

# UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

## Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

### Escuela Profesional de Derecho



## TESIS

**TITULO : LA APLICACIÓN DEL MODELO NEOCONSTITUCIONAL, EN LA ARGUMENTACION DE LOS JUECES PENALES AÑO 2017 AL 2019**

**PARA OPTAR : EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AUTORES : Bach. ROSARIO DEGRACIA ORTIZ  
Bach. PERCY EDWIN PINEDA TOSCANO**

**ASESOR : DR. ROLANDO MEZA RODRIGUEZ**

**LÍNEA DE INV. INSTITUCIONAL : DESARROLLO HUMANO Y DERECHOS**

**FECHA DE INICIO Y CULMINACIÓN : ENERO 2019 A DICIEMBRE 2020**

**HUANCAYO – PERU**

**2020**

## DEDICATORIA

Este trabajo se lo dedico a mi amado padre que a pesar de no estar a mi lado su presencia me acompaña en el largo camino de mi vida, donde quiera que valla, te amo papa y gracias por tu ejemplo lleno de virtudes, sabes que... trato de ser como tú.

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios, por las todas bendiciones que ha brindado, entre ellas, permitir que cristalice el sueño de ser profesional, a pesar de las adversidades propias de la vida.

A mis padres, por ser seres maravillosos que el señor me puso en mi camino como fieles guardianes de mis sueños para cautelar mis ideales.

A mi amado hijo el cual tuve la suerte de tenerlo, lograrlo y convivir hasta hacerlo entender que la vida a pesar de los sufrimientos y temores es muy bella cuando estamos juntos y que en todo este tiempo nos hemos alimentado mutuamente aprendiendo de nuestros errores y virtudes, el cual siento que forje su destino ya que tengo el honor de sugerirle y así lo decidió el que se haga abogado y que superara a su maestra de leyes.

## RESUMEN

La presente investigación hace referencia a aplicación del modelo neo constitucional por parte de los juzgados penales en diversas resoluciones, donde la casuística que nos muestra repetidamente la derrotabilidad de la norma legal ante los enunciados constitucionales que consagran derechos fundamentales expresos e implícitos nos dice que estamos ante un nuevo momento del constitucionalismo: el Neo constitucionalismo. Por ello, se formula la siguiente pregunta ¿qué beneficios genera la aplicación del modelo neo constitucional en la Sala Penal Nacional de la Corte Superior de Justicia de Lima?. En base a 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 Superior de Justicia de Lima. En base a este problema considero, justificable el desarrollo de la presente investigación. Para ello, se ha utilizado el método de análisis deductivo e inductivo, de tipo descriptiva correlacional, de diseño no experimental. Asimismo, entre los resultados se encontró que las sentencias analizadas los jueces 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.

## ABSTRACT

The present investigation refers to the application of the neo-constitutional model by the criminal courts in various resolutions, where the casuistry that repeatedly shows us the defeat of the legal norm before the constitutional statements that consecrate express and implicit fundamental rights tells us that we are before a new moment of constitutionalism: Neo constitutionalism. Therefore, the following question is asked: What benefits does the application of the neo-constitutional model generate in the National Criminal Chamber of the Superior Court of Justice of Lima? Based on this question, we set ourselves the objective; determine, the benefits generated by the application of the neo-constitutional model, in the National Criminal Chamber of the Superior Court of Justice of Lima. Based on this problem, I consider the development of the present investigation justifiable. For this, the method of deductive and inductive analysis, of correlational descriptive type, of non-experimental design, has been used. Likewise, among the results it was found that the judgments analyzed by the judges are correctly applying the neo-constitutional model, which is evidenced by using the Proportionality Test as a tool of argumentation for the restriction of fundamental rights.

**Keywords:** Neoconstitutional model, rationale, sentence.

# ÍNDICE

	<b>Página</b>
Portada.....	i
Dedicatoria .....	ii
Agradecimiento .....	iii
Resumen .....	iv
Abstract .....	v
Índice.....	vi
Introducción.....	x

## CAPITULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	01
1.1.1. Descripción del problema.....	01
1.1.2. Formulación del problema.....	02
1.1.2.1. Problema general.....	02
1.1.2.2. Problemas específicos .....	02
1.1.3. Justificación de la investigación .....	02
1.1.3.1. Justificación teórica.....	02
1.1.3.2. Justificación practica.....	03
1.1.3.3. Justificación social .....	03
1.1.3.4. Justificación metodológica.....	03
1.1.4. Delimitación del problema.....	03
1.1.4.1. Delimitación temporal .....	03
1.1.4.2. Delimitación espacial .....	03
1.1.4.3. Delimitación social .....	04
1.1.4.4. Delimitación conceptual.....	04
1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	04
1.2.1. Objetivo general .....	04
1.2.2. Objetivos específicos .....	04
1.3. HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN .....	04

1.3.1. Hipótesis .....	04
1.3.1.1. Hipótesis General .....	04
1.3.1.2. Hipótesis Específicos .....	05
1.3.2. Variables .....	06
1.3.2.1. Identificación de variables.....	06
1.3.2.2. Proceso de operacionalización de variables e indicadores .....	06

## **CAPITULO II**

### **MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN**

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	07
2.2. MARCO HISTÓRICO .....	09
2.3. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN .....	09
2.3.1. La irradiación de derechos fundamentales de la sociedad actual .	09
2.3.2. El orden constitucional en los derechos fundamentales .....	10
2.3.2.1. El valor positivo y axiológico de los derechos fundamentales .	11
2.3.2.2. Contenido esencial .....	12
2.3.2.3. Estructura.....	11
2.3.2.4. Dimensiones .....	12
2.3.2.4.1 Dimensión subjetiva.....	12
2.3.2.4.2. Dimensión objetiva .....	13
2.3.2.5. Eficacia .....	12
2.3.2.6.1. Vertical.....	12
2.3.2.6.2. Horizontal.....	12
2.3.2.7. Límites .....	13
2.3.3. ¿Existe algo como el neo-constitucionalismo? .....	13
2.3.3.1. El neo-constitucionalismo como parte del constitucionalismo .	14
2.3.3.2. El neoconstitucionalismo como cambio de paradigma .....	15
2.3.4. El neoconstitucionalismo como teoría y/o como ideología .....	17
2.3.5. El neoconstitucionalismo como teoría del derecho.....	18
2.3.5.1. El neoconstitucionalismo como anti-positivismo.....	19
A. La propuesta de Alexy.....	20
B. La propuesta de Nino .....	20
C. El problema de la justificación de las decisiones jurídicas.....	21
D. El argumento del contraste con la práctica .....	22

2.3.5.2. El neoconstitucionalismo como neo-iusnaturalismo .....	22
2.3.6. EL neoconstitucionalismo en las resoluciones judiciales.....	22
2.3.7. Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano .....	23
2.3.7.1. Razonabilidad/proporcionalidad.....	24
2.3.7.2. Idoneidad del medio o medida.....	25
2.3.7.3. Necesidad .....	26
2.3.7.4. Principio de proporcionalidad en sentido estricto .....	26
2.3.7.5. La ponderacion .....	26
2.3.7.6. La subsuncion.....	27
2.3.7.5. Justificación Constitucional.....	27
2.3.7.7. La fundamentación en la jurisprudencia del TC peruano .....	27
2.3.8. El principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional .....	27
2.3.9. Critica al Neo constitucionalismo .....	28
2.3.9.1. De la constitución rematerializada a la desbordada .....	28
2.3.9.2. El Derecho entre criaturas de la moralidad y de poder.....	28
2.3.9.3. Criaturas que disipan lagunas (normativas) .....	28
2.3.9.4. Criaturas que crean lagunas (axiológicas).....	29
2.4. MARCO CONCEPTUAL.....	30
2.5. MARCO FORMAL Y LEGAL .....	31

### **CAPITULO III**

#### **METODÓLOGA DE LA INVESTIGACIÓN**

3.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN .....	32
3.1.1. Métodos generales.....	32
3.1.2. Métodos específicos .....	32
3.1.3. Métodos particulares.....	32
3.2. TIPOS Y NIVELES .....	32
3.2.1. Tipo de investigación .....	32
3.2.2. Nivel de investigación .....	32
3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN .....	33
3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA .....	33
3.4.1. Población .....	33



3.4.2 Muestra .....	33
3.4.3. Tabla Resumen de la Muestra .....	33
3.5. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN .....	34
3.5.1. Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	35
3.5.1.1. Técnicas.....	33
3.5.1.2. Instrumentos .....	34
3.5.2. Técnicas de procesamientos y análisis de datos .....	35

## **CAPITULO IV**

### **RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN**

4.1. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS .....	37
4.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS .....	49
CONCLUSIONES.....	54
RECOMENDACIONES .....	56
REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.....	58
ANEXOS .....	66
Matriz de consistencia .....	67
Matriz de operacionalización de las variables .....	68
Procesos de prision preventiva del 2017 al 2019, casos emblemáticos.....	69
Cuadro de casos emblematicos entregado por la Sala Penal Nacional.....	70
Oficio dirigido a la sala penal nacional para acceso a la información.....	72
Recorte de periodicos de diarios locales.....	74

## 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 neo constitucionalismo teórico sugiere el acogimiento de una constitución universal en el sistema jurídico; empero, el metodológico se vincula el derecho y la moral en contextos argumentativos. Finalmente, el ideológico promueve la defensa y ejecución de los derechos fundamentales. En consecuencia, cuenta con tres (03) elementos filosóficos, el ontológico que hace alude al orden constitucional de valores subyacente; el epistemológico relativo a la posibilidad de reconocer el orden de los valores, por lo que puede ser aplicada por los jueces; y el elemento social, que otorga a los administradores de justicia la potestad de enmendar los aciertos o desaciertos del legislador.

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. En ese escenario, en palabras de Luigi Ferrajoli, esta teoría propone un modelo normativo de derecho, que restringe el poder en aras de superar la divergencia entre el ser y el deber ser jurídico. (Prieto Sanchís, 2005)

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.

El presente informe de investigación consta de IV capítulos, desarrollándose de la siguiente manera; en el Primer Capítulo, aborda el planteamiento del problema consistente en: descripción del problema, formulación del problema, justificación, delimitación, objetivos, hipótesis y variables. En el Segundo Capítulo, está comprendido por el marco teórico, desarrollando todas las instituciones jurídicas que encierran el neo constitucionalismo y su relación con las resoluciones judiciales. En el Tercer Capítulo, aborda la metodología de la investigación, conteniendo: métodos, tipos y nivel de la investigación, población y muestra, y técnicas de investigación. En el Cuarto Capítulo, resultados de la investigación, el cual contendrá la presentación y discusión de los resultados. Finalizando con las conclusiones y recomendaciones del trabajo de investigación.

La presente investigación se ha elaborado en un lenguaje claro, coherente y con un sustento de razonabilidad; con el anhelo de haber contribuido en algo, con el enriquecimiento de nuestra dogmática constitucional

# CAPITULO I

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1.1. Descripción del problema

El neo constitucionalismo plantea la percepción de la constitución como una norma axiológica, que estriba su relación entre la moral y el Derecho. Tal vínculo, orilla a un modo especial de interpretar la norma constitucional, a través de la ponderación. (Comanducci, 2003)

Las críticas que se realizan al neo constitucionalismo recaen en la concepción de constitución, según señalan, estos se obligan a acatar en un plano positivista. Es decir, la crítica estriba en que la corriente positivista puede efectuar cambios en el iusnaturalismo, de ahí que la divergencia en su aplicación a través de la ponderación (iusnaturalista) o la subsunción (positivistas).

La casuística pone en evidencia la reiterada derrota de la norma, ante la premisa constitucional que consagran derechos fundamentales, que de forma expresa e implícita señala, que nos encontramos ante una nueva etapa del constitucionalismo, esto es, el Neo constitucionalismo; cuyas características son:

- ✓ Mayor protagonismo del Tribunal Constitucional y la trascendencia de sus decisiones;
- ✓ El decaimiento del modelo de legalidad (la ley paso a ser el objeto de control constitucional);
- ✓ La veneración a la ley ha sido sustituida por la veneración a la jurisprudencia constitucional;
- ✓ La tradición del carácter inflexible de la cosa juzgada, fue superado por la posibilidad de su cuestionamiento en sede constitucional;
- ✓ Un nuevo dogma, que supera la tradición de reglas, por los principios y ponderación;

- ✓ Los cambios constitucionales por interpretación han rebasado el número de reformas constitucionales formales

El neoconstitucionalismo adquiere protagonismo por la naturaleza doctrinaria que rige en la forma de aplicar el derecho, a través de principios y la forma como interpreta la norma. Con acierto, la premisa del estudio del razonamiento jurídico y la interpretación jurídica, son ejes del derecho desde tiempos remotos hasta el día de hoy. Por tanto, el proceso de constitucionalización no solo es teórico sino también, se viene cristalizando en el Derecho moderno. Cabe precisar, que la evolución secular del constitucionalismo, aborda también, las constituciones posteriores al siglo XVIII, donde las ideas de sujeto jurídico y la regla del consentimiento, inspiraron la construcción de ideas de libertad y de oposición al poder político, asimismo, se expande la positivización de los derechos fundamentales, como el propósito de la sociedad. La evolución del constitucionalismo, se sostiene en la implementación real de los derechos fundamentales. Ello, es la razón preponderante para el desarrollo de la jurisprudencia, bajo una óptica interpretativa e intervencionista, situación que da lugar al neoconstitucionalismo. (Pozzolo, 2003: 143 y ss.)

## **1.1.2. Formulación del problema**

### **1.1.2.1. Problema general**

¿Qué beneficios genera la aplicación del modelo neo constitucional en la Sala Penal Nacional de la Corte Superior de Justicia de Lima?

### **1.1.2.2. Problemas específicos**

- ¿Cuáles son los nuevos derechos fundamentales que desarrolla el neo constitucionalismo en el Estado Constitucional Democrático?
- ¿Cuáles son las funciones que tiene el juez en el modelo neo constitucional?

- c. ¿Cuál es el problema que tienen los jueces en sus decisiones judiciales?

### **1.1.3. Justificación de la investigación**

#### **1.1.3.1. Justificación teórica**

La presente investigación se justifica en mérito al creciente debate que existe hoy en día sobre el Neoconstitucionalismo y su estrecha relación con la defensa de los derechos fundamentales, donde su uso en los argumentos de las decisiones judiciales resulta compatible con la interpretación constitucional.

#### **1.1.3.2. Justificación práctica**

En mérito a que su aplicación, se ha caracterizado por cautelar los derechos fundamentales de las personas en las decisiones judiciales en especial cuando se trata de privación de derechos como la libertad, como es el caso de la ejecución del test de proporcionalidad y razonabilidad por parte de los magistrados penales, en las resoluciones judiciales de prisión preventiva, procurando que sea lo más garantista posible.

#### **1.1.3.3. Justificación social**

La importancia de su estudio estriba, en que en la actualidad este movimiento neo constitucionalista y los derechos constitucionales.

#### **1.1.3.4. Justificación metodológica**

El neoconstitucionalismo se encuentra presente en debates de diferentes ámbitos: de la filosofía política, en cuanto al mejor modo de organizar las instituciones democráticas; y su efecto en la comprensión del derecho, su relación con la moral; o en el ámbito teórico, sobre la naturaleza de las normas, en su interpretación

#### **1.1.4. Delimitación del problema**

##### **1.1.4.1. Delimitación temporal**

La investigación abordará el año judicial 2017, 2018 y primer semestre del año 2019.

##### **1.1.4.2. Delimitación espacial**

La investigación se centrará en las Resoluciones de prisión preventiva y/o sentencias de vista de la Sala Penal Nacional.

##### **1.1.4.3. Delimitación social**

La presente investigación se centrará sobre los pronunciamientos que realiza el sistema judicial en la defensa de los derechos fundamentales, a través del Neo constitucionalismo.

##### **1.1.4.4. Delimitación conceptual**

La presente investigación se centrará exclusivamente en el modelo neo constitucionalismo, y su aplicación en el Perú.

#### **1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

##### **1.2.1. Objetivo general**

Determinar, los beneficios que generan la aplicación del modelo neo constitucional, en la Sala Penal Nacional de la Corte Superior de Justicia de Lima.

##### **1.2.2. Objetivos específicos**

- a. Identificar, los nuevos derechos fundamentales, que desarrolla el Neo constitucionalismo en el Estado Constitucional Democrático.
- b. Describir, las funciones que tiene el juez en el modelo Neo constitucional.

- c. Identificar, el problema que mantienen los jueces en sus decisiones judiciales.

### **1.3. HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.3.1. Hipótesis**

##### **1.3.1.1. Hipótesis General**

Los beneficios que se generan en la ejecución del modelo neo constitucional en Sala Penal Nacional de la Corte Superior de Justicia de Lima, es la aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad en sus argumentos, lo que orilla a maximizar la defensa de los derechos fundamentales

##### **1.3.1.2. Hipótesis Específicos**

- a. Los nuevos derechos fundamentales que desarrolla el Neo constitucionalismo en el Estado Constitucional Democrático, son el derecho a la paz, al medioambiente, de los consumidores, y la libertad informática.
- b. El juez en el modelo Neo constitucional, tiene como finalidad fundamentar sus resoluciones bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
- c. El mayor problema de los jueces es el razonamiento jurídico, específicamente en lo referido a la justificación de las decisiones que se adoptan en los procesos judiciales; extendiéndose en una interpretación errónea entre la norma y la realidad.



## **1.3.2. Variables**

### **1.3.2.1. Identificación de variables**

#### **a. Variable Independiente**

Aplicación del modelo neoconstitucional

#### **b. Variable Dependiente**

Argumentación de los jueces

### **1.3.2.2. Proceso de operacionalización de variables e indicadores**

Variable (X1)

Aplicación del modelo neoconstitucional

Indicadores:

- ✓ Teorías
- ✓ Fuentes
- ✓ Argumentación
- ✓ Proporcionalidad
- ✓ Razonabilidad
- ✓ La derrotabilidad de la norma legal ante los enunciados constitucionales que consagran derechos fundamentales

Variable (X2)

Argumentación de los jueces Indicadores:

- ✓ Subsunción
- ✓ Ponderación
- ✓ Motivación
- ✓ Reciprocidad
- ✓ Análisis de idoneidad
- ✓ Análisis de necesidad

## CAPITULO II

### MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

#### 2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

El tema desarrollado en el presente trabajo de investigación, no cuenta con antecedentes directos; sin embargo, se pueden citar algunas tesis y otras publicaciones que de manera indirecta pueden estar relacionados con el tema a desarrollar.

##### **A. Internacional**

Se tiene lo siguiente:

- a. **Arrollo (2011)** en su tesis: *“Neoconstitucionalismo y Derecho Privado: La aplicación inmediata de derechos fundamentales/constitucionales (...)”*, refiere, la razón de ser del Estado constitucional de derechos y justicia, se sustenta en que dicha protección se extiende a los demás derechos, ante los abusos y arbitrariedades derivados de actos públicos o privados. En ese sentido, la obligación de los magistrados es velar por los derechos fundamentales, por cuanto, ellos representan una limitación al poder.
  
- b. **Salazar Ugarte (2009)** en su publicación: *“Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: (...)”*, acota lo siguiente, el neoconstitucionalismo y el garantismo, en aras de la promoción de los derechos, poco a poco están abandonando el otro factor fundamental del constitucionalismo: la organización y limitación de los poderes. Por otra parte, aunque el neoconstitucionalismo no ha dedicado mayor atención a esta dimensión político/ práctica del funcionamiento constitucional, el garantismo ha ofrecido una rica e interesante caracterización de estos poderes que pueden ser públicos o privados, legítimos o ilegítimos.

## **B. NACIONAL**

Se tiene lo siguiente:

- a. **Adrián Coripuna (2014)** en su tesis de maestría: *“Razonamiento constitucional: críticas al neoconstitucionalismo (...)”*, entre conclusiones sostiene, dentro de la argumentación jurídica podrían presentarse anomalías para aquellos jueces alienados a la corriente neoconstitucional, puedan incurrir en error al acumular todos los casos bajo una perspectiva de reconstrucción de contenido normativo, pueda distorsionar el razonamiento para ejecutar en la argumentación del caso concreto que deben solucionar.
  
- b. **Dueñas roque (2017)** en su tesis doctoral: *“Sentencias emitidas en los procesos de amparo y la teoría de la argumentación jurídica (...)”*, concluye, la argumentación jurídica es inexistente en las sentencias de amparo, por tanto, dichas resoluciones lesionan el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, siendo difícil identificar la concepción pragmática de la argumentación jurídica, es decir que ninguna de las partes procesales están conformes con el contenido de las resoluciones, al no haber persuadido el magistrado del contenido correcto de su decisión.
  
- c. **Hernando Nieto (2012)** en su publicación: *“El análisis económico del derecho (...)”*, concluye: el análisis económico refiere que la respuesta acertada al caso será siempre la respuesta más eficiente en un plano económico, calificándose de varias formas, en ese sentido, se afirma que el método de la ponderación podría estar limitado a casos fáciles, manteniendo la prioridad de la justicia sobre el bienestar, llegándose a afirmar la posibilidad de encontrar una única respuesta correcta.

## **B. LOCAL**

No se encontró

## **2.2. MARCO HISTÓRICO**

El término neo constitucionalismo vendría a ser el constitucionalismo contemporáneo, donde concurren pensamientos de varios autores incompatibles entre sí, unos iusnaturalistas otros positivistas. El Neo constitucionalismo ha seguido la ruta de españoles y portugueses durante la conquista: de Europa a Centro y Sudamérica. En Latinoamérica se instala tardíamente, en Brasil con su Constitución de 1988 y Colombia con su Carta Política de 1991 marcaron el derrotero para el resto del mapa.

Esta nueva corriente desarrolla lo relevante que son los tribunales constitucionales (como un poder clásico). Por ello, es más frecuente ver al tribunal constitucional declarando la inconstitucionalidad de la norma con mayor frecuencia o incluso, anulando sentencias del judiciales. (Águila Grados, 2014 febrero). No obstante, en Latinoamérica se presenta una variante del neoconstitucionalismo marcando distancia de influencia europea, etiquetándolos como el Neoconstitucionalismo Andino, como ocurre en Bolivia y Ecuador.

El Tribunal Constitucional (TC) peruano en la STC N° 0728-2008-PHC/TC, declaró fundado el hábeas corpus interpuesto por Giuliana Llamuja Hilares contra la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, donde se le condena a 20 años de pena privativa de libertad por el delito de parricidio y dispuso que se emita nueva sentencia. Según el TC advirtió que la Sala Penal Suprema cuestionada había vulnerado el derecho fundamental a la motivación de resoluciones y el principio de interdicción de la arbitrariedad.

## **2.3. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **2.3.1. La irradiación de derechos fundamentales de la sociedad actual**

La naturaleza subjetiva de los derechos fundamentales es, les permite gozar de una especial relevancia que les destaca por encima de los demás y que se manifiesta en una porción de caracteres, ya no compartidos por los otros derechos, sino exclusivos de ellos (Sánchez Marín, 2014 marzo) Dichos caracteres son: imprescriptibles (no les afecta el instituto de la

prescripción), inalienables (no transferibles a otro titular), irrenunciables, (el sujeto no puede renunciar a la titularidad de los derechos fundamentales), y universales (son poseídos por todos los hombres), y, por su condición de persona se produce una estricta igualdad jurídica referida a los derechos fundamentales.

Los derechos humanos representan la columna vertebral de toda lógica ética y jurídica, esa es la razón de continuidad de estudio sobre su naturaleza, fundamento, origen, desarrollo, evolución, aplicabilidad y su justiciabilidad (Peña & Ausín, 2010 octubre). Los Derechos Humanos se ha conceptualizado como un cumulo de condiciones institucional, donde prepondera la igualdad, la dignidad y la libertad, los mismos que se obligan a consignarlos en cualquier cuerpo normativo; teniendo como norte, materializar el ideal de justicia, la equidad y el bien común. (Belén Redondo, 2015)

En ese escenario, nace el deber de cautela de los derechos fundamentales, en efecto, en Europa se manifiesta medidas de fiel cumplimiento de los derechos fundamentales, más aun, con la última reforma de los Tratados constitutivos (Bou Franch, 2014). La jurisprudencia del Tribunal Judicial de la Unión Europea, de forma progresiva consolida la idea de respeto de los derechos fundamentales, además, precisa que es una condición *sine qua non* para la validez de todos los actos que adopten las instituciones europeas de sus Estados miembros su ejecución. No obstante, la Unión Europea exige su cumplimiento, por tres modalidades: *i)* por medio de la introducción de la cláusula *democracia y derechos humanos*, acompañado de un mecanismo sancionador, en todos los tratados internacionales de cooperación al desarrollo que la Unión Europea ha celebrado con terceros Estados; *ii)* por medio de financiación de actividades para promover el respeto de los derechos fundamentales, en terceros Estados; finalmente, *iii)* por medio de la elaboración de un mecanismo sancionador en caso de incumplimiento a los principios democráticos y los derechos fundamentales. (Bou Franch, 2014)

### **2.3.2. El orden constitucional en los derechos fundamentales**

La relación estable entre *dignidad de la persona humana* y *los derechos fundamentales* son inherentes a la dignidad, por ello, la dignidad representa en el origen de todos los derechos de la persona, que interactúan entre sí, pues recordemos que la dignidad es un valor supremo. (Navarro Cuipal, 2010)

#### **2.3.2.1. El valor positivo y axiológico de los derechos fundamentales**

Una forma de limitar o restringir el al accionar del Estado y de los propios particulares, es a través, del reconocimiento de los derechos fundamentales como presupuesto de exigibilidad por su valor axiológico de la dignidad humana, preexiste en el artículo 1 de la Constitución, como fin supremo de la sociedad y del Estado. Este orden Constitucional aborda dos criterios: *i)* Primero, el valor positivo de los derechos fundamentales; *ii)* Segundo, el valor ético y axiológico de los derechos fundamentales. En consecuencia, la dignidad humana, es el origen inmediato de todos los derechos de la persona, por ser un valor supremo y representar el fundamento esencial de todos los derechos fundamentales. (Navarro Cuipal, 2010)

#### **2.3.2.2. Contenido esencial**

Se materializa en la definición de los valores supremos que se abstrae de la realidad histórica, encontrándose ordenados y sistematizados, pues tienen como origen dos raíces: la liberal (libertad) y la socialista (igualdad), y la inserción de esos valores en el sistema normativo se produce a través de los derechos y libertades fundamentales. (Navarro Cuipal, 2010)

#### **2.3.2.3. Estructura**

Según Navarro Cuipal (2010) la estructura de los derechos fundamentales comprende, las disposiciones (enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales), las normas (sentido interpretativo que se atribuye esas disposiciones), las

posiciones (las exigencias concretas que, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad)

#### **2.3.2.4. Dimensiones**

El derecho fundamental de la persona contiene dos dimensiones (Navarro Cuipal, 2010):

##### **2.3.2.4.1. Subjetiva**

Cautela los derechos fundamentales de las personas ante las detenciones arbitrarias que ejecuta el Estado y/o terceros, asimismo, permite que cualquier persona pueda exigir al Estado todas acciones necesarias que permita salvaguardar con eficacia el disfrute pleno de los derechos fundamentales.

##### **2.3.2.4.2. Objetiva**

Su contenido axiológico, construye los elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, sobre el cual, se erige la estructura democrática de la sociedad democrática, en un Estado constitucional de Derecho.

#### **2.3.2.5. Límites**

La limitación de un derecho no significa la disminución o supresión, sino la determinación de las condiciones dentro de las cuales debe realizarse su ejercicio. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en precisar que no se puede quitar de contenido a un derecho bajo el pretexto de limitarlo o suprimirlo, en efecto, para otorgar validez a esas limitaciones se requiere que ellas, respeten irrestrictamente el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se práctica la restricción. (Pozzolo, 1998)

#### **2.3.3. ¿Existe algo como el neo-constitucionalismo?**

Esta primera parte de la tesis tiene por objeto describir lo que se ha llamado *neo-constitucionalismo*. Para ello será necesario hacer una introducción del contexto en el que surge el concepto y las diferentes acepciones que éste

ha adquirido. Si bien será un capítulo cuya pretensión es descriptiva, no se renunciará a hacer consideraciones críticas. Se contrastarán en todo momento los presupuestos de la construcción del término *neo-constitucionalismo*, sus caracteres específicos y sus consecuencias con otras alternativas, para así evidenciar sobre qué bases está planteado y qué valores o ideas desplaza. Lo primero es clarificar el término *neo-constitucionalismo*, puesto que, como pasa con la mayoría de los términos filosófico-político-jurídicos, no existe acuerdo respecto de su significado.

### **2.3.3.1. El neo-constitucionalismo como parte del constitucionalismo**

Existen juristas que desconfían de la afirmación del *neo-constitucionalismo* como un dogma diferente al constitucionalismo y solo sostienen que esta corriente lo dirige un grupo de iusnaturalistas, con vocación constitucional (tras la Segunda Guerra Mundial), pues, ellos iniciaron una campaña anti-positivista, destacando los rasgos del constitucionalismo. (Prieto Sanchís, 1997)

Las razones que prepondera el constitucionalismo tienen como punto de partida las revoluciones del siglo XVIII y que ahora cuenta con nuevo enfoque, que pone en prácticas constitucionales en un ámbito de razonabilidad (Ahumada, 2009). Por su parte Laporta (2008) refiere que el *constitucionalismo contemporáneo* elige un cumulo de datos y hechos, proyectándolos en un plano constitucional, por ello, es válido la afirmación, no son las constituciones las que cambian la teoría, sino que es la teoría lo que cambia la manera de ver la constitución.

Con certeza, es complejo hallar autores que rechacen la posibilidad que el constitucionalismo a partir de 1950 inserta novedades, con características propias (Ahumada, 2009) empero, algunos críticos precisan que estos cambios se realizaron sin la presencia de la tesis neo-constitucionalista, al no estar acorde con la realidad (Bayón, 2002). Por otra parte, Fioravanti (2001) precisa que, cada época elabora su propia doctrina constitucional.



Es sabido que el constitucionalismo moderno aparece con las constituciones de finales del siglo XVIII, especialmente con las ideologías de la revolución francesa y norteamericana (Comanducci, 2003). Es más, la postura está dirigida a la restricción del poder, en especial a la determinación de límites normativos al poder político, con el fin de cautelar los derechos fundamentales (Nino, 2007).

En ese sentido, la limitación del poder estatal es en merito a la defensa irrestricta de los derechos fundamentales que propugna el neo constitucionalismo (Salazar Ugarte, 2009) en tanto para Ferrajoli, plantea la distinción del constitucionalismo político con el constitucionalismo jurídico (Guzmán, 2011) este último es una clara manifestación del *neo constitucionalismo* que concretiza las actuales democracias constitucionales.

Por otra parte, el neo constitucionalismo, que se identifica en el plano teórico con la concepción iusnaturalista, no recoge los elementos esenciales de la concepción positivista del constitucionalismo, generando una noción restringida del término. (Bayón, 2004). Según Pozzolo (1998) en un plano institucional, el constitucionalismo inserta mecanismos contra la rigidez y ejerce un control jurisdiccional de constitucionalidad.

En resumen, el constitucionalismo denomina una ideología relativo a la limitación del poder (Zagrebelsky, 2013) con esto se puede afirmar que el neo-constitucionalismo es parte del constitucionalismo, considerándose, además, al neo-constitucionalismo como una política filosófica particular. (Laporta, 2008)

### **2.3.3.2. El neo constitucionalismo como cambio de paradigma**

A mediados del siglo XX se produjo un *cambio de paradigma* y, teniendo incidencia directa en los rasgos particulares del constitucionalismo para constituir una nueva teoría (Atienza, 2007) cuyo inicio se produjo solo con el *neo-constitucionalismo(s)*.

Para Comanducci, el constitucionalismo vendría a ser una ideología, destinada a cautelar las libertades y limitar el poder, bajo los criterios de derecho y moral (Dworkin, 2012); empero, su opositor inmediato el positivismo (Comanducci, 2003b) ello en merito a la esencia codificador del positivismo (Ahumada, 2009). No obstante, para Ferrajoli (2004), existe una concurrencia entre las teorías iusnaturalista y la positivistas. La diferencia que tiene el neo constitucionalismo frente al constitucionalismo, es que la ideología converge con el positivismo (Prieto Sanchís, 2001). Para Luigi Ferrajoli (2010) estos fenómenos importan la refundación jurídica del derecho y de las instituciones políticas, cuyas limitaciones de poder se produce en el gobierno *per leges* (*se limita a ofrecer igualdad jurídica, pero no constituye un límite material al poder*) y el gobierno *sub lege* (. supone en cambio un sometimiento formal y material (*del gobernante al derecho*)). (Roig, 2005)

Ferrajoli (2010) acota, el nuevo papel del juez, lo transforma en garante de los derechos fundamentales, incluso frente al legislador, por medio de la desaprobación de la invalidez de las leyes y demás actos del poder político que representen lesión a los derechos fundamentales.

La identidad del neo constitucionalismo no solo contempla derechos, sino que adiciona el deber de su aplicación a los jueces (Prieto Sanchís, 2001). En esa misma línea Zagrebelsky (2011) refiere que es un cambio genético el cambio de paradigma en el derecho; esto es, que mientras en un Estado legal existe vínculo entre derecho y política; y en los Estados constitucionales asiste la noción de constitución normativa y rígida (Aguiló Regla, 2010).

Para Zagrebelsky (2011) El Estado constitucional, no puede sostener la inmovilidad del Derecho, por cuanto los principios y valores son relativos al momento de la aplicación judicial. En una sociedad

contemporánea, se exige un Estado constitucional con cambios significativos en la valoración de la norma y los principios, pues para esto está el neo constitucionalismo que hace fluir tal preocupación; porque lo relevante es la prolongación del Estado de Derecho cautelando los derechos fundamentales, teniendo como imperio de la norma la constitución. (Vázquez, 2006)

#### **2.3.4. El neoconstitucionalismo como teoría y/o como ideología**

Para Comanducci (2003) el *constitucionalismo* lleva consigo dos significados: *i)* la primera es una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho; y *ii)* la segunda, representa algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político. No obstante, Prieto Sanchís (2001) refiere que en un primer estadio el término neo constitucionalismo fue utilizado para señalar una doctrina *anti-positivista* esto es porque el Estado de Derecho fue individualizado la misma que sirve de base a para el positivismo. Por tanto, el neo constitucionalismo es un planteamiento del derecho que rige sobre: principios vs reglas, ponderación vs subsunción, y que relega su atención de la ley a la constitución y del legislador al juez; asumiendo el modelo axiológico de la constitución concebida como norma.

La tripartición del neo constitucionalismo efectuada por Comanducci, como son el teórico, ideológico y metodológico, tiene como propósito sentar diferencias entre el neo constitucionalismo y el constitucionalismo. (Bou Franch, 2014). Según la propuesta por Comanducci vendría a ser la siguiente:

- a) **Neo constitucionalismo teórico.** Aquí se tiene como pilar a la *constitución como norma* (que comparte) y otras veces, un *modelo axiológico de la constitución como norma* (al cual critica). Ambos modelos conciben a la constitución como un conjunto de normas positivas, que son, respecto de las normas fundamentales (y por tanto jerárquicamente superiores). Esta posición recibe la crítica de Atienza (2007) considerándolos en inaceptables porque le conceden a la teoría del derecho el *estatus* normativo incompatible con el positivismo.

- b) **Neo constitucionalismo ideológico.** Aquí su único propósito es la cautela de los derechos fundamentales y en segundo orden, la limitación del poder, aquí no se toma el tiempo de describir los cambios que viene efectuándose el constitucionalismo, sino que impulsa su defensa y ampliación.
- c) **Neoconstitucionalismo metodológico.** Esta posición está representada por Dworkin y alexy, donde se argumenta la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral, en otras palabras, aquí se opone al positivismo conceptual y metodológico. (Ahumada, 2009)

### **2.3.5. El neo constitucionalismo como teoría del derecho**

Dworkin asevera que los principios, las directrices políticas y otros forman parte de los estándares obligatorios del Derecho, y estos, deben ser observados ante la necesidad de justicia, equidad o alguna dimensión de la moralidad. (Barberis, 2003)

Segun Dworkin, para la resolución de conflictos, las fuerzas jurídicas de los principios morales hacen de derecho su verdad, en lugar de su promulgación por las autoridades pertinentes (Jiménez Cano, 2008). El neo constitucionalismo se caracteriza por, hacer propia la postura iusnaturalista de la conexión necesaria entre derecho y moral (Barberis, 2003).

El neo constitucionalismo se le ha reconocido como anti-positivista por su intención de propugnar una teoría alternativa al positivismo jurídico; lo que nos trae a la mente es la posibilidad de existir una tercera teoría positivista, ante la existencia del iusnaturalismo.

La discusión que está detrás se centra en la cuestión de si el abordaje hasta ahora predominante del positivismo jurídico (en cualquiera o alguna de sus múltiples acepciones) sigue siendo adecuado o más bien resulta estrecho o incluso estéril para hacer frente a las complejas estructuras normativas de

los sistemas legales contemporáneos, como lo concibe el neo-constitucionalismo.

En resumen, el iusnaturalismo se caracteriza con dos criterios:

- ✓ Teoría filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos a la razón humana
- ✓ Teoría de la definición del derecho, según el cual un sistema normativo no puede ser calificados de 'jurídicos' si contradicen aquellos principios morales o de justicia.

Por otra parte, para los positivistas el Derecho es una herramienta *de control social*, que se vincula con el escepticismo ético, que no considera la existencia de ningún orden moral objetivo.

#### **2.3.5.1. El neo constitucionalismo como anti-positivismo**

No existe un criterio uniforme sobre la calificación de anti-positivista, según Alexy (2004) hace hincapié de la existencia de dos grupos el primero referido a los argumentos analíticos, donde expresan la existencia o no de una conexión entre derecho y moral; o entre cómo es el derecho y cómo debe ser. Y, el segundo referido a los argumentos normativos, que manifiestan la necesidad de exclusión o inclusión de elementos de la moral en el derecho para cumplir una determinada norma. Además, el sistema jurídico debe contextualizarse como un sistema de normas o como sistema de procedimientos (Alexy, 1998). De otra parte, se tendrá que acoger el análisis como horizonte, pues desde la perspectiva *interna*, es decir de quien aplica el derecho *—el juez—*; o desde la perspectiva *externa* esto es del que observa (Ferrajoli, 2003).

Cabe la posibilidad de verificar si existe la conexión entre la moral personal *—o subjetiva—*, moral social *-o positiva-* o con la llamada moral objetiva *—o crítica-* con el Derecho. (Hernando Nieto, 2012)

### **A. La propuesta de Alexy**

Alexy (1998) desarrolla varias cuestiones de la relación entre derecho y moral; del cual cuenta con dos posturas la primera, sobre el sistema jurídico, asume el punto de vista del observador; y la segunda, del sistema como procedimiento, desde el punto de vista del participante. Para Alexy (2004) en la primera postura (del observador) se vincula la moral con el derecho en un plano identificativo, pero en la segunda postura (del participante) la relación entre derecho y moral adquiere un lugar central.

En síntesis, Alexy (1998) postula a tres tesis a fin de dar a conocer el vínculo calificativo, aceptando el sistema de procedimientos es también un sistema jurídico. Estas tesis son de la pretensión, la tesis del discurso y la tesis de los principios. Desde el ámbito de la decisión judicial, se cuestiona sobre la legalidad y la valides de las condiciones jurídico-positivas de su decisión, y si este resultado es una decisión justa. A diferencia del modelo positivista del juez, esta no hace efectiva la práctica de la en el juez (o del ciudadano común) sino que debe efectuarse en fiel cumplimiento de la ley, ya sea justa o injusta.

### **B. La propuesta de Nino**

Nino se suma a la postura de Alexy al afirmar que, a nivel identificativo, se conduce de varios conceptos de derecho no necesariamente vinculados con la moral. Conceptualizándose el carácter descriptivo del Derecho en términos positivistas un concepto normativo donde no puede estar conectado con la moral (Laporta, 2008). La conexión entre el derecho y la moral se produce en la interpretación del Derecho (Barberis, 2003) puesto que el derecho como hecho no puede concebirse en un plano obligatorio sin violar la ley. De ahí el conflicto que se produce entre el iusnaturalismo y el positivismo conceptual (Moreso, 2003 febrero)

Para Barberis (2003) neo constitucionalista mantiene lo siguiente:

- La formulación del razonamiento jurídico como razonamiento estrictamente moral,
- La tesis de que las normas o interpretaciones jurídicas, están justificadas sobre bases morales
- La teoría de la democracia, como sucedáneo político del procedimiento de justificación moral.

### **C. El problema de la justificación de las decisiones jurídicas**

Comanducci nos traslada un dilema normativo: **¿cuál debe ser la norma que funda o justifica la decisión judicial?** Aquí se presente algunas opciones de respuestas:

- La correcta como justificación exclusiva, la divergencia estriba en conocer cuál es la moral correcta, que le permita al juez elegir mejor y de esta manera apartarse del autoritarismo (Moreso, 2003 febrero) donde la mejor decisión del juez es la que se acerca al derecho y a la moral, todo ello, dentro de un plano constitucional, donde aquí el mismo juez puede tener la prerrogativa de reformular el derecho en pro de tomar las decisiones *justas*. (Comanducci, 2003b)
- La decisión se concentra en una norma moral insertada con reglas o principios jurídicos. En esta línea se ubica Zagrebelsky (Sánchez Marín, 2014 marzo) al sostener que los principios establecidos por la constitución representan *el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo*, donde coexiste la justificación jurídica y justificación moral (Carbonell, 2008)

#### **D. El argumento del contraste con la práctica**

Aquí se tiene como norte afirmar que el positivismo no puede explicar lo que Derecho en esencia si puede hacerlo (Bayon, 2003) ello en merito a situaciones donde el derecho positivo no puede dar solución a vacíos o lagunas de la ley, ya sea por su lenguaje u otro, o más aun cuando existe normas que se contraponen. (Jiménez Cano, 2013 octubre).

Por otra parte, se evidencia una necesidad de legitimación del poder y el sistema jurídico, en el vínculo entre derecho y moral (Navarro Cuipal, 2010).

El derecho como debe ser atendido en un plano de exigencia de atender satisfactoriamente la necesidad de justicia (Atria, 2012)

#### **2.3.5.2. El neo constitucionalismo como neo-iusnaturalismo**

Por la relación existente entre la correcta moral (termino normativo) y el derecho, el neo constitucionalismo es iusnaturalista, en cuanto añade que es bueno que exista esa vinculación. Empero, otros juristas señalan que no lo es, pues si bien es cierto existe ese nexo entre la moral y el derecho, se necesita marcar distancia de la inmutabilidad y universalidad que caracteriza al iusnaturalismo.

#### **2.3.6. EL neo constitucionalismo en las resoluciones judiciales**

Frente a todos estos cambios en la dogmática constitucional, el Poder Judicial fue el que más necesitó adaptarse a los nuevos requerimientos sociales, que buscaban respuestas imperantes por parte de los Magistrados se puede afirmar que *la realidad superó al legislador y el Juez actual se ve en la encrucijada de flexibilizar las leyes con las pocas herramientas que cuenta para que el paso de la ley general al caso concreto no se vuelva un pasaje traumático*. En efecto, los Jueces durante toda la tramitación del proceso deben de ser respetuosos del contenido que los Derechos Humanos proyectan, porque la tutela judicial efectiva también llamada derecho de acceso a la justicia, no importa sólo la apertura de la instancia judicial, sino que el proceso se



desenvuelva en todas sus etapas conforme a los derechos fundamentales.  
(Belén Redondo, 2015)

Por otra parte, asumiendo que el derecho de acceso a la justicia es considerado un Derecho fundamental en el plano internacional donde se concedió la jerarquía constitucional en la mayoría de los países del mundo *deben asegurarse mecanismos para que el acceso a la justicia no sea un mero hecho anecdótico, sino más bien una oportunidad real visible y efectiva* (Belén Redondo, 2015). Empero, el principal propósito de los Tratados de Derechos Humanos es la tutela judicial efectiva, tal como lo determina la Convención Americana en su artículo 8 inciso 1 cual señala:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

### **2.3.7. Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano**

El Tribunal Constitucional ya definió al principio de proporcionalidad como un principio general del Derecho positivo, que exige debe analizarse en cualquier ámbito del Derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200° de la Constitución.

La condición de principio, su ámbito de proyección no se reduce solo al análisis del acto restrictivo de un derecho, 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. Así, el Tribunal encuentra que el fundamento de este principio proviene de la consideración de que se trata de un principio que “(...) se deriva de la cláusula del Estado de Derecho” que, a decir del Tribunal, exige concretas exigencias de justicia material que se proyectan a la actuación no solo del legislador, sino de todos los poderes públicos.

Para el Tribunal Constitucional, este principio está íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho (CASO: Espinoza Soria. STC N° 01803-2004-AA/TC del 25.08.2004); se evidencia como una herramienta de control o de neutralización de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad, y que no sean arbitrarias; constituyéndose de esta manera en un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando afectan el ejercicio de los derechos fundamentales.

Con ello, se evidencia que el Tribunal Constitucional ha recepcionado y aplicado al igual que muchos otros ordenamientos jurídicos, la técnica alemana de la ponderación o test de proporcionalidad de los derechos fundamentales y, en consecuencia, se puede afirmar que nuestro Tribunal ha aceptado la tesis que profesa la existencia de conflictos entre los derechos fundamentales, siendo necesario aplicar el test o principio de proporcionalidad a fin de determinar cuál es el derecho que predomina en cada caso concreto.

El test de proporcionalidad con tiene los siguientes sub principios que hacen sostenible tal examen de constitucionalidad, y son: i) el de razonabilidad/ proporcionalidad; ii) de idoneidad del medio o medida; iii) de necesidad; iv) de proporcionalidad o ponderación en sentido estricto.

#### **2.3.7.1. Razonabilidad/proporcionalidad**

El Tribunal Constitucional coteja los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, considerándolo de manera homogénea y argumentando que, si en la doctrina se suele realizar diferencias dogmáticas en aras de resolver sus diferencias, para guiar al juez en una decisión justa, lo más alejado de la arbitrariedad; no puede sostenerse que ambos principios deban utilizarse de manera separa. Empero, el principio de razonabilidad es a consecuencia de un examen al razonamiento del juez manifestado en su decisión, y para

llegar a ese óptimo resultado debe ejecutar el principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación en sentido estricto o ponderación. CASO: Costa Gómez y Ojeda Dioses. (STC N° 2192-2004-AA/TC del 11.10.2004)

Luego, el Tribunal Constitucional modificó su criterio, para la protección de los derechos fundamentales, se realiza en virtud del principio razonabilidad que exige que una medida restrictiva conlleve la necesidad de preservar o proteger un fin constitucionalmente valioso. En ese razonamiento, solo se limita un derecho fundamental satisface cuando se persiga un fin legítimo con ello, se da por satisfecha el principio de razonabilidad.

El Tribunal Constitucional, llega a unificar los principios de proporcionalidad y razonabilidad manifestando que el principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad. (CASO: Chong Vásquez. STC N° 02235-2004-AA/TC del 18 febrero de 2005)

Finalmente, el Tribunal Constitucional deja así sentada la distinción conceptual entre proporcionalidad y razonabilidad, dejando sentada en su jurisprudencia, el análisis de proporcionalidad mediante los tres pasos progresivos de idoneidad del medio, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

#### **2.3.7.2. Idoneidad del medio o medida**

El Tribunal Constitucional, conceptualizo este sub principio como un nexo de causalidad, pues bien, implica que por una parte el objetivo sea legítimo y, por otro lado, que aporte con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante (Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. STC Exp. N° 003-2005-PI/TC, f. j. 69). Por tanto, la idoneidad debe ser examinada con relación a los derechos o principios que, se encuentran

comprometidos, independientemente de los propósitos que resulten o se mencionen como afines a los derechos.

#### **2.3.7.3. Necesidad**

Según, el Tribunal Constitucional, es el análisis sobre los medios alternativos existentes en la norma y estos no sean graves respecto del medio utilizado. En efecto, es un análisis de una relación *medio-medio*, el optado por el legislador.

#### **2.3.7.4. Principio de proporcionalidad en sentido estricto**

El Tribunal Constitucional, considera que *“la proporcionalidad en sentido estricto consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”* (Burga Coronel, 2011: 261). Por ello, la ponderación importa examinar las probabilidades jurídicas de realización de un derecho que se encuentra en conflicto con otro. Efectivamente, ante la existencia de una norma de derecho fundamental con carácter de principio colisiona, con un principio contrapuesto, el principio contrapuesto se impone a la norma de derecho fundamental.

#### **2.3.7.5. La Ponderacion**

Juridicamente es la que hace referencia a la acción de equilibrar el peso de dos cosas, siempre hay una pugna, intereses o bienes en conflicto en este caso de derechos fundamentales predominaría el de más valor sobre otro de menos peso, ponderar en concreto es pues buscar la mejor solución nos referimos a la mejor decisión judicial respecto a un caso en concreto en cuanto a la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor. Se usa cuando hay que resolver ciertos tipos de antinomias o contradicciones normativas.

### **2.3.7.6. La Subsuncion**

Cobraría sentido el modelo básico de razonamiento judicial propio de una teoría cognitiva de la interpretación en donde, la sentencia constituye un sencillo razonamiento silogístico en el que los hechos funcionan como premisa menor que se subsume en la premisa mayor formada por la norma general y que da lugar a una simple conclusión jurídica denominada –fallo, la cual concluye que un elemento nuevo es incluido en una estructura mas amplia es como un concepto de absorcion.

### **2.3.7.7. Justificación Constitucional**

La doctrina hace referencia a la dignidad del ser humano y del Estado Democrático, como puntos de partida que sostiene dicho principio. Para Luis PRIETO (2009: 53-54) toda intervención sobre los derechos fundamentales que contenga un sacrificio en su ejercicio debe estar justificada y ser proporcional a la necesidad de preservar un bien de la misma condición de relevancia. Por su parte, Javier BARNES (1998: 19) refiere que, el principio de proporcionalidad encierra la noción de justicia material. En ese sentido, Bernal Pulido (2003: 594) sostiene que el principio de proporcionalidad contiene:

- ✓ La propia naturaleza de principios de los derechos fundamentales;
- ✓ El principio del Estado de Derecho;
- ✓ El principio de justicia;
- ✓ El principio de interdicción de la arbitrariedad.

Finalmente, BOROBSKY (2007: 129) afirma, que el argumento del principio de proporcionalidad se debe desplazar al debate de los derechos fundamentales como principios

### **2.3.7.8. La fundamentación en la jurisprudencia del TC peruano**

El Tribunal Constitucional afirma que, se ha positivizado el principio de proporcionalidad ubicándose en el artículo 200 *in fine*, cuya utilidad es para todo acto restrictivo de un derecho declarado o no. En

consecuencia, toda Constitución tiene como norte elemental la dignidad humana y los derechos fundamentales, como instrumento ante toda restricción e intervención por parte de los poderes, públicos o privados. (STC Exp. 535-2009-AA/TC)

### **2.3.8. El principio de proporcionalidad en la argumentación constitucional**

El ejemplo más simple de evaluación de constitucionalidad de las leyes, es la confrontación de dos normas (Ley y Constitución) que, ante una incompatibilidad entre ellas, prima la jerarquía de la norma. En ese contexto, el control de constitucionalidad de la norma, estriba en definir la atribución deóntica que la Constitución califica la norma examinada, si ordenada, prohibida o permitida, donde se oriente a la cautela de otros derechos dotados de protección constitucional. Efectivamente, la fórmula para resolver estas divergencias, el Tribunal interviene la propuesta normativa del legislador cuya validez será otorgada cuando reúna los siguientes (Lopera Meza, 2008: 176) requisitos:

- ✓ La búsqueda de un fin constitucionalmente legítimo;
- ✓ Represente el medio idóneo para lograrlo;
- ✓ Deba ser indispensable, al no contar otro medio menos lesivo para lograr la misma finalidad,
- ✓ Cuenten con proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativa.

### **2.3.9. Crítica al Neo constitucionalismo**

#### **2.3.9.1. De la constitución rematerializada a la desbordada**

El actual escenario, la constitución ha operado cierta distorsión del modelo jerárquico diseñado por la teoría positivista. La Constitución, hoy en día es la norma suprema que se proyecta sobre operadores jurídicos con el propósito de construir el orden social, destruyendo la postura liberal estatal de la fuerza absoluta de la ley. En resumen, la Constitución es el Derecho sobre el derecho, por ello se le considera como "*Rematerialización Constitucional*", eso es, la existencia de un nuevo

Derecho (el constitucional) que se superpone sobre el resto del derecho (principalmente el legal). En consecuencia, este nuevo Derecho: gira en torno y se subordina a derechos, valores, principios y directrices. (Núñez Leiva, 2012).

#### **2.3.9.2. El Derecho entre criaturas de la moralidad y de poder**

El Estado Constitucional de Derecho (bajo el paradigma neoconstitucionalista) se le considera como criaturas constitucionales, como conjunto de principios que configuran la convivencia colectiva. Las bellas criaturas de la moralidad se les llaman, a la invasión desmedida de los principios en las constituciones; considerándose incluso, que los principios pueden ser normas constitutivas o constitucionales, mientras que las reglas –*aun cuando se encuentren en la Constitución*– solo son leyes reforzadas (a las reglas, solo se las obedece, a los principios, se les presta adhesión). En consecuencia, los principios necesitan de casos concretos para ser operativos.

#### **2.3.9.3. Criaturas que disipan lagunas (normativas)**

Hoy en día según Núñez Leiva (2012) el Estado Constitucional de Derecho, la existencia de disposiciones abstractas con alta densidad axiológica es uno de los hechos que reporta el constitucionalismo contemporáneo y/o el Neoconstitucionalismo. Por ello, los principios actúan para justificar la eliminación de las lagunas en el Derecho. Por ello, muchos positivistas afirman la existencia de lagunas normativas y sostienen que cuando el juez aborda un caso no regulado ejerce mera discrecionalidad. Empero, para la postura neoconstitucionalistas propondrán que el juez frente a un caso no reglado por la ley no debe ejercer mera discrecionalidad, sino que aplicar el Derecho contenido en la Constitución. (Núñez Leiva, 2012)

#### **2.3.9.4. Criaturas que crean lagunas (axiológicas)**

La problemática de las lagunas del Derecho es tan amplia como relevante, entre ellas son aquellas mencionadas como lagunas axiológicas o ideológicas. Que consiste, en la existencia de una norma

que no debiera existir; es decir, existe la ausencia de una norma satisfactoria o justa y, más una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto. Por lo tanto, si toda norma sub-constitucional puede contener una laguna axiológica, es también derrotable por una Constitución, capaz de disciplinar, con mayor amplitud que la ley, cualquier cuestión jurídica de mediana importancia práctica.

## 2.4. MARCO CONCEPTUAL

- a. **El test de proporcionalidad.** Consiste en un cotejo entre la magnitud de intervención del derecho fundamental y la optimización del fin constitucional. La ponderación supone examinar las opciones jurídicas de materialización de un derecho que se encuentra en conflicto con otro. Por tanto, el principio de proporcionalidad se ejecuta ante la intervención estatal en los derechos fundamentales.
- b. **El test de razonabilidad.** La razonabilidad, es lo contrario a lo arbitrario cuyo fin se traduce en la garantía del debido proceso, para cautelar el valor de justicia de todos los actos de poder, y de los particulares.
- c. **El neo constitucionalismo.** Es una palabra que deviene del llamado nuevo *Constitucionalismo*, es una diferente concepción del *Estado de Derecho*, cuya base es la interpretación constitucional como norma suprema, conteniendo fundamentalmente varios principios.
- d. **Estado constitucional.** Prevalece el principio de constitucionalidad sobre el principio de legalidad, y estos se hacen extensivo en la ley, el reglamento, el acto administrativo, la sentencia y la ejecución



## **2.5. MARCO FORMAL Y LEGAL**

Son dos los caracteres que reúne el neo constitucionalismo: i) La desconfianza hacia el legislador, por una idea de garantía jurisdiccional; y ii) El protagonista del moderno paradigma de la constitución es el juez y no el legislador. Con el neo constitucionalismo, se impulsa una nueva teoría del derecho a través de los más principios como la más ponderación, ello supera la idea primaria que la ley es la fuente principal del derecho. En ese sentido, se produce lo que se le conoce como la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas del derecho; la omnipotencia judicial en reemplazo de la autonomía del legislador ordinario; y, la coexistencia de una variedad de valores. (Prieto Sanchís, 2003)

Por otra parte, se produjo el tránsito del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho; ello al tener como columna vertebral la postura axiológica del sistema jurídico. El modelo neo constitucional demanda una nueva teoría de la norma, esto es una teoría de la interpretación jurídica, donde facilite la combinación de la ley y los principios, bajo los parámetros de la razonabilidad constitucional. El Tribunal Constitucional al ejecutar el control de constitucionalidad de las leyes y la defensa de los derechos fundamentales, manifiesta su presencia en la judicial en la realidad nacional; para ello, dentro de una óptica moderna del constitucionalismo establece como paradigma la argumentación constitucional de las decisiones de los jueces, a través del test de proporcionalidad y razonabilidad.

## **CAPITULO III**

### **METODÓLOGA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **3.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

##### **3.1.1. 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.

##### **3.1.2. Métodos específicos**

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

##### **3.1.3. Métodos particulares**

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

#### **3.2. TIPOS Y NIVELES**

##### **3.2.1. Tipo de investigación**

Es una investigación descriptiva correlacional, porque contextualiza el problema que aborda la aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad en los argumentos judiciales, para maximizar la defensa de los derechos fundamentales

##### **3.2.2. Nivel de investigación**

El nivel de investigación por el propósito que persigue es una investigación descriptiva Aplicada. Está orientada a identificar un fenómeno, mediante la observación y medición de sus manifestaciones empíricas para la formulación de un diagnóstico social y/o jurídico, a efectos de plantear

recomendaciones necesarias, tendientes a solucionar el problema planteado.

### 3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

No experimental

### 3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA

#### 3.4.1. Población

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

#### 3.4.2 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.

#### 3.4.3. Tabla Resumen de la Muestra

#### PROCESOS DEL 2017 Y 2018 CASOS POLITICOS EMBLEMATICOS

<b>Resoluciones de Prisión Preventiva</b>	<b>Investigados</b>	<b>Expediente</b>	<b>1JIPN</b>	<b>3JIPN</b>
2017	Nadine Heredia, Ollanta Humala	249-2015	1	
2018	Keiko Sofia Fujimori Higuchi	299-2017	1	
2019	Felix Moreno Caballero	75-2017	1	1
2019	Susana del Carmen Villarán De la Puente	36-2017	1	
2019	Pedro Pablo Kuczynski Godard	19-2018	1	
	<b>TOTAL</b>		<b>5</b>	<b>1</b>

## 3.5. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

### 3.5.1. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

#### 3.5.1.1. Técnicas

Se aplicará como técnica lo siguiente:

- a. **Técnica de observación.** Siendo una técnica que se basa fundamentalmente en el proceso perceptual del observador, permitirá lograr una variedad de conocimientos acerca del tema de estudio; pues haciendo uso de los sentidos y el fichaje se logrará recolectar la información necesaria para desarrollar la presente tesis.
- b. **Técnica de análisis de contenido.** Esta técnica, mediante el uso del razonamiento, permitirá llegar al análisis cualitativo del contenido o mensaje que se transmite en el texto.
- c. **Técnica de la recopilación documentaria.** Que permitirá recurrir a diversas fuentes escritas pre-existentes, como es la información que se solicitó a la Sala Penal Nacional las que nos proporcionará información relevante para el desarrollo de la temática de nuestra investigación, para llegar a obtener esta información haremos uso del instrumento de fotocopias, puesto que muchos de los documentos que se recopilarán serán analizados para precisar su mayor o menor validez y comprensión, y la que fue obtenida de la Fuente Oficial de la Sala Penal Nacional.
- d. **Técnica de fichaje y material informativo**  
Mediante el uso de fichas se logrará la recolección sistemática de información, facilitando la acumulación de material disperso en libros y revistas especializadas, permitiendo crear un banco

de datos, que facilitará el proceso de abstracción, generalización y síntesis en torno al tema de nuestro trabajo.

### **3.5.1.2. 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.

### **3.5.2. Técnicas de procesamientos y análisis de datos**

a. **Organización para el acopio de la información.** Se ejecutará en tres (03) etapas:

- ✓ La primera etapa, consiste en consultar las fuentes de información establecidas y que la constituyen textos especializados, revisión de páginas de internet y demás fuentes escritas.
- ✓ La segunda etapa, se separará y seleccionará lo más trascendente de la información, que nos permitan desarrollar los objetivos planteados en la investigación, para ello se emplearan las técnicas ya definidas.
- ✓ La tercera etapa se procederá a la elaboración del informe final y las debidas recomendaciones y conclusiones del tema investigado.

**b. Procesamiento de la información**

La información será procesada tomando en cuenta las etapas previstas en las estrategias operativas de acopio de la información. Además de ello, como factor preponderante a la hora de procesar la información, será la trascendencia que ella tenga en la búsqueda de los resultados a los cuales se quiera arribar.

**c. Criterios de interpretación de la información**

La aplicación del modelo neo constitucional, maximiza los derechos fundamentales e incide en la argumentación de las sentencias.

## CAPITULO IV

### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

#### 4.1. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

##### Cuadro 01

**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**

**32.** Por ello, el Tribunal Constitucional en consolidada jurisprudencia ha sido particularmente enfático en sostener la prisión preventiva es una regla de última ratio. Así, desde la naciente jurisprudencia constitucional en materia de restricción de la libertad personal, se ha considerado que la prisión preventiva es

... una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar, esto es, susceptible de dictarse solo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general (Sentencia 01091-2002-HC/TC, fundamento 7, criterio reiterado en: Sentencia 01014-2011 - PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012- PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 00872-2007-PHC/TC fundamento 2; Sentencia 5100-2006-PHC/TC, fundamento 3; Sentencia 09809-2006-PHC/TC, fundamento 2; Sentencia 03567-2012-PHC/TC, fundamento 12; Sentencia 02357-2008-PHC/TC, fundamento 3; entre otras)

**34.** En efecto, el dictado de la prisión preventiva, en el marco del Estado Constitucional, incide de forma particularmente grave en el derecho a la libertad personal, por lo que implica el deber del órgano jurisdiccional de motivar adecuadamente sus decisiones; más aun si se toma en cuenta que las mismas tendrán repercusión en la situación jurídica de una persona que aún no cuenta con una sentencia que reconozca y declare su culpabilidad.

**35.** En reiterada jurisprudencia se ha precisado que la prisión preventiva se justifica siempre y cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado (Sentencia 04163-2014 PHC/TC, fundamento 8, Sentencia 02386-2014-PHC/TC, fundamento 8, Sentencia 06099 2014-PHC/TC, fundamento 5. Este criterio ha sido reiterado en Auto 02163-2014-PHC/TC, considerando 3, Auto 02240-2014-PHC/TC, considerando 4, entre otras). En ese sentido, la resolución judicial firme que decreta la prisión preventiva debe cumplir con la exigencia de la debida motivación de las resoluciones judiciales, en la que se pueda verificar en forma clara y fundándose en evidencias sólidas cuáles son las razones que llevaron a su dictado (Cfr. Sentencia 01951-2010-PHC/TC, fundamento 5, Sentencia 01680- 2009-HC, fundamento 21).

**36.** Así, también se ha señalado que en el caso de la prisión preventiva, "la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues solo de esa manera es posible despejar la ausencia de arbitrariedad en la decisión judicial, a la vez que permite evaluar si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de [dicha medida]" (Sentencia 00038-2015-PHC/TC, fundamento 4, Sentencia 06099-2014-PHC/TC, fundamento 4, Sentencia 05314-2013-PHC/TC, fundamento 8, entre otras).

**37.** En esta línea de razonamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la aplicación de la prisión preventiva "debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática"

**38.** De ahí que toda resolución judicial que ordene una prisión preventiva requiera de una especial motivación que demuestre de modo razonado y suficiente que ella no solo es legal, sino proporcionada y, por consiguiente, estrictamente necesaria para la consecución de fines que resultan medulares para el adecuado desarrollo del proceso.

(...)

**112.** Por lo demás, ya se ha señalado que una medida de prisión preventiva debe ser respetuosa del test de proporcionalidad. Siendo así, aun cuando pueda sostenerse que la promoción de una conducta compatible con la verdad por parte de un procesado resulte un fin constitucionalmente valioso, no se aprecia en qué medida ordenar encarcelarlo resulte idóneo para la consecución de tal objeto (subprincipio de idoneidad). Evidentemente, si su objetivo es mentir dentro del proceso, ello podrá hacerlo tanto dentro como fuera de la prisión. En tal sentido, considerar que la distorsión de una grafía permite justificar razonablemente la presunción de obstaculización de la actividad probatoria que dé mérito al dictado de una prisión preventiva, es un argumento manifiestamente desproporcionado y, por ende, violatorio del derecho fundamental a la libertad personal.

(...)

**119.** Se ha señalado, pues, con atino, que "se viola el principio de presunción de inocencia cuando la [aplicación de la] prisión preventiva (...) está determinada esencialmente, por ejemplo, por el tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado. En estos casos también se está en gran medida aplicando una pena anticipada, previa a la conclusión del proceso mismo, entre otras razones porque materialmente la detención previa al juicio, en tanto privación de libertad, no difiere en nada de la que se impone como resultado de una sentencia"

(...)

**127.** En lo que concierne específicamente al Estado y más especialmente a la judicatura ordinaria, el respeto a tales derechos debe ser el pivote de todo su accionar, máxime cuando se actúa en el ámbito de la justicia penal, en la cual imperan principalmente los siguientes principios: el respeto y la defensa de los derechos fundamentales; la presunción de inocencia a favor del investigado; la duda favorece al imputado; la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal pública; y la tipificación penal clara, precisa e indubitable del hecho atribuido como punible. Así, es necesario constitucionalizar el cabal ejercicio de la judicatura penal, en el marco de su autonomía e independencia, para garantizar máxima probidad, idoneidad, imparcialidad, honestidad y valentía, y, además, el cumplimiento de los principios de razonabilidad, ponderación, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia, como supremo intérprete de la Constitución, de la ley y, en general, de todo el derecho positivo.

## **ANALISIS DE LA RESOLUCION (Cuadro 01) REALIZADA POR LOS BACHILLERES (Rosario Degracia Ortiz & Percy Edwin Pineda Toscano)**

Se advierte, una clara lesión a los derechos fundamentales de los procesados, dado que los argumentos desarrollados en la resolución de prisión 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, es relevante 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.

## Cuadro 02

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

#### **SEPTIMO: ANALISIS DEL TERCER TEMA (SOBRE EL TEST DE PROPORCIONALIDAD):**

En el presente el caso el dictado de la medida de detención preliminar judicial de los veinte investigados, resultan ser de estricta necesidad y urgencia, atendiendo a que:

##### **7.1. La proporcionalidad acoge tres sub principios:**

El de adecuación, según la cual la medida debe ser la más apta o idónea para alcanzar el fin legítimo del proceso; el de necesidad, que informa que el fin buscado por la medida no pueda ser logrado por otro medio menos gravoso; y de proporcionalidad propiamente dicha, esto es, el sentido de estricta ponderación de la medida entre los derechos afectados y los fines perseguidos. En virtud a este principio se deberá atender los fines del proceso y la necesidad de asegurar la eficacia de la sentencia, así como el respeto de los derechos y garantías de los involucrados. Se impondrá la medida más adecuada para garantizar las finalidades buscadas; procedimiento solo cuando resulte absolutamente indispensable y por el tiempo estrictamente necesario, debiendo priorizarse la medida menos gravosa para los derechos constitucionales del afectado, en este caso el derecho a la propiedad. Este principio está previsto expresamente en el artículo VI del Título Preliminar y el artículo 253° del Código Procesal Penal9.

##### **7.2. Juicio de Idoneidad o adecuación:**

En cuando al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos sugerido que la decisión que afecta un derecho fundamental deba ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada al fin propuesto.

Entonces en lo que se refiere la Adecuación de la Medida Examinada, la medida de detención preliminar de los veinte investigados, es el instrumento procesal que busca conjurar el peligro de fuga (fijado en función a la facilidad que tendrían los investigados de salir del país, gravedad de la pena, magnitud del daño causado) y de obstaculización a la actividad probatoria de los investigados (de influenciar sobre los testigos para que acepten haber realizados los aportes falsos), puesto deviene en idónea para asegurar la presencia de los investigados, para los fines de la investigación.

##### **7.3. La Necesidad**

La medida es necesaria porque sin ella no se logrará evitar que los investigados eludan la acción la justicia o perturben la actividad probatoria.

Este paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar "si existen medios alternativos al optado". Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin.

En ese sentido, en el presente caso la medida optada de "detención preliminar de los 20 investigados por 10 días" resulta necesaria en contraposición a otras medidas cautelares tales como el impedimento de salida del país, figura sobre el cual aún existe controversia sobre si se aplica o no durante las diligencias preliminares, prueba de ello es que en el presente caso, en vez anterior éste Despacho dispuso la medida de impedimentos de salida de varios investigados durante las diligencias preliminares, sin embargo, el Superior Jerárquico la declaró nula e improcedente el requerimiento de impedimento de salida, bajo el argumento que no- se aplica durante las diligencias preliminares (incidente 299-2017-13) .

Siendo-ello así, la medida de detención preliminar de los investigados viene en necesario, en vista que se, corre con el serio riesgo que los instigados eludan la acción del a justicia (se oculten o salgan del país), o perturben la actividad probatoria (influyendo sobre los testigos, y sobre el propio sistema de justicia para obtener decisiones favorables, conforme se desprende del Informe 01-05-2018-MP-FN presentado por la Fiscal Provincial Sandra Castro Castillo del caso "Los Cuellos Blancos"). Por lo que también el juicio de necesidad es positivo.

#### **7.4. La proporcionalidad:**

Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí la ponderación, según la cual "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".

Se tiene que la afectación del derecho afectado deviene en legítimo, pues se verifica que la afectación del derecho a la libertad de los afectados es directamente razonable a fin de asegurar su presencia dentro de la investigación, en aras de hacer prevalecer el sistema de justicia, en su vertiente del aparato de persecución penal, encaminada a la averiguación de la verdad y de mantener la presencia de los investigados para los fines de la investigación, pues lo contrario implicaría que eludan la acción de la justicia o perturben la actividad probatoria.

### **ANALISIS DE LA RESOLUCION (Cuadro 02) REALIZADA POR LOS BACHILLERES (Rosario Degracia Ortiz & Percy Edwin Pineda Toscano)**

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.

### Cuadro 03

**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**

#### **3.4. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE PRISION PREVENTIVA**

3.4.1. Al respecto, debe verificarse la conformidad de la medida de prisión preventiva con la afectación de derechos fundamentales. Para estos efectos, se empleará el test de proporcionalidad, en sus tres vertientes:

3.4.2. En lo que respecta **al test de idoneidad**, se analiza si la medida resulta adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo.

En el presente caso, con la medida se está afectando el derecho a la libertad del ciudadano Félix Manuel Moreno Caballero. No obstante, la presente responde a una medida de carácter preventivo —y no sustitutivo de la pena privativa de libertad— reconocida constitucionalmente en tanto se busca asegurar la presencia del imputado en el desarrollo del proceso que se está llevando a cabo por el delito de lavado de activos y tráfico de influencias, que necesita ser esclarecida.

En suma, la medida de prisión preventiva, en este caso, resulta idónea.

3.4.3. En cuanto **al test de necesidad**, se verifica si no se ha acreditado la existencia de una alternativa menos gravosa que permita alcanzar el mismo fin.

Esta Sala Superior entiende que la prisión preventiva es una medida cautelar cuya finalidad es favorecer la presencia del imputado en el proceso. Se ha demostrado en el presente caso que la imposición de medidas restrictivas menos gravosas —inclusive un impedimento de salida del país— no han sido suficientes para lograr el mismo fin, como se evidencia con la fuga del imputado en otro proceso en el que se encuentra con sentencia condenatoria. Por esta razón, la medida resulta ser necesaria.

3.4.4. Por último, el **test de proporcionalidad en sentido estricto** busca determinar si los perjuicios que genera la medida sobre los derechos afectados no son superiores al interés que se busca satisfacer (que el beneficio social sea superior que el perjuicio individual).

Se verifica, como consecuencia del análisis expuesto anteriormente, que la limitación del derecho a la libertad del imputado resulta proporcional con su aseguramiento en el desarrollo del presente proceso penal, el mismo que tiene una demostrada trascendencia social, por cuanto se investiga una presunta afectación de la Administración pública y del Sistema económico y financiero nacional como consecuencia de los hechos incriminados al investigado. En consecuencia, la medida cautelar personal de prisión preventiva contra el imputado Félix Manuel Moreno Caballero resulta proporcional en sentido estricto.

Determinada la proporcionalidad de la medida de prisión preventiva, corresponde a este Colegiado Superior evaluar el plazo en que se hará efectiva.

### **ANALISIS DE LA RESOLUCION (Cuadro 03) REALIZADA POR LOS BACHILLERES (Rosario Degracia Ortiz & Percy Edwin Pineda Toscano)**

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 presencia 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.

## Cuadro 04

**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**

### § SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

- 6.78. Finalmente, las defensas técnicas de los imputados Villarán de la Puente, Castro Gutiérrez y Gómez Cornejo Rotalde han cuestionado la proporcionalidad de lo medido de prisión preventiva y, para tal efecto, han sostenido que ello se debe a que no se cumple con el presupuesto del peligro procesal. Al respecto, a criterio de esta Sala Superior, para que una medida de coerción pueda estar sujeta a los lineamientos de la proporcionalidad, **debe superar el test de razonabilidad**, el cual está directamente vinculado con el valor superior justicia y constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales individuales.
- 6.79. En ese orden de ideas, para que la aplicación **del test sea adecuada. corresponde utilizar los tres principios que lo conforman**. De acuerdo con el principio de idoneidad y adecuación, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítima, suponiendo la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida sub examine. El principio de necesidad significa 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. Finalmente, respecto al principio de proporcionalidad *stricto sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser por lo menos equivalente proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, acompañándose dos intensidades o grados; el de la realización de fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.
- 6.80. En el presente caso, en atención al **principio de idoneidad**, se verifica que la injerencia a *ius ambulandi* de los imputados Gómez Cornejo Rotalde, Villarán de la Puente y Castro Gutiérrez es adecuada para preservar proteger o promover un fin constitucionalmente valioso o perseguir los fines constitucionales del proceso, por lo que existe una relación de medio o fin entre la medida restrictiva y el objeto constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquel.
- 6.81. Consecuentemente, **sobre el principio de necesidad**. Conforme los fundamentos ya expuestos sobre el cumplimiento de los presupuestos exigidos para la imposición de la prisión preventiva, se advierte que la presente medida resulta necesaria para alcanzar el fin propuesto dado que no existen medidas alternativas igualmente eficaces o que sean menos gravosas que se dirijan a obtener el mismo fin.
- 6.82. En este extremo, se debe considerarse que el imputado Gómez Cornejo tiene la facilidad de poder salir al extranjero y dificultar su sujeción al proceso penal. Incluso, el referido fundamento adquiere mayor fuerza al no tenerse certeza del paradero del referido imputado dado su condición de no habido
- 6.83. Ahora bien, culminada el **análisis del sub principio de necesidad**, corresponde ver el **principio de proporcionalidad stricto sensu**, el cual exige una ponderación de los intereses en juego: de un lado, los fines del proceso que se pretenden cautelar, y del otro, el derecho fundamental en conflicto. Así, se debe establecer si el sacrificio que se pretende imponer amerita la lesión a los derechos fundamentales de los imputados, y en particular si se hacen aceptables los efectos colaterales.

- 6.84. En el caso que nos ocupa, esta Sala Superior considera necesaria realizar la ponderación entre los fines de la medida de prisión preventiva y del derecho fundamental afectado (de la libertad personal), el cual puede ser limitado cuando se justifique la imposición de la medida en cuestión. En tal sentido, a través del análisis los hechos materia de investigación, de los delitos imputados, la finalidad que se persigue con esta medida y con los aspectos desarrollados, en la presente resolución, debe considerarse que consiste en una restricción legítima y, en consecuencia, proporcionalidad que prevalece sobre el derecho o la libertad personal.
- 6.85. Por lo tanto, acreditado **lo concurrencia de los presupuestos exigidos para la procedencia de la medida de prisión preventiva, así como establecido que la medida es idóneo, necesaria y proporcional** para los fines de la misma, las pretensiones planteadas para las defensas de Gómez Cornejo Ratalde, Villarán, de la Puente y Castro Gutiérrez deben ser desestimados.

### **ANALISIS DE LA RESOLUCION (Cuadro 04) REALIZADA POR LOS BACHILLERES (Rosario Degracia Ortiz & Percy Edwin Pineda Toscano)**

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 legítima y objetiva, 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 valido y amparable el mandado de prisión preventiva, toda vez que se ajusta al razonamiento constitucional.

## Cuadro 05

### 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

#### 3.4. SOBRE LA PROPORCIONALIDAD DE LA MEDIDA

3.4.1. Para la imposición de medidas restrictivas de derechos, debe observarse, entre otros, el principio de proporcionalidad, el cual constituye un mecanismo jurídico de trascendental importancia en el Estado Constitucional, y como tal tiene por función controlar todo acto de los poderes públicos en los que puedan verse lesionados los derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales. En ese sentido, este principio exige examinar si la medida estatal que limita un derecho fundamental es idónea para conseguir el fin constitucionalmente legítimo que se pretende con esta; si es estrictamente necesaria, es decir, que no exista ningún otro medio alternativo que tenga igual eficacia para alcanzar el fin perseguido y que sea más benigno con el derecho afectado; y, si el grado de limitación de un derecho fundamental por parte de la medida estatal es proporcional con el grado de realización del fin constitucional que orienta esta medida.

#### 3.4.2. Subprincipios:

3.4.2.1. En cuanto a la **IDONEIDAD**, se considera que la finalidad perseguida en el caso en concreto es la investigación, persecución y sanción del delito materia de investigación, así como la sujeción de los investigados al proceso penal, y conforme al análisis de los autos, se verifica que la prisión preventiva es una medida que tiende y que tiene por objeto viabilizar precisamente este fin procesal de permanencia de los investigados o de sujeción al proceso penal. Máxime si es latente el peligro de fuga y de obstaculización, resaltando el documento que se halló en el inmueble del procesado Kuczynski Godard que corresponde procesado Gerardo Sepúlveda, sin perjuicio de la pluralidad de actos del comportamiento del procesado que evidencia un alto estándar de peligrosísimo.

#### 3.4.2.2. NECESIDAD DE LA MEDIDA.

- Respecto a la **DETENCIÓN DOMICILIARIA** que la defensa técnica ha señalado resulta obligatoria, el Juzgado señala que el texto legal es imperativo, no obstante, el segundo párrafo del Art.290 del Código Procesal Penal, **condiciona a que el peligro de fuga o de obstaculización pueda evitarse razonablemente.**
- Al respecto no es negado que la regla procesal del primer párrafo del artículo 290 del Código Procesal Penal, señala que se aplique en los supuestos cuando se tenga más de 65 años, adolece de enfermedad grave o sufre de incapacidad física permanente.
- Durante el desarrollo de la audiencia del requerimiento de prisión preventiva en la sesión del 17 de abril del año en curso, sin oposición de las partes ante la información expuesta por el abogado defensor, que indicó que su patrocinado estaba internado en la Clínica Angloamericana de San Isidro, se ordenó una evaluación de salud por el médico de medicina legal y se dispuso su ejecución con Fiscalía, para lo cual se levantó un acta respectiva.
- Es el caso que del informe médico legal concluye después de revisar la historia clínica se tiene de Pedro Pablo Kuczynski Godard se encuentra en la clínica y su estado de salud se encuentra hemodinámicamente inestable en tratamiento de intensivo de monitoreo, por hipertensión arterial no controlada, portador válvula protésica aórtica — post operatorio.
- De la lectura del documento, el médico legista en ninguna parte del informe señala que nos encontremos en los supuestos de **ENFERMEDAD GRAVE O INCURABLE O INCAPACIDAD FÍSICA PERMANENTE QUE AFECTE SENSIBLEMENTE SU CAPACIDAD DE DESPLAZAMIENTO.** y si bien es innegable que supera los 65 años de



edad, pero el peligro de fuga y de obstaculización es de MAGNITUD, teniendo en cuenta la condicionante del segundo párrafo del artículo 290 del Código Adjetivo, que bajo el principio de legalidad no corresponde aplicar la detención domiciliaria.

- Es de resaltar que del contenido del acta fiscal que suscribe la fiscal Patricia Castañeda Severino, se consigna que a las 18:30 horas "se apersonó el ciudadano Enrique Bustos Lahura, quien indicó ser el médico cardiólogo tratante del citado investigado", sin embargo es de tener en cuenta que cuando se solicitó autorización para salir del país se indicó que su médico tratante en los últimos 15 años es César Diego Delgado Sayán lo que permite concluir que respecto a su derecho de salud constreñido a un proceso penal, existe posibilidad que el tratamiento pueda efectuarse por especialistas nacionales que se extiende al ministerio de Salud, derecho que no se le privaría con las garantías del caso estando recluso en un establecimiento penitenciario.
- No entra en discusión la clínica donde fue atendido el referido procesado, sino la posibilidad de ser asistido por un médico local ante su problema de salud. la prisión constituye el medio más eficaz para cumplir con los fines constitucionalmente legítimos que se persiguen alcanzar, más si el peligro procesal no se ha desvanecido.

Es de advertir que, en el presente caso, no existe alguna medida menos gravosa que pudiera imponerse a los imputados Kuczynski Godard, que permita considerar que dicho peligro se pueda evitar o verse menoscabado, en ese sentido, es la prisión preventiva constituye el medio más eficaz para cumplir con los fines constitucionalmente legítimos que se persiguen alcanzar.

- 3.4.2.2. **PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO**, es de resaltar que la afectación de un derecho fundamental se sustentará en la medida que se satisfaga de la mejor manera el interés que se persigue, en este caso, tenemos, por un lado, el derecho a la libertad personal que le asiste al investigado, y por el otro, la seguridad de la sociedad a cargo del Estado a través de la persecución punible de hechos delictivos según el artículo 44 de la constitución Política del Estado. Asimismo, teniendo en cuenta que el delito de lavado de activos es pluriofensivo, tendríamos también que considerar como derechos colisionados con la libertad personal, a la correcta administración de justicia y al orden socioeconómico (libre competencia). En ese sentido, consideramos que, en el caso concreto, deberá primar el resguardo tanto de la seguridad de la sociedad, la correcta administración de justicia y el orden socioeconómico sobre la libertad personal, pues la preponderancia de estos, encuentra justificación en la satisfacción del interés de investigación para el esclarecimiento de los hechos de persecución punitiva que tiene a su cargo el Ministerio Público, más aún cuando se ha cumplido con los otros presupuestos de la prisión preventiva.

## **ANALISIS DE LA RESOLUCION (Cuadro 05) REALIZADA POR LOS BACHILLERES (Rosario Degracia Ortiz & Percy Edwin Pineda Toscano)**

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

## 4.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Hoy en día presenciamos el cambio de modelo en el plano constitucional, donde supera los conceptos de neopositivismo y formalismo jurídico. Este nuevo modelo se le conoce como neo constitucionalismo cuyo objeto es la interpretación del derecho en un plano compatible con los principios y valores. Esta innovación dogmática inserta una nueva percepción de la constitución desde una visión sentada en principios. En ese sentido, el Derecho se va concibiendo como un cuerpo legal flexible y adaptable y móvil, cuyo desarrollo de la argumentación e interpretación jurídica, se orienta en un plano axiológico. Por tanto, el neoconstitucionalismo se traduce como aquella teoría del Derecho decodificado, libre y flexible fortalecido por la amplia interpretación de la Constitución. (Aguilera Portales. 2012)

La idea de Estado moderno, se ha visto superada por el neoconstitucionalismo, cuya acción dentro de un Estado constitucional relativiza la percepción de soberanía, para dar paso a nuevos espacios del multiculturalismo. Donde las sociedades postmodernas o plurales exigen nuevas normas constitucionales y un nuevo enfoque de Estado que le permita una nueva generación de derechos y libertades, esto significa que el Estado asume el rol protagónico de velar por los derechos fundamentales de las personas, es decir, se produce el tránsito del Estado legalista al Estado constitucional

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*. (Cárdenas Gracia, 2016)

Para los críticos del neo constitucionalismo se resume según lo afirmado por Luis Prieto Sanchís (2003): *i) más principios que reglas ii) más ponderación que subsunción, iii) omnipotencia judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario, iv) omnipresencia de la constitución en todas las áreas jurídicas, v) coexistencia de una constelación plural de valores.*

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 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 sub-principios, el de necesidad y el de idoneidad. (García Jaramillo, 2010)

Uno de los principios utilizados para vigilar la labor de los poderes públicos, es el de proporcionalidad, cuyo protagonismo destaca en su labor de límites de los límites. Ahora bien, esto tiene su injerencia en la labor legislativa, toda vez que ellos no pueden restringir más derechos de lo permitido. Argumento, que es compatible con la democracia contemporáneas que ejerce un control de constitucionalidad. Por esa razón, el juez recurre al principio de proporcionalidad, pues es su herramienta para determinar los límites del derecho.

Téngase presente que el legislador ya no es preponderante para someter la función jurisdiccional, pues **el Neo constitucionalismo le faculta al juez una singular posición dentro de la estructura del poder en un sistema democrático.** Cabe precisar, que las leyes se someten a un control constitucional. Además, dentro de un sistema democrático el juez se torna en una pieza relevante en la estructura de poder, pues ejerce un contrapeso en el ejercicio de poder de otras instituciones del Estado, porque a través de control constitucional de la ley cautela la vigencia de los derechos fundamentales. (Morales Godo, 2009)

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.

El **test proporcionalidad y de razonabilidad**, hoy es una herramienta exigible en la argumentación de una decisión judicial, pues no basta con que esté acorde en la norma, sino que, además debe pasar por el filtro del test para evitar arbitrariedades y carecer de valides la decisión judicial por ausencia o debilidad en la fundamentación, con la posibilidad de declararse nulo, aunque esta se encuentre limpio en un plano formalista. En consecuencia, la decisión judicial no se agota en un plano formal, sino principalmente en un plano material esto es con la correspondencia de los principios constitucionales

El Tribunal Constitucional según el STC N° 0728-2008-PHC/TC (caso Giuliana Llamoya Hilares) ordeno a la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema se expida una nueva sentencia, pues según el TC la Sala había vulnerado el derecho fundamental a la motivación y el principio de interdicción de la arbitrariedad; ello es una muestra más del neo constitucionalismo donde la interpretación constitucional supera la norma,

El Neo constitucionalismo, cuenta con ciertas características: *i)* El rol protagónico del Tribunal Constitucional y la influencia de sus decisiones; *ii)* La debilidad de la legalidad, bajo el control de constitucional de la norma; *iii)* La veneración de la jurisprudencia constitucional que supero a la ley; *iv)* La falsa percepción que la cosa juzgada no puede ser evaluada desde un plano constitucional; *v)* Una nueva Teoría del Derecho basada en principios; *vi)* La cantidad de cambios constitucionales ha sido relevante. (Águila Grados, 2014 febrero: 8)

A la revisión y análisis de los resultados se logró evidenciar la aplicación del modelo neo constitucional, al advertirse, que en las STC - Exp. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, se evidencia el argumento neo constitucional por parte del Tribunal Constitucional al señalar en su fundamento 97 que, el límite de elección está representado por principios y bienes constitucionales, en especial los derechos fundamentales. En ese sentido, el legislador debe orillar su función legislativa a criterios constitucionales que cautelen los derechos fundamentales. También, la STC N° 047-2004-AI/TC, en los argumentos (FJ 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14) refiere que el Neo constitucionales pertenece al sistema de fuentes del derecho peruano; según esta línea jurisprudencial, la reforma constitucional se somete a límites materiales y formales.

El Tribunal Constitucional en el STC N° 0005-2007-PI/TC en su fundamento jurídico 8, afirma como argumento neo constitucional, que el predominio normativo de la Constitución de 1993 al sostener que todo el cuerpo normativo es vinculante y por tanto, el Estado tiene la obligación de vigilancia del respeto de los derechos fundamentales (artículo 44°, Const.), así como los bienes y principios constitucionales que se desprenden de estas disposiciones. También en la STC N° 0009-2007-PI/TC y N° 0010-2007-PI/TC, el Tribunal Constitucional sostiene, que la Constitución normativa se materializa cuando se expulsa del sistema normativo, la legislación incompatible con ella, asimismo, se exige que todos los días las leyes deban ser interpretadas y aplicadas de conformidad con ella (sentencias interpretativas); cuando se adecua (o se exige adecuar) a éstas a la Constitución.

El Tribunal Constitucional utiliza el modelo neo constitucional, para pronunciarse sobre el debido proceso como en la STC N° 10490-2006-PA/TC, donde refiere que existe una obligación de examinar la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones judiciales, pues son reglas elementales dentro de un proceso judicial.

El derecho a la debida motivación, es uno de los derechos fundamentales relevantes en un plano procesal, según la STC N° 0728-2008-PHC/TC, pone en evidencia el uso del modelo neo constitucional donde enfatiza, la forma idónea de neutralizar la arbitrariedad judicial es el derecho a la debida motivación de las

resoluciones judiciales, con ello se desvirtúa la posibilidad de argumentar por capricho o por formalismo. En efecto, desatender esta obligación judicial constituye una flagrante vulneración a la tutela judicial efectiva y también al derecho a la motivación, más aún cuando se trata del derecho fundamental a la libertad.

Téngase presente que los principios constitucionales son los que fortalecen las decisiones judiciales, sin estos, la decisión judicial se torna en antojadiza, arbitraria, ello no significa que esta obligación atropelle la independencia judicial o mucho menos la imparcialidad del juez al momento de argumentar su decisión, todo lo contrario, lo revista de legitimidad por actuar acorde a los fundamentos constitucionales del cual revitaliza el neo constitucionalismo.

El neo constitucionalismo es preciso señalar que existe en nuestro sistema penal la aplicación del modelo neo constitucional a las resoluciones judiciales que resuelven la restricción de derechos fundamentales como la libertad, como en el caso de OLLANTA MOISÉS HUMALA TASSO Y NADINE HEREDIA ALARCÓN donde el Tribunal Constitucional a la revisión de los EXP N ° 04780-2017-PHC/TC (LIMA)- EXP N° 00502-2018-PHC/TC (Acumulado), advierte la lesión de los derechos fundamentales como la restricción a la libertad, pues la prisión preventiva ha lesionado tal derecho fundamental, por clara ausencia de argumentación constitucional en la decisión judicial, pues dentro de un Estado Constitucional de Derecho, el neo constitucionalismo es la herramienta para ejecutar tal ejercicio de control constitucional, situación que no ha ocurrido con este caso. Todo lo contrario, ocurrió con el AUTO DE DETENCION PRELIMINAR JUDICIAL EXP N ° 00299-2017-28-5001-JR-PE-01 LIMA, caso de KEIKO SOFIA FUJIMORI HIGUCHI Y OTROS, donde el juez argumenta su decisión judicial, recurriendo a los criterios del neo constitucionalismo, a través del Test de Proporcionalidad generándose validez constitucional.

La misma suerte corre con el caso de Félix Moreno, Susana Villarán y el ex presidente de la Republica Pedro Pablo Kuczynski Godard; donde el juez y un colegiado de la Sala Penal Nacional, han determinado la medida restrictiva de la libertad, en fiel respeto por los Derechos fundamentales; por cuanto, el juzgador

ha valorado acertadamente el Test de proporcionalidad y los sub principios que lo contiene para argumentar en un plano constitucional la limitación de este derecho, que a todas luces se evidencia la obstrucción de la justicia y el peligro de fuga por parte de los investigados.

En consecuencia, es vigente y de suma importancia la aplicación del modelo constitucional, porque no solo materializa la garantía de un Estado Constitucional de Derecho, sino que, además dentro de su filosofía cautela en extremo la salvaguarda de los derechos fundamentales, modelo que todo juez está obligado a utilizar para motivar válidamente su decisión judicial.



## CONCLUSIONES

1. 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.
2. La norma no está exenta del control constitucional y de ser el caso, implementar medidas procesales que garantice el respeto de los derechos fundamentales, con ello, se cristaliza el criterio que siempre habrá un ente jurisdiccional legitimado para restablecer el orden constitucional. Por cuanto, los problemas sociales siempre pasan por las decisiones de los magistrados y están obligados a un ejercicio constitucional en su labor. En tal sentido, existe una prioridad de la función jurisdiccional y es la revisión constitucional de la norma, ello en mérito al vínculo que existe entre el rol del juez y la ley, es decir, el juez está obligado a efectuar un ejercicio de interpretación constitucional.
3. La 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.
4. Para la crítica enfatiza que es un error basar los argumentos judiciales en el neo constitucionalismo, en especial en aquellos casos difíciles, puesto que la excepción no puede ser la regla dentro de un Estado Constitucional, por tanto, es peligroso distorsionar los conceptos que tiene injerencia en los jueces.

5. 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.

## RECOMENDACIONES

1. En la aplicación del modelo neo constitucional, es legítimo y viable por cuanto se ajusta al contexto de Estado Constitucional Democrático, es decir, bajo estos criterios la crítica del neo constitucionalismo se atenúa significativamente, en ese sentido, los límites a esta nueva corriente constitucional contemporánea, no caerá en excesos.
2. Se recomienda, capacitación de los magistrados en temas de nuevas corrientes constitucionales como el neo constitucionalismo, con el propósito de una mejor labor al momento de argumentar sus resoluciones judiciales, para ejercer una correcta aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad, donde sus fundamentos cuenten con suficientes elementos que garanticen el respeto a los derechos fundamentales, al momento de resolver la restricción de algún derecho fundamental como la libertad.
3. De esta manera respetando garantías constitucionales y derechos fundamentales no tendríamos tanta carga procesal en las salas o instancias de alto grado que esperan justicia ya que por errores judiciales abiertamente cometidos por los jueces ordinarios, violan normas por no saber aplicar los tes de proporcionalidad y razonabilidad apartándose de impartir justicia, donde esos errores se convierten en arbitrariedades las cuales son corregidas en otras instancias y desde ya son un problema tanto para el legislador como para los penados o procesados, por esos que existe tanta carga procesal.

## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Adrián Coripuna, 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.
- Aguilera Portales. R. E. (2012). Las transformaciones del estado contemporáneo: legitimidad del modelo de estado neoconstitucional. En, *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. España. Núm. 15, pp. 3-25.
- Aguiló Regla, J. (2010), Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la constitución. En: M. Carbonell & L. García Jaramillo (ed.). *El canon neoconstitucional* (pp.247-263). Madrid, España: Trotta.
- Ahumada, M. Á. (2009). *Neoconstitucionalismo y constitucionalismo*. En: Comanducci, P., Ahumada, M. A. & González Lagier, D. (ed.) *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo* (pp. 123-159). Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Alexy, R. (2004). *El concepto y la validez del derecho*. (2ª ed). Barcelona, España: Gedisa.
- Alexy, R. (1998). Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. En: R. Vásquez (Coord.). *Derecho y moral: ensayos sobre un debate contemporáneo* (pp. 115-137). Barcelona, España: Gedisa.

- Arrollo, C. (2011). *Neoconstitucionalismo y Derecho Privado: La aplicación inmediata de derechos fundamentales/constitucionales entre particulares y la acción de protección* (Tesis de grado). Universidad San Francisco de Quito. Ecuador. Recuperado de:  
<http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/671/1/99736.pdf>
- Atienza, M. (2007). Argumentación y Constitución. En: Aguiló Regla, J.; Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (ed.). *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (pp. 113-181). Madrid: España: Iustel.
- Atria, F. (2012). Lo que importa sobre los principios. En: *Revista - El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Núm. 25, pp. 72-83.
- Barberis, M. (2003). Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. En: M. Carbonell Sánchez (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 259-278). Madrid, España: Trotta.
- Barranco Avilés, M. C. (2004). *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Bayón, J. C. (2004). Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo. En: Betegón, J., De Páramo, J. R., Laporta, F. & Prieto Sanchís, L. (coord.). *Constitución y derechos fundamentales* (pp. 67-138). Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bayon, J. C. (2003). Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. En: *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas* (pp. 209-262). Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Bayón, J. C. (2002). Derecho, convencionalismo y controversia. En: Navarro, P. & Redondo, C. (comps.). *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 57-92). Barcelona, España: Gedisa.

- Belén Redondo, M. (2015). Derechos Humanos Y Acceso A La Justicia, Una Mirada Neoconstitucional. En: *Revista Electrónica Iberoamericana*. Vol. 9, Núm. 2.
- Bellamy, R. (2010). *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Bobbio, N. (1993) *El positivismo jurídico*. Madrid, España: Debate.
- Bou Franch, V. (2014). La Unión Europea y los Derechos fundamentales. Desafíos actuales. En: *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. segundo semestre. Universidad Rey Juan Carlos: Instituto de Derecho Público. Núm. 24, pp. 15-50.
- Carbonell, M. (2008). Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia. En, *Estudios Constitucionales de Chile* Universidad de Talca. Año 6, Núm. 1, pp. 249-263.
- Cárdenas Gracia, J. (2016). Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico. En Torres Estrada, P. (comp.). *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho* (pp. 41-66). México: Limusa.
- Comanducci, P. (2003). Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis meta teórico. En: Miguel Carbonell (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. (pp.75-98). Madrid, España: Trotta.
- Comanducci, P. (2003b). Las conexiones entre el derecho y la moral. Derechos y Libertades. En, *Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas*, España. Año 8, Núm. 12, pp. 15-26.
- Cruz, L. M. (2006). *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*. México: Porrúa.

- Cuenca Gómez, P. (2008). *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. Madrid, España: Dykinson.
- Dueñas Roque, D. M. (2017). *Sentencias emitidas en los procesos de amparo y la teoría de la argumentación jurídica en el neoconstitucionalismo* (Tesis Doctoral). Universidad Nacional del Altiplano. Perú.
- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel.
- Dworkin, R. (2008). *La democracia posible: principios para un debate político*. México: Paidós Iberica
- Ferrajoli, L. & Ruiz Manero, J. (2012). *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Trad. Ibáñez, P., Bayón, J. C., Gascón, M., Prieto, L. & Ruiz, A. Vol.1. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y Garantismo*. (2da ed.) Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (5ª ed.) Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. (6ta ed.) Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de derecho. En, Carbonell, M. (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 13-30). Madrid, España: Trotta.

- Fioravanti, M. (2001). *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid, España: Trotta.
- Gaido, P. (2011). *Las pretensiones normativas del Derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*. Madrid, España: Marcial Pons.
- García Amado, J. A. (2014). Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas. En, *EUNOMÍA: Revista en Cultura de la Legalidad*. Num.7, pp. 6-40.
- García Figueroa, A. J. (2009). *Criaturas de la Moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid, España: Trotta.
- García Figueroa, A. J. (2005). Las tensiones de una teoría cuando se declara positivista, quiere ser crítica, pero parece neoconstitucionalista. En: M. Carbonell Sánchez & P. Salazar Ugarte (coord.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (pp. 267-284). Madrid, España: Trotta.
- García Figueroa, J. A. (1998). *Principios y positivismo jurídico el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Jaramillo, L. (2010). Buenos tiempos para el Neoconstitucionalismo (Sobre la aparición de El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional). En, *Revista VNIVERSITAS. Pontificia Universidad Javeriana*. Colombia. Núm. 120, pp. 317-332.
- Gascón Abellán, M. & García Figueroa, A. (2005). *La Argumentación en el Derecho*. Lima, Perú: Palestra. 2005.



- Guzmán, N. (2011). Constitucionalismo principialista, constitucionalismo garantista. En, *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 34, pp. 15-53.
- Hernando Nieto, E. (2012). El análisis económico del derecho en tiempos Neoconstitucionales. En: *THEMIS: Revista de Derecho*. Núm. 62, pp. 43-52.
- Jiménez Cano, R. (2013 octubre). Una defensa del positivismo jurídico (excluyente). En, *ISONOMÍA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Núm. 39, pp. 83-126.
- Jiménez Cano, R. (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Laporta, F. (2008). Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta. En, *El Cronista del Estado social y Democrático de derecho*. Núm. 2, pp.: 46-55.
- Lopera Mesa, G. P. (2010 septiembre). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*. Colombia: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Morales Godo, J. (2009). *Discrecionalidad e independencia del juez como base para la reforma de justicia en el Perú*. En, *Revista de Derecho PUCP*. Perú. 2009 (62) pp. 129-142.
- Moreso, J. J. (2003 febrero). Comanducci sobre Neoconstitucionalismo. En, *ISONOMÍA: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Núm. 19, pp. 267-282.
- Navarro Cuipal, M. G. (2010). Los derechos fundamentales de la persona. En: *Revista Derecho y Cambio Social*. Año 7, Núm. 21.

- Nino, C. S. (2007). *Derecho, Moral y Política*. Buenos Aires, Argentina: Gedisa.
- Nino, C. S. (2002). *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. 2º reimp. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Núñez Leiva, J. I. (2012). Constitución, Neoconstitucionalismo y Lagunas Jurídicas (normativas y axiológicas). En, *Estudios Constitucionales*. Año 10, Núm. 2, pp. 511-532. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca
- Peña, L. & Ausín, T. (2010 octubre). Presentación los derechos fundamentales del hombre en el mundo de hoy. En, *Revista ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*. pp. 793-795.
- Pozzolo, S. (2003). Un constitucionalismo ambiguo. En: M. Carbonell Sánchez (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. (pp. 187-210). Madrid, España: Trotta.
- Pozzolo, S. (1998). Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. En, *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 21, pp. 339-354.
- Prieto Sanchís, L. *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Madrid, España: Trotta; 2013.
- Prieto Sanchís, L. (2005). *Constitucionalismo y positivismo*. 2ª reimp. México: Fontamara.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, España: Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2001). Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. En: *AFDUAM: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Núm. 5, pp. 201-228.

- Prieto Sanchís, L. (1997). *La doctrina del derecho natural*. En, Jerónimo Betegón, Marina Gascón, Juan Ramón de Páramo & Luis Prieto Sanchís. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid, España: Mc Graw Hill.
- Roig, R. (2005). *El juez y la motivación en el derecho*. Madrid, España: Dykinson.
- Roig, R. (2000). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Madrid, España: Dykinson.
- Salazar Ugarte, P. (2011 julio). Garantismo y Neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción. En: *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 34, pp. 289-310.
- Salazar Ugarte, P. (2009). El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma Neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista. En, *RIFP: Revista Internacional de Filosofía Política*. Núm. 34, pp. 181-191.
- Salazar Ugarte, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM.
- Sánchez Marín, A. L. (2014 marzo). *Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales*. En, *Revista de Filosofía EIKASIA*.
- Sastre Ariza, S. (2003). La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. En: M. Carbonell Sánchez (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. (pp. 239-258) Madrid, España: Trotta.
- Vázquez, R. (2006). *Entre la Libertad y la Igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, España: Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2013). Constitucionalismo. En, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 17, Núm. 29, pp. 19-38.

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. (10ª ed.)  
Madrid, España: Trotta.

# **ANEXOS**

MATRIZ DE CONSISTENCIA

MATRIZ DE OPERACIONALIZACION DE VARIABLES

PROCESOS DE PRISION PREVENTIVA DEL 2017 AL 2019,  
SOBRE CASOS DE POLITICOS EMBLEMATICOS

CASOS EMBLEMATICOS ENTREGADO POR LA SALA PENAL  
NACIONAL

OFICIO DIRIGIDO A LA SALA PENAL NACIONAL PARA  
INFORMACION

RECORTES DE DIARIOS LOCALES, COMO INFORMAN CASOS  
EMBLEMATICOS ESTUDIADOS

## MATRIZ DE CONSISTENCIA

**Título: La aplicación del modelo neo constitucional, en la argumentación de los jueces penales – Sala Penal Nacional  
Lima 2017 – 2018 y parte 2019**

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES
<b>GENERAL</b>	<b>GENERAL</b>	<b>GENERAL</b>	<b>V. INDEPENDIENTE</b>
¿Qué beneficios genera la aplicación del modelo neo constitucional en la Sala Penal Nacional de la Corte Superior de Justicia de Lima?	Determinar, los beneficios que generan la aplicación del modelo neo constitucional, en la Sala Penal Nacional de la Corte Superior de Justicia de Lima.	Los beneficios que se generan en la ejecución del modelo neo constitucional en Sala Penal Nacional de la Corte Superior de Justicia de Lima, es la aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad en sus argumentos, lo que orilla a maximizar la defensa de los derechos fundamentales	La Aplicación del modelo neo constitucional
<b>ESPECIFICO</b>	<b>ESPECIFICO</b>	<b>ESPECIFICO</b>	<b>V. DEPENDIENTE</b>
<p>a. ¿Cuáles son los nuevos derechos fundamentales que desarrolla el neo constitucionalismo en el Estado Constitucional Democrático?</p> <p>b. ¿Cuáles son las funciones que tiene el juez en el modelo neo constitucional?</p> <p>c. ¿Cuál es el problema que tienen los jueces en sus decisiones judiciales?</p>	<p>a. Identificar, los nuevos derechos fundamentales, que desarrolla el Neo constitucionalismo en el Estado Constitucional Democrático.</p> <p>b. Describir, las funciones que tiene el juez en el modelo Neo constitucional.</p> <p>c. Identificar, el problema que mantienen los jueces en sus decisiones judiciales.</p>	<p>a. Los nuevos derechos fundamentales que desarrolla el Neo constitucionalismo en el Estado Constitucional Democrático, son el derecho a la paz, al medioambiente, de los consumidores, y la libertad informática.</p> <p>b. El juez en el modelo Neo constitucional, tiene como finalidad fundamentar sus resoluciones bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad.</p> <p>c. El mayor problema de los jueces es el razonamiento jurídico, específicamente en lo referido a la justificación de las decisiones que se adoptan en los procesos judiciales; extendiéndose en una interpretación errónea entre la norma y la realidad.</p>	La argumentación de los jueces penales

## MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

VARIABLE		INDICADORES
<b>INDEPENDIENTE</b>	Aplicación del modelo neo constitucional	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Teorías</li> <li>• Fuentes</li> <li>• Argumentación</li> <li>• Proporcionalidad</li> <li>• Razonabilidad</li> <li>• La derrotabilidad de la norma legal ante los enunciados constitucionales que consagran derechos fundamentales</li> </ul>
<b>DEPENDIENTE</b>	Argumentación de los jueces penales	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Subsunción</li> <li>• Ponderación</li> <li>• Motivación</li> <li>• Reciprocidad</li> <li>• Análisis de idoneidad</li> <li>• Análisis de necesidad</li> </ul>

## PROCESOS DE PRISION PREVENTIVA DEL 2017 AL 2019, SOBRE CASOS DE POLITICOS EMBLEMATICOS

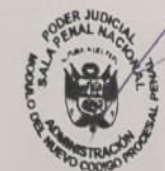
Resoluciones de Prisión Preventiva	Investigados	Expediente	1JIPN	3JIPN
2017	Nadine Heredia, Ollanta Humala	249-2015	1	
2018	Keiko Sofia Fujimori Higuchi	299-2017	1	
2019	Felix Moreno Caballero	75-2017	1	1
2019	Susana del Carmen Villarán De la Puente	36-2017	1	
2019	Pedro Pablo Kuczynski Godard	19-2018		
	<b>TOTAL</b>		<b>5</b>	<b>1</b>



Procesos de 2017 al 2018 sobre Ex presidentes y Políticos

Resoluciones de prisión preventiva	Investigados	Expediente	1° JIPN	2° JIPN	3° JIPN	4° JIPN
2017	Nadie Hereida y Ollanta Humala	249-2015	1	---	---	---
	Alejandro Toledo Manrique	16-2017	1	---	---	---
	Félix Moreno Caballero	75-2017	1	---	1	---
2018	Keiko Fujimori Higuchi	299-2017	1	---	---	---
<b>Total</b>			<b>4</b>	<b>0</b>	<b>1</b>	<b>0</b>

Sentencias	Investigados	Expediente	1° JIPN	2° JIPN	3° JIPN	4° JIPN
2017	---	---	---	---	---	---
2018	---	---	---	---	---	---



**"Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional"**

**SUMILLA: Solicito Información para Tesis de Pregrado**

Señor  
**SR. BRAULIO ANDRADE SUBIETA**  
**Administrador del NCPP**  
**SALA PENAL NACIONAL Y ANTICORRUPCION**  
Presente.-

De mi especial consideración

*Me es grato saludarlo muy cordialmente y manifestarle lo siguiente.*

Nos encontramos realizando en la actualidad una Tesis de INVESTIGACION respecto a la Sala Penal Nacional, la cual usted administra y maneja información importante para nosotros, y que en mérito a las observaciones presentadas por mi Asesor de la Universidad Peruana De los Andes - UPLA, donde precisa algunas observaciones identificadas en mi Proyecto de Tesis titulado: **"LA APLICACIÓN DEL MODELO NEOCONSTITUCIONAL EN LA ARGUMENTACION DE LOS JUECES PENALES - LIMA 2017 - 2018"**.

Se ha tenido a bien, detallar los datos de sus procesos del año 2017 y 2018, sentencias, de vista, apelaciones de Prisión preventiva, de Ex presidentes y Políticos, Club de la construcción, (casos mas emblemáticos sonados, tales como Keiko, Humala, Alan Garcia, PPK en Investigación, Miroquesada, u otros relevantes, etc.) las cuales se encuentra con el NCPP si se puede saber en el año 2017 y 2018 cuantos casos existen en curso, en ejecución que la sala actualmente tiene a su cargo; del cual usted es responsable de esa información, ya que en la parte de nuestra tesis citamos la información que requerimos como se detalla :

**3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA**

**3.4.1. Población**

Las Resoluciones emitidas por la Sala Penal Nacional Anticorrupción de la Corte Superior de Justicia de Lima, durante el año judicial 2017 - 2018

**3.4.2 Muestra**

La muestra consistirá en los Casos Emblemáticos mas sonados de las Resoluciones emitidas por la Sala Penal Nacional Anticorrupción de la Corte Superior de Justicia de Lima, durante el año judicial 2017 - 2018, que hubieren aplicado el neoconstitucionalismo en el NCPP a través del test de razonabilidad y proporcionalidad; conforme al muestreo No probabilístico

**3.5. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN**

**3.5.1. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**



*recibido*  
*18-12-18*

*Necesitamos atender y levantar las Observaciones que presenta nuestro proyecto de tesis a fin de Mejorar los antecedentes de la investigación y tener la estadística real y los datos exactos de lo acontecido hoy en día .*

*Por tanto, solicitamos que su despacho Disponga a quien corresponda, entregarnos la información solicitada para completar la información del proyecto de investigación que hemos presentado, para continuar con la elaboración del informe final de la tesis, y con ello, poder obtener el título profesional de abogado (a), a la brevedad Posible.*

*Sin otro particular nos suscribimos de Usted.*

*Lima, 17 de Diciembre del 2018.*



**ROSARIO DEGRACIA ORTIZ**

**DNI 09959541**

**998283000**

**RECORTE DE DIARIOS LOCALES RESPECTO A LAS  
DECISIONES JUDICIALES DE LOS CASOS EMBLEMATICOS  
MAS SONADOS ANALIZADOS EN ESTA TESIS DE  
INVESTIGACION**

## PPK: Así informa la prensa internacional sobre la prisión preventiva del ex presidente

Ex gobernador regional PPK

Moreno

Ad

Fotos | El juez Jorge Chávez Tamariz dictó 36 meses de prisión preventiva contra PPK en el marco de la investigación que se le sigue por el presunto delito de lavado de activos vinculado al caso Odebrecht.



Agencia EFE

Actualizado en 19/04/2019 a las 18:46



PORTADA > POLÍTICA

## Dictan 18 meses de prisión preventiva contra prófugo exgobernador regional Félix Moreno

24 de Julio del 2019 - 21:19

Ad

Desde enero de este año,, se desconoce el paradero de la exautoridad regional



Dictan 18 meses de prisión preventiva contra prófugo exgobernador regional Félix Moreno

## Susana Villarán: Audiencia de prisión preventiva se reprogramó para el martes

Ad

Fiscal ha solicitado 36 meses de cárcel para la ex alcaldesa de Lima. Según dos abogados, su confesión podría favorecerla frente al pedido



Fiscal Carlos Puma solicitó 36 meses de prisión

CORREO

f t

Ciudades

con nuestras soluciones eficientes.

ALL MINING

## Política

### Keiko Fujimori: entre los reveses judiciales y la espera por el TC

Excandidata presidencial continúa bajo un régimen de aislamiento en el Penal Anexo Mujeres de Chorrillos

f t



Keiko Fujimori: entre los reveses judiciales y la espera por el TC



Síguenos en Facebook Me gusta

MÁS CONTENIDO SIMILAR