hoy en día la constitucionalidad de la norma, ya ha sido acogida por el Tribunal Constitucional a inicios del 2004, empero, primero se dio apertura a través de dos subprincipios, el de necesidad y el de idoneidad.

Hoy en día en un Estado Constitucional, el contenido de la norma se perfecciona con la interpretación y aplicación del juez a un caso concreto, en tanto la ley solo es una propuesta del legislador. En ese contexto, aun resiste la errónea idea que el juez al momento de pronunciarse en los casos concretos, no deba apartarse de la norma de manera estricta, bajo sanción de prevaricato. Es válido la premisa que la **jurisprudencia es el resultado de la constatación entre la norma y la realidad, ello es una materialización de la evolución del derecho**. Por

cuanto, según Hobbes solo los que satisfagan la razón práctica puede justificar el discurso racional, que sostiene la institucionalización del proceso democrático y la garantía de los derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

El neo constitucionalismo es una teoría que explica los cambios doctrinarios generados en la interpretación de la constitución; resaltando el rol que juega los derechos y condiciones para otorgar validez a la norma, en rol que juega en la jurisprudencia, en la teoría del derecho y en especial en la democracia. Asimismo, se adiciona el nuevo paradigma de justicia bajo la premisa de constitucionalización de la norma; postura que debe materializar el juzgador en sus resoluciones.

Interpretación es un requisito *sine qua nom*, dentro de un Estado constitucional democrático, pues ellos, son favorables para localizar las razones que justifiquen una decisión judicial. La interpretación estriba sobre dos criterios, la ley y el caso concreto, la ley y la realidad. Por ello, una de las formas de acreditar la independencia de los jueces se materializa en la interpretación constitucional de la norma en cada caso concreto.

Se ha evidenciado varias Sentencias del Tribunal Constitucional, que es la máxima instancia donde recurrimos cuando vemos vulnerados nuestros derechos por jueces ordinarios en sus argumentaciones que son corregidas las arbitrariedades en el cual aplica en sus fundamentos el modelo del neo constitucionalismo, orillando al Estado Constitucional Democrático, que sus argumentos hace una defensa acérrima de los derechos fundamentales, direccionando a los jueces a que sus motivaciones en la resoluciones judiciales, sobrepongan la defensa de los derechos fundamentales, cuya lógica, es que la jurisprudencia debe ser la consecuencia del cotejo entre la norma y la realidad, por ende, es necesario la aplicación del Test de razonabilidad y proporcionalidad en sus decisiones.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Adrián Coropuna, J.A. (2014) Razonamiento Constitucional: críticas al neoconstitucionalismo desde la argumentación judicial (Tesis de Maestría) Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Águila Grados, G. (2014 febrero) Hacia un (neo) neoconstitucionalismo. En, JURIDICA –Suplemento de Análisis Legal. Diario el Peruano.

Alexy, R (2004). El concepto y la Validez del derecho (2da edición) Barcelona, España: Gedisa.

Comanducci, P.(2003b) Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis meta teórico. En: Miguel Carbonell (ed) Neoconstitucionalismo (s) (pp. 75-98).

Madrid, España: Trotta.

Ferrajoli, L. (2004) Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal (6ta ed.) Madrid España: Trotta.