



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

ESCUELA DE POSGRADO

DOCTORADO EN DERECHO



***CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO***

TESIS PARA OPTAR AL GRADO
ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO

PRESENTADO POR: MGT. PAUL JOSÉ
CASAFRANCA BUOB

ASESOR DR.:

ALAN FELIPE SALAZAR MUJICA

CUSCO – PERÚ

2022



DEDICATORIA

Cuando empecé el doctorado en la Universidad Andina, era un largo camino por recorrer, muchas de la veces sentía que no lo llegaría a concluir, pero ahí estaba Nanzi, dándome mucho ánimo para seguir adelante, a mis hijas a Angela y Julieta, que son siempre mi fuentes de inspiración, finalmente dedico esta trabajo a alguien que conmigo también seguía con mucho entusiasmo su doctorado: a Eloy, y en él a todos y todas las personas que nos dejaron en este tiempo de pandemia y que nos imposibilitó que todos y todas nos podamos abrazar nuevamente y decirle que los apreciamos y admiramos.



AGRADECIMIENTO

A Nanzi, quien me acompaña en este largo camino de la vida, por la fuerza que me da permanentemente, por hacerme entender que lo que empieza se concluye.

Al doctor Castro Cuba, que, con su paciencia y orientaciones, hizo que, al terminar mis estudios de doctorado, igualmente concluya con este trabajo de investigación.

Al Doctor Ramiro Llatas, que, con su insistencia, me ayudo a seguir con el doctorado



RESUMEN

El mundo en los últimos tiempos ha sufrido cambios aceleradamente, transformaciones que se han dado como consecuencia de una mayor utilización de la cibernética, lo que ha posibilitado que el mundo esté conectado e informado de mejor manera, al mismo tiempo, estos cambios trae consigo el reconocimiento de otros contenidos de un determinado derecho, como el caso del derecho a la Libertad, que es materia de nuestro estudio, puesto que este derecho hoy por hoy, no solo comprende el derecho a la Libertad ambulatoria, es decir, de la libertad que tienen los ciudadanos de desplazarse de un lugar a otro, o el derecho a la libertad de opinión, el cual comprende la libertad de tener una posición sobre un aspecto social, económico o político u otro. Actualmente, tenemos que hablar respecto a la Libertad Sexual, la Libertad Religiosa o la Libertad de Empresa.

Teniendo en consideración ello y lo determinado por la Constitución Política del Estado y el Código Procesal Constitucional, en los que se establece que los Derechos Humanos, serán interpretados de conformidad a la Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y lo resuelto por los Organismos Internacionales de Derechos Humanos, por otro lado, debemos de tomar en cuenta que el Tribunal Constitucional Peruano, es el máximo intérprete de la Constitución Política del Estado, teniendo en cuenta ello nuestro trabajo de investigación aborda el: ***“CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO”***.

El objetivo general de nuestra investigación es: Conocer el contenido del Derecho a la Libertad, teniendo como referencia lo resuelto por la Corte Inter Americana de



Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano, es decir, dar a conocer los alcances, que comprende y que no comprende el derecho de la Libertad conforme a la jurisprudencia dada por la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano. Por otro lado, son objetivos específicos de la presente investigación, determinar los alcances y los criterios racionales y proporcionales para la intervención del Derecho a la Libertad Ambulatoria, Libertad Religiosa y de Credo, Libertad Sexual, Libertad Cultural y Libertad de Empresa, a la luz de lo resuelto por la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano.

En la primera parte de la investigación damos cuenta como se concebía en derecho a la Libertad desde la Edad Antigua hasta la actualidad, de acuerdo a lo cual hemos podido establecer que el derecho a la Libertad, ha estado muy ligado a lo establecido por la Iglesia, lo cual ha ido superándose paulatinamente hasta hoy, sin embargo, la intervención de la Iglesia, principalmente de la Católica, aun hoy tiene injerencia en el reconocimiento de algunas Libertades, principalmente de la Libertad Sexual.

Luego de ello abordamos el Derecho a la Libertad, en sus diferentes aspectos, dentro del marco de los diferentes regímenes políticos, igualmente hemos considerado pertinente estudiar la Estructura, objetivos, competencias y funciones tanto de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos, como del Tribunal Constitucional Peruano.

Nuestra investigación pone un énfasis en realizar un análisis de la jurisprudencia emitida por la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal



Constitucional Peruano, en referencia al contenido y a los límites de intervención que tienen los Estados, en relación al Derecho a la Libertad Ambulatoria, Libertad Religiosa y de Credo, Libertad Sexual, Libertad Cultural y Libertad de Empresa



PALABRAS CLAVES

Contenido del Derecho

Derecho a la Libertad Ambulatoria

Derecho a la Libertad Religiosa y de Credo

Derecho a la Libertad Sexual

Derecho a la Libertad Cultural

Derecho a la Libertad de Empresa



ABSTRAC

The world in recent times has undergone rapid changes, transformations that have occurred as a result of greater use of cybernetics, which has made it possible for the world to be connected and informed in a better way, at the same time, these changes bring with them the recognition of other contents of a certain right, such as the case of the right to Liberty, which is the subject of our study, since this right today, not only includes the right to ambulatory Liberty, that is, the freedom that citizens have to move from one place to another, or the right to freedom of opinion, which includes the freedom to have a position on one social, economic or political aspect or another. Currently, we have to talk about Sexual Freedom, Religious Freedom or Business Freedom.

Taking into consideration this and what is determined by the Political Constitution of the State and the Constitutional Code of Procedure, which establish that Human Rights will be interpreted in accordance with the International Conventions on Human Rights and what has been resolved by the International Organizations of Human Rights , on the other hand, we must take into account that the Peruvian Constitutional Court is the highest interpreter of the Political Constitution of the State, taking this into account, our research work addresses the: "CONTENT OF THE RIGHT TO FREEDOM IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE PERUVIAN CONSTITUTIONAL COURT".

The general objective of our research is: To know the content of the Right to Liberty, having as a reference what was resolved by the Inter-American Court of Human Rights and the Peruvian Constitutional Court, that is, to make known the



scope, what it understands and what it does not. It includes the right of Freedom according to the jurisprudence given by the Inter-American Court of Human Rights and the Peruvian Constitutional Court. On the other hand, the specific objectives of this research are to determine the scope and rational and proportional criteria for the intervention of the Right to Ambulatory Freedom, Religious and Belief Freedom, Sexual Freedom, Cultural Freedom and Business Freedom, in the light of what was resolved by the Inter-American Court of Human Rights and the Peruvian Constitutional Court.

In the first part of the investigation we realize how the right to Freedom was conceived from the Ancient Age to the present, according to which we have been able to establish that the right to Freedom has been closely linked to what was established by the Church, which has been gradually overcome until today, however, the intervention of the Church, mainly the Catholic, even today has interference in the recognition of some Freedoms, mainly Sexual Freedom.

After that we address the Right to Liberty, in its different aspects, within the framework of the different political regimes, we have also considered it pertinent to study the Structure, objectives, competences and functions of both the Inter-American Court of Human Rights, and the Court Peruvian Constitutional.

Our research puts an emphasis on conducting an analysis of the jurisprudence issued by the Inter-American Court of Human Rights and the Peruvian Constitutional Court, in reference to the content and the limits of intervention that the States have, in relation to the Right to Ambulatory Liberty, Religious and Creed Freedom, Sexual Freedom, Cultural Freedom and Business Freedom



INTRODUCCION

En el presente trabajo de investigación vamos investigar el **CONTENIDO DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO**, con lo cual pretendemos determinar cuales son los alcances del derecho a la Libertad, de acuerdo a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano, es decir, que comprende el derecho a la libertad de conformidad a dichos Tribunales, determinando como los estados que deben proteger y que aspectos deben garantizar para la plena vigencia del derecho humano a la Libertad, y en forma específica abordaremos el contenido del Derecho a la Libertad Ambulatoria; a la Libertad Religiosa y de Credo; a la Libertad Sexual; a la Libertad Cultural, y a la Libertad de Empresa.

Como podemos ver en los últimos tiempos podemos constatar que el derecho a la Libertad y específicamente los derechos antes señalados han sufrido una metamorfosis, pues el derecho a la libertad no solo implica la posibilidad de desplazarse de un lugar a otro, sino de tener condiciones dignas de vida lo cual le posibilita al ciudadano/na a ejercer con mayor plenitud ese derecho.

Durante el presente trabajo se realizará un análisis de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano, para a partir de ello determinar el Derecho a la Libertad y sus derechos conexos por lo que el presente trabajo será cuantitativo documental.



ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN	IV
PALABRAS CLAVES	VII
ABSTRAC	VIII
CAPITULO I	1
1. EL PROBLEMA Y EL METODO DE INVESTIGACION	1
1.1 Planteamiento Del Problema	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	5
1.2.1 Problema General	5
1.2.1 Problemas Específicos.....	5
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	7
1.3.1 Objetivo General	7
1.3.2 Objetivos Específicos.....	7
1.4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO	9
El presente trabajo se justifica en las siguientes razones:	9
1.4.1 Conveniencia	9
1.4.2 Relevancia Social	9
1.4.3 Implicancias Prácticas	10
1.4.4 Valor Teórico	11
1.4.5 Utilidad Metodológica.....	11
1.4.6 Diseño metodológico	12
1.4.6.1Enfoque de la investigación.....	12
Tabla N° 1	12
Enfoque de investigación	12
Tipo de Investigación jurídica	12
1.4.6.2Diseño contextual	13
1.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	13
1.5.1 Técnicas.	13
1.5.2 Instrumentos.....	14



1.6	Hipótesis de trabajo	14
1.7	Categorías de estudio	14
	Tabla N° 2	15
	CAPITULO II.....	16
	DESARROLLO TEMATICO	16
	SUBCAPITULO I.....	16
2.1.1	Tratamiento Jurídico de la Libertad.....	16
2.1.2	Evolución del Concepto de Libertad.....	16
2.1.3	Tipología De Libertad	32
2.1.4	Las Formas de Gobierno y la Libertad	38
	SUBCAPITULO II	51
2.2	LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	51
2.2.1.	LA CORTE INTER AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	51
2.2.2.	EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO.....	82
	CAPITULO III	107
	PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	107
3.1	Aspectos Filosóficos y Sociológicos del Derecho a la Libertad.....	107
3.1.1.	Alcance del derecho a la Libertad Ambulatoria de acuerdo a la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano... ..	112
3.1.2.	Alcances del derecho a la Libertad Religiosa y de Credo; de acuerdo a la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano	127
3.1.3.	Alcances del derecho a la Libertad Sexual; de acuerdo a la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano ..	133
3.1.4.	Alcances del derecho a la Libertad Cultural; de acuerdo a la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano ..	141
3.1.5.	Alcances del derecho a la Libertad de Empresa; de acuerdo a la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano... ..	146
3.2	Límites del Derecho a la Libertad -Libertinaje, Abuso de Ejercicio del derecho	153
3.3	Parámetros de Racionalidad y Proporcionalidad de intervención del Derecho a la Libertad. –	156
	CONCLUSIONES	163



RECOMENDACIONES.....	166
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	167
LIBROS.....	167
ANEXOS	169
Ficha de análisis documental.....	169



CAPITULO I

1. EL PROBLEMA Y EL METODO DE INVESTIGACION

1.1 Planteamiento Del Problema

La Primera Disposición de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 26435, según la cual las sentencias del Tribunal Constitucional: «en todo tipo de procesos» vinculan a los jueces. En consecuencia, la citada norma dispone que los jueces interpretarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, de acuerdo a los fundamentos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional Peruano.

Por otro lado, de conformidad al Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en referencia a la Interpretación de los Derechos Constitucionales, señala que:

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

El Artículo VI del Título Preliminar del mismo cuerpo de leyes determina que:

“..... Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la



interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Al referirnos al contenido de los Derechos Humanos, nos estamos refiriendo que aspectos implica los derechos humanos, es decir, cuáles son los alcances de un determinado derecho en concreto, es decir, el derecho a la libertad que alcances tiene, que comprende y que no comprende, es decir, que abarca dicho derecho.

Por otro lado, al señalar el contenido de los Derechos Humanos, es determinar los límites que tiene el Estado para intervenir un derecho, la obligación que tiene el Estado para proteger dicho derecho de los ataques de terceras personas y la obligación que tiene el Estado, de garantizar el ejercicio de dicho derecho. “Este "contenido mínimo básico y esencial" de cada derecho humano se va a referir a los elementos o factores sustantivos que comprenden cada derecho. Nos indica el mínimo con relación al derecho sobre el cual no debe actuar ningún Estado, aun en condiciones desfavorables.

Para esto debemos tener en cuenta que los derechos humanos tienen varias dimensiones o categorías que nos permitirán tener una visión completa de su contenido.



CATEGORÍA PARÁMETROS	CATEGORÍA PARÁMETROS
Disponibilidad	Número de establecimientos, recursos, insumos, programas, proyectos, bienes o servicios dispuestos para el cumplimiento del derecho.
Accesibilidad	La no – discriminación en la prestación de los servicios y en el sentido físico, de alcance geográfico, cultural, económico o religioso a los servicios.
Aceptabilidad	Si los servicios responden a los valores de los usuarios -se estudia a través de la satisfacción que manifiestan con el servicio y son de su confianza.
Calidad	No sólo calidad técnica valorada por la oportunidad, la integridad y la efectividad de las acciones sino la calidad humana, en tanto satisface las expectativas de quien presta y de quien recibe el servicio
Sostenibilidad	Permite la continuidad en el tiempo al monitorear la compatibilidad de la estructura y el funcionamiento propuesto en una iniciativa con los valores culturales y éticos del grupo involucrado y de la sociedad, lo que la hace aceptable por esas comunidades, actores u organizaciones.



Participación	Intervención de particulares en actividades públicas en tanto portadores de intereses sociales.” (Equipo de ISI Argonauta., 2010)
---------------	---

Actualmente, en el mundo se está dando muchos cambios, así mismo, se van dando diferentes formas de relacionarse tanto entre el Estado y los ciudadanos, y a su vez entre ellos, en consecuencia, estas nuevas formas de relacionarse implican que entre los mismos se den libertades, por lo tanto, se da la necesidad de determinar que comprende dichas libertades en la actualidad, por lo tanto; se da la necesidad de establecer: ¿Cuál es el contenido o alcances de dichas libertades?, y como este contenido está determinando por la Corte Inter Americana y el Tribunal Constitucional Peruano, puesto que de conformidad con el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los magistrados del país, deberán interpretar el contenido de los Derechos Humanos y entre ellos el Derecho a la Libertad, el cual es materia del presente trabajo de investigación.



1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 Problema General

¿Cuál es contenido del Derecho a la Libertad, en las Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano?

1.2.1 Problemas Específicos

1° ¿Cuál es el mecanismo procedimental para la protección del derecho a la Libertad en el Tribunal Constitucional Peruano y la Corte Inter Americana de Derechos Humanos?

2° ¿Cuál es el contenido del Derecho a la Libertad Ambulatoria, en la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Peruano?

3° ¿Cuál es el contenido del Derecho a la Libertad Religiosa y de Credo, en la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Peruano?

4° ¿Cuál es el contenido del Derecho a la Libertad Sexual, en la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Peruano?

5° ¿Cuál es el contenido del Derecho a la Libertad de Cultural, en la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Peruano?



6° ¿Cuál es el contenido del Derecho a la Libertad de Empresa, en la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Peruano?



1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1 Objetivo General

Analizar el contenido del Derecho a la Libertad, teniendo como referencia lo resuelto por la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano

1.3.2 Objetivos Específicos

1° Determinar el mecanismo procedimental en la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional para la protección del Derecho a la Libertad

2° Determinar el contenido del Derecho a la Libertad Ambulatoria, en la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Peruano

3° Determinar el contenido del Derecho a la Libertad Religiosa y de Credo, en la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Peruano



4° Determinar el contenido del Derecho a la Libertad Sexual, en la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Peruano

5° Determinar el contenido del Derecho a la Libertad de Cultural, en la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Peruano.

6° Determinar el contenido del Derecho a la Libertad de Empresa, en la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Peruano.



1.4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

El presente trabajo se justifica en las siguientes razones:

1.4.1 Conveniencia

Las relaciones humanas, así como, las relaciones de los ciudadanos y el Estado, se han ido modificando paulatinamente, determinando que el derecho a la libertad abarque otros aspectos hoy en día, en consecuencia, con el presente estudio queremos establecer el alcance de dichas libertades en el momento actual, para una adecuada protección de la misma.

Por otro lado, dichas libertades no son ilimitadas y el Estado, debe intervenir, por lo que debemos establecer ¿cuál es la racionalidad y proporcionalidad de la intervención a dicho derecho, y de esa forma no se afecte el Ejercicio de la libertad de los ciudadanos?

1.4.2 Relevancia Social

Los resultados que se obtengan de la presente investigación establecerán en forma clara el alcance del Derecho a la Libertad de las personas, así como, el límite de la misma, lo cual redundara a que las personas puedan ejercer dicho derecho adecuadamente, al mismo tiempo va determinar cuál es la racionalidad y la proporcionalidad que se deba dar en las intervenciones a dicho derecho, principalmente en las resoluciones judiciales.



Lo que pretendemos con el presente estudio es determinar el pleno ejercicio del Derecho a la Libertad de los ciudadanos y que la limitación a su ejercicio sea racional y proporcional.

1.4.3 Implicancias Prácticas

En el momento actual constatamos que los Órganos Jurisdiccionales, intervienen el derecho a la libertad ambulatoria de los ciudadanos, mediante el dictado de las detenciones preliminares o preventivas, sin embargo, estas medidas muchas de las veces se aplican sin una adecuada motivación y sustento factico y legal, obligando a los ciudadanos a recurrir a medios no muy eficaces para obtener su libertad, en consecuencia queremos dotar de una herramienta para que las intervenciones al derecho a la libertad no se realice sin tener en cuenta el principio de racionalidad y proporcionalidad, para de esa forma la restricción a la libertad ambulatoria se dé cuando efectivamente sea imprescindible, así mismo, se pretende dotar de una herramienta de estudio en el que se establezca en forma clara y precisa el contenido del derecho a la Libertad Religiosa y de Credo; Sexual, Cultural y de Empresa y estas libertades sean protegidas adecuadamente.

Por otro lado, como lo puntualizados en el mundo, así como, en el Perú, se están donando nuevas formas de relacionarse entre el Estado y los ciudadanos, al igual que entre los mismos, esto implica nuevas libertades por ejemplo la libertad sexual, la libertad de tener una mascota en un edificio multi familiar, entre otros, en consecuencia el estudio a realizarse será una herramienta al alcance de los Magistrados a efecto que puedan resolver



adecuadamente las posibles Acciones de Amparo o Habeas Corpus, que conozcan y que se plantearon en defensa del Derecho a la Libertad en todas sus dimensiones

1.4.4 Valor Teórico

En el desarrollo de nuestra investigación recogeremos las motivaciones y fundamentaciones que ha tenido la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano, para resolver las acciones que se interpusieron para la protección del Derecho a la Libertad Ambulatoria y derechos conexos a la misma, así como, las acciones que tuvieron por finalidad proteger otros aspectos del Derecho a la Libertad, estos conocimientos serán sistematizados y ordenados, lo que posibilitara ser consultados por Magistrados tanto del Poder Judicial como del Ministerio Publico, así como, otros operadores del derecho, para resolver los casos que sean sometidos a conocimiento, así mismo, será una herramienta para la defensa adecuada del Derecho a la Libertad

1.4.5 Utilidad Metodológica

En la ejecución de nuestro proyecto será necesario elaborar instrumentos de recolección de información, dichos instrumentos son de hecho un aporte metodológico que investigaciones futuras puedan aplicar si lo consideran conveniente (Castro. 2109).

Así mismo el enfoque metodológico que abordamos también constituye un antecedente metodológico para investigaciones futuras sobre la materia.



1.4.6 Diseño metodológico

1.4.6.1 Enfoque de la investigación

Cualitativo: En la presente investigación principalmente se realizará un análisis del conjunto de sentencias emitidas por la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano, que han abordado el Derecho a la Libertad en forma general y específica

Tabla N° 1

Enfoque de investigación	Cualitativo: En la presente investigación principalmente se realizará un análisis del conjunto de sentencias emitidas por la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano, que han abordado el Derecho a la Libertad en forma general y específica
Tipo de Investigación jurídica	Dogmática exploratoria: Pretende el análisis, interpretación, para determinar los alcances del



	Derecho a la Libertad en la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana y el Tribunal Constitucional Peruano
--	---

1.4.6.2 Diseño contextual

La presente investigación enfoca su análisis en referencia a los alcances, límites y criterios para determinar la categorías del Derecho a la Libertad de conformidad a la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano

1.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

1.5.1 Técnicas.

1.5.1.1 Análisis documental:

Utiliza la información cualitativa de la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano, en los casos que han sido sometidos y resueltos por dichos Tribunales, en relación al Derecho a la Libertad en sus diferentes contenidos, así mismo, de los trabajos doctrinales que se han realizado un análisis de dicha jurisprudencia



1.5.2 INSTRUMENTOS.

1.5.2.1 Fichas de análisis documental: La que elabora el autor para llevar adelante el análisis documental requerido en nuestro trabajo

1.5.2.2 Interpretación de la Entrevistas: Se realizará un análisis y síntesis de las entrevistas realizadas sobre la tena

1.6 Hipótesis de trabajo

El contenido del Derecho a la Libertad en las Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sustenta, el de, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano.

1.7 Categorías de estudio

El estudio pertenece a la investigación jurídica dogmática, por tanto, las categorías de estudio quedan definidas de la siguiente manera:



Tabla N° 2

Categorías de estudio	Subcategorías
Categoría 1°: El derecho a la libertad	- Alcances del Derecho a la Libertad Ambulatoria; Religiosa y de Credo; Sexual, Cultural y de Empresa, en la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana
Categoría 2°: La jurisprudencia	- Concepto; Importancia de la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana; Importancia de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano; La Jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Constitucional Peruano y el Derecho a la Libertad
Categoría 3° La Corte interamericana de DDHH	-Concepto; Evolución; Composición; Competencia; Naturaleza; Convencionalidad, Limitaciones.
Categoría 4° El Tribunal Constitucional	-Concepto; Naturaleza; Competencias; Organización; Funcionamiento; Sentencia del Tribunal Constitucional



CAPITULO II

DESARROLLO TEMATICO

SUBCAPITULO I

2.1.1 Tratamiento Jurídico de la Libertad

2.1.1.1 Evolución del Concepto de Libertad

2.1.1.2 La Libertad en la Edad Antigua

En consecuencia, podemos inferir tres cualidades fundamentales del esclavo por naturaleza: En primer lugar, su pertenencia a otro, ya que al encontrarse en una condición natural de inferioridad con respecto al hombre libre necesita ser gobernado y dirigido por otro mejor, evidentemente, según afirma Leal: *‘Aristóteles considera que la unión amo-esclavo es natural porque ciertamente el que tiene la inteligencia previsoras es el amo, mientras que el que tiene un cuerpo capaz de ejecutar lo previsto es esclavo por naturaleza’*¹. De este modo, se infiere que la mayor virtud del esclavo es someterse a los requerimientos del amo ya que así podrá establecer la consecución final de su telos, puesto que al pertenecer y ser parte del amo logrará perfeccionarse. Por lo tanto, comprendemos que la teoría de la esclavitud aristotélica no sólo tiene un sustento casuístico, sino que también teleológico. (PÉREZ, 2018, pág. 55)

¹ Leal 2007, p. 15 Citado por Pérez 2018



De acuerdo a Aristóteles, la esclavitud de una persona frente a otra viene hacer un hecho natural, en vista que en este caso el esclavo bien hacer una persona inferior frente a su amo, en consecuencia por su falta de capacidad de pensar, de auto determinarse, es natural que tenga un lazo de dependencia frente a otra persona, no solo en referencia a su actividad corporal, sino tiene un dependencia en relación a su pensamiento, en consecuencia de acuerdo a lo analizado hay seres humanos que por considerarse “superiores” a otros seres humanos y por ello entienden que están en la capacidad de decidir por ellos.

Entonces, se deja en claro que la servidumbre será entendida desde una concepción alusiva a su utilidad, gracias a esto, Santo Tomás de Aquino, se logra salvaguardar en parte la libertad y dignidad de la persona humana, puesto que el siervo no solamente gozará de muchos más beneficios que el esclavo en sentido aristotélico, sino que también, su trato deberá ser totalmente diferente, según afirma el Aquinate: Y en este sentido es como se dice que es de derecho natural la posesión de los bienes en común y la libertad igual para todos, puesto que el reparto de los bienes y la servidumbre no fueron establecidas por la naturaleza, sino que fueron introducidas por la razón humana, que las consideró útiles para la vida humana. En esto, por tanto, la ley natural no cambia sino por adición. (PÉREZ, 2018, pág. 58)

Asimismo, conviene señalar que el siervo debe cumplir con sus tareas y actividades serviles de manera adecuada y sin rebeldía injustificada, ya que



esto es propio de la prudencia² y docilidad³. Debido a que, el siervo se diferencia del libre en cuanto se encuentra bajo las órdenes de otro, por lo tanto, su voluntad se encuentra doblegada en disposición a su señor, ahora bien, a diferencia de Aristóteles, no hay una finalidad teleológica en ello, sino más bien, esto será parte del acuerdo establecido referente al derecho, debido a que será justo obedecer a otro que se encuentra en una posición más elevada, pero ante esto, también, debemos comprender que la diferencia principal subyace en la función relacional del siervo con respecto al amo, ya que siguiendo al Estagirita, Tomás de Aquino nos dirá que el siervo será considerado como parte del amo, tal como afirma el Aquinate: El hijo, en cuanto hijo, es algo del padre; e igualmente, el siervo, en cuanto siervo, es algo del señor. Sin embargo, ambos, en la medida en que son considerados como unos hombres, es algo subsistente por sí mismo, diferente de los demás. Y por eso, en cuanto los dos son hombres, de alguna manera existe la justicia para éstos, y de ahí que se den también ciertas leyes sobre las cosas que son propias del padre para el hijo o del señor para el siervo. Pero, en cuanto uno y otro son algo del otro, según esto, falta aquí la perfecta razón de derecho o de lo justo⁴.

Un punto de divergencia a lo señalado por Aristóteles es lo sustentado por Santo Tomás de Aquino, en la que se determina que la servidumbre es una

² 'Para la teología clásica de la Iglesia, la prudencia es el modo que tiene el hombre de poseer, mediante sus decisiones y acciones, el bonum hominis o bien propiamente humano, el cual no es otra cosa que el bonum rationis o bien de la razón, o lo que viene a ser lo mismo: la verdad.' Pieper 2010, p.168. Citado por Pérez 2018

³ Cf. Gilson 1978, p.506. Cf. Tomás de Aquino, Sum. Theol., II-IIae, q. 49, a.3, co. Citado por Pérez 2018

⁴ Tomás de Aquino, Sum. Theol., II-IIae, q. 57, a. 4, ad. 2 Citado por Pérez 2018



necesidad para el logro de objetivos, en la cual la persona humana es libre en cuanto a su pensamiento, sin embargo, está supeditado en referencia a su movimiento corporal, es decir en cuanto se dé la necesidad de emplear su fuerza a efecto de conseguir una finalidad

Al respecto nos dice Copleston: ‘Así, pues, el gobierno debe existir para preservar la paz interna y para procurar la defensa de la comunidad, para promover el bienestar de los ciudadanos, en la medida en que esto puede ser hecho por una legislación apoyada en sanciones, y para asegurarles una satisfacción suficiente de sus necesidades materiales’⁵. Efectivamente, el Estado deberá contribuir a la persecución del Bien Común y al ordenamiento moral del hombre⁶, de ahí que, el ser humano solamente alcance su plena realización dentro de la comunidad política. (PÉREZ, 2018, pág. 57).

En lo relación, a lo sustentado por Aristóteles y Santo Tomas de Aquino, en el sentido que la restricción de la libertad de una persona se da por causas naturales al entenderse que una persona es superior a otra, o lo señalado por Santo Tonás de Aquino, que esta se debe dar para lograr objetivos de producción, se está a lo señalado por Copleston, en el sentido que la libertad de la persona se debe dar para lograr la paz interna y procurar la de defensa de la persona, ello en teniendo en consideración que la paz interna viene hacer un elemento necesario para el desarrollo de la persona y de la sociedad, y un aspecto importante a efecto de posibilitar la defensa de la persona humana, es decir, de sus derechos personales y patrimoniales, en consecuencia ya no

⁵ Copleston 2014, p.302, Cf. Tomás de Aquino Sum. Theol., I-IIae, q.94, a. 2., co Citado por Pérez 2018

⁶ . Copleston 2014, pp. 302-303 Citado por Pérez 2018



se tienen como concesión a la persona humana y su libertad como un medio sino como una finalidad en sí misma, es decir, que se restringe la libertad de la persona para proteger el derecho de otras personas.

Otro punto a tomar en consideración es el hecho que ningún ser humano puede vivir fuera de una comunidad, de un grupo de personas, en consecuencia, a efecto que dicha convivencia sea armoniosa y pacífica se deben regular dichas relaciones, consecuentemente se restringirá la Libertad de la persona, en cuanto vulneren estas normas que tengan por finalidad proteger los derechos de la persona humana.

2.1.1.3 La Libertad en la Edad Media

Ya en la Edad Media, la cuestión metafísico-religiosa del libre albedrío se convirtió en uno de los temas más debatidos por la tradición escolástica (Alonso-Fernández, 2006, p. 21). En una versión heredada de San Agustín y llevada al extremo por Lutero y Calvino, el libre albedrío, como cuestión teológica, era un concepto que se contraponía o estaba en constante contraste con la idea de la omnipotencia de Dios; su relación estaba determinada por el principio de proporcionalidad inversa: cuanto más libre fuera la voluntad del hombre, menor era la potestad divina y viceversa. Así, el hombre no era más que un títere en manos de Dios (o de Satán, en la versión pesimista de Lutero); no aspiraba a la libertad sino a la gracia (o a la condenación). Como es apenas notorio, esta concepción generó, por una parte, un sentimiento de miedo a la libertad y por otra, una justificación para algunos “fenómenos sociales opresores, como el colonialismo, la esclavitud



y el vasallaje” (2006, p. 7). Sin embargo, siguiendo la idea aristotélica según la cual en todos los seres humanos existe la libertad, Santo Tomás concebía una “relación necesaria” y no necesariamente excluyente entre la libertad y la gracia (Horkheimer, 1972, p. 12): la salvación era obra de la voluntad y de la gracia divina al mismo tiempo, aunque, evidentemente, ante la cuestión de determinar en qué grado participaban la una o la otra, siempre se tendía a pormenorizar o suprimir la primera. (Gelpud, 2015, pág. 61)

Lo anteriormente señalado nos da conocer cómo se entendía la libertad, la cual estaba ligada a concepciones religiosas, es decir, que la libertad de la persona estaba condicionada a que su actuar y pensamiento este acorde con los preceptos religiosos, en consecuencia, dicho actuar y pensamiento al no estar en relación a los preceptos religiosos podían ser objeto de sanción divina.

Lo afirmado se fuerza con lo siguiente: “Durante la Edad Media se discutió especialmente la cuestión de la compatibilidad o incompatibilidad entre la libertad humana y la presenciencia divina; muchas teorías al respecto fueron elaboradas durante los siglos XVI y XVII, algunas de ellas orientadas a establecer que Dios mueve la voluntad del individuo. Desde el siglo XVI se planteó el problema acerca de si puede sostenerse que el ser humano es libre cuando se declara que hay determinismo en la naturaleza” (PATRICIA BRITOS - CARLA DEBENEDETTI - CELINA MARTIN - VANESA, 2018), en vista que la libertad estaba supeditada a los preceptos religiosos a las determinaciones que establecía la iglesia, en consecuencia de acuerdo a lo citado la libertad no era tanto así, pues la persona no actuaba de acuerdo a su



libre albedrio sino esta estaba supeditada al temor de tener un castigo divino, ya sea terrenalmente mediante los sacerdotes, que venían a ser los representantes de Dios en la tierra, o tener un sanción divina, de acuerdo a lo señalados podemos afirmar que el hombre en la época Medieval no era libre pues no actuaba por convicción, sino estaba supeditado a los temores impuesto por la religión, porque considero que una persona es libre en la medida que actúa racionalmente y de conformidad a sus propios principios y convicciones sino en base a temores lo cual limita su libertad su libre albedrio.

En la Edad Media. - Se afirma nuevamente el principio de autoridad. El Soberano, es otra vez el representante directo de Dios, aparecen fortísimas la jerarquización y 'el tradicionalismo. Ante ellas reacciona el individuo, y es la misma edad media, en donde empieza a surgir el individualismo, favorecido por la preponderancia que dan a la personalidad y a la voluntad individual, los monasterios y la religión. El Jusnaturalismo teológico, invoca la dignidad del hombre y sus derechos naturales, la Carta Magna de 1215, triunfa sobre la soberanía absoluta (A., 2018, pág. 61)

El carácter de la sociedad del siglo IX se el que fuera el punto de vita que se adopte se puede decir que en Europa Occidental, desde el siglo IX, ofrece el aspecto de una sociedad esencialmente rural y en el que el intercambio y la circulación de los países se restringieron al grado más bajo que podían alcanzar. La clase mercantil a desaparecido en dichas sociedades. La condición de los hombres se determina ahora con sus relaciones con la tierra una minoría de los propietarios eclesiásticos o laicos detenta la propiedad;



debajo de ellos, una multitud de colonos esta distribuida en los limites de dominios. Quien posea tierra, posee a la vez libertad y poder. (PIRENNE, Historia economica y social de la edad media, 1978, pág. 16)

De acuerdo a lo citado se tiene que la libertad de la persona estaba condicionada a la capacidad económica de la misma, ese mismo aspecto lo vemos actualmente hoy en día evidentemente dentro de otro contexto, sin embargo, un hombre en pobreza no es libre, como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos, puesto que la libertad está íntimamente ligada a la capacidad que tienen las y los ciudadanos para poder satisfacer sus necesidades y de esa forma vivir en dignidad.

Libertad de la burguesía. Entre éstas, la más apremiante es la necesidad de libertad de trasladarse de un lugar a otro, de hacer contratos, de disponer de sus bienes, facultas cuyo ejercicio excluyo la servidumbre ¿cómo sería posible el comercio? Si se reclama tal libertad es, pues, únicamente por las ventajas que confiere. No hay mas ajeno al espíritu de lo burgueses que el considerarla como un derecho natural: es tan sólo, a sus ojos, un derecho útil, Muchos además, la poseen de hecho; son todos los emigrantes que vinieron de demasiado lejos para que se pueda conocer cuál fue su señor y a quienes se consideraba forzosamente como libres, aún que hubiesen nacido de padres que no lo eran, ya que la servidumbre no podía presumirse. (PIRENNE, 1978, pág. 44)

De acuerdo a Pirenne, en la edad media era una necesidad la libertad de la personas pero principalmente la ambulatoria, es decir, la capacidad de la



persona de desplazarse de un lugar a otro de las personas y principalmente para desarrollar sus transacciones comerciales, desde esta perspectiva estaba lejos la concepción de la libertad de la persona, como la capacidad de desarrollarse como ser humano, lo cual determina que no solo se respete el derecho a la libertad ambulatoria de las personas, sino su libertad de pensamiento, la libertad que tiene una persona para poder determinar su futuro en libertad.

2.1.1.4 La Libertad en la Edad Moderna

John Locke, dice que "todos los hombres son iguales por naturaleza" lo que implica el derecho igual que todos los hombres tienen a su libertad natural, sin estar ninguno sometido a la voluntad o a la autoridad de otro hombre" (HINKELAMMERT, 2000, pág. 84)

Añade: "La libertad natural del hombre consiste en estar libre de cualquier poder superior sobre la tierra y en no hallarse bajo la voluntad o autoridad legislativa de otro hombre, sino en tener por norma sólo a la ley de la naturaleza."⁷

En la filosofía cartesiana la noción de libertad es sumamente amplia y compleja. Parece mejor, pues, estudiar por lo pronto en qué sentidos primarios puede entenderse la noción de libertad.

⁷ Citado por HINKELAMMERT T. T., II, §23-24. En efecto, la membrecía política impide la posibilidad de una guerra justa entre privados, la cual es precisamente el origen de la figura de esclavitud legítima. Véase Chumbita, J., "Un análisis de las nociones de abundancia y esclavitud para reinterpretar el carácter universal de la teoría de la apropiación de John Locke", op. cit., pp. 69-83



Pueden distinguirse los sentidos siguientes:

1. En las Meditaciones metafísicas, Descartes concibe la libertad, en un sentido negativo, como ausencia de impedimentos. Desde esta perspectiva, Descartes señala que la voluntad o la libertad de arbitrio consiste en que “obramos de manera que no nos sentimos constreñidos por ninguna fuerza exterior”.⁸ En otras palabras, la voluntad da su asentimiento, sin estar necesariamente sujeta a una compulsión externa. Anthony Kenny considera que esta noción de libertad también es conocida como “libertad de espontaneidad” **en el sentido de que somos libres para hacer algo si y sólo si lo hacemos porque lo queremos.**⁹ (el resaltado es nuestro)

2. En el contexto también de las Meditaciones metafísicas, Descartes pasa de la libertad como elección entre posibles, a lo que algunos comentaristas llaman “la libertad esclarecida”, donde la elección está en función del conocimiento de la verdad o del bien: “Para ser libre, no es requisito necesario que me sean indiferentes los dos términos opuestos de mi elección; ocurre más bien que, cuanto más propendo a uno de ellos –sea porque conozco con certeza que en él están el bien y la verdad, sea porque Dios dispone así el interior de mi pensamiento– tanto más libremente escojo”.¹⁰

3. En las Meditaciones metafísicas, Descartes reconoce que en el hombre hay una libertad de indiferencia negativa. **En este contexto, la indiferencia negativa es el grado más bajo de la libertad, es decir, cuando al hombre**

⁸ Meditaciones metafísicas, A. T. IX-1, 46. Citado por Meditaciones metafísicas, A. T. IX-1, 46.

⁹ Kenny, Anthony., Will, Freedom and Power, Oxford, Basil Blackwell, 1975, p.122.a Citado por Meditaciones metafísicas, A. T. IX-1, 46.

¹⁰ Meditaciones metafísicas, A.T. IX-1, 46.



le da lo mismo hacer una cosa o su contraria, cuando actúa sin ninguna razón. (el resaltado es nuestro) Descartes señala que la indiferencia negativa es el resultado de la ignorancia, pues, en la medida en que el hombre conoce lo bueno y lo verdadero, no podrá ser indiferente: “Esta indiferencia que siento, cuando no soy llevado hacia un lado más bien que hacia otro por el peso de alguna razón, es el grado más bajo de la libertad, y más bien manifiesta un defecto en el conocimiento que una perfección en la voluntad, pues si yo conociera siempre claramente lo que es verdadero y lo que es bueno, jamás me tomaría el trabajo de deliberar acerca de qué juicio debería formar y qué elección hacer; y, de ese modo, yo sería enteramente libre, sin ser jamás indiferente”.¹¹ Para Descartes es evidente que de “una gran claridad del entendimiento se deriva una fuerte inclinación de la voluntad”. Así, por ejemplo, cuando Descartes examina sus creencias con el fin de encontrar alguna cierta, se percató de que hay algo de lo cual no puede dudar, esto es, de que el propio sujeto piensa, pero si el sujeto piensa es porque existe. De esta manera, el filósofo llega a la conclusión “yo soy, yo existo”. Para Descartes esta conclusión es verdadera por la siguiente razón: “No podía dejar de juzgar que una cosa que concebía tan claramente fuera verdadera, no porque me encontrase forzado por alguna causa exterior, sino solamente porque de una gran claridad que había en mi entendimiento se deriva una gran inclinación de mi voluntad. Y he sido inclinado a creer con tanta libertad cuanto menor fue mi indiferencia”.¹² Por tanto, en las Meditaciones metafísicas la indiferencia es el resultado de la ignorancia, pues, en la medida

¹¹ *Ibíd.*, A.T. IX-1, 46

¹² *Ibíd.*, A.T. IX-1, 47.



en que el hombre conoce lo bueno y lo verdadero no podrá ser indiferente. (Jean Paul Margot; Yuliana Leal Granobles, 2008, pág. 36).

En la Época Moderna, cambia radicalmente el sentido de la Libertad, puesto que ya no se considera como un aspecto que está sujeto al mandato del Rey o de las Concepciones Religiosa, sino parte del principio que el derecho a la Libertad, es inherente al ser humano, en consecuencia de acuerdo a ello el ser humano nace libre, por lo tanto dicha Libertad es ejercida por la persona humana de conformidad a su propia conciencia, a sus propias convicciones, es decir, ejerce su libertad de acuerdo a su libre albedrío, a su capacidad de discernimiento, lo cual implica saber distinguir entre el bien y el mal, esto es de suma importancia puesto así podremos fortalecer la democracia en la medida que los seres humanos no actuaremos en base a presiones sino teniendo en cuenta nuestras propias convicciones.

Lo cierto es que en todos los autores humanistas, desde Pico de la Mirandola hasta Erasmo y Tomás Moro, pasando por Bude, Rabelais, Montaigne, etc., se produce una exaltación del individuo, se reivindica la libertad del hombre, su competencia y su capacidad para construir con autonomía, en el campo del arte, de la literatura y de la cultura. Asimismo, se exalta la naturaleza y su sumisión al hombre que puede dominarla, disfrutar de ella. El *carpe diem* se convierte en el «*cueillez des aujourd'hui les roses de la vie*», de Ronsard. Es cierto que todas esas manifestaciones son más exaltaciones líricas un poco retóricas, como la «*oratio de hominis dignitatis*», de Pico de la Mirandola, que expresiones racionales, fundamentadas. Son todavía «... intuiciones, más



que hipótesis teóricas bien fundamentadas o técnicas precisas ... » (Martínez, 2003, pág. 73)

En la etapa moderna ya se empieza a concebir la Libertad como un derecho fundamental del hombre, y ya en esta época se empieza hablar de la libertad no solo como la libertad de la persona de trasladarse de un lugar a otro sino, la libertad de pensamiento, libertad de arte, es decir, la libertad va teniendo una concepción más amplia y comprende diversos aspectos de la vida de la persona humana.

2.1.1.5 La Libertad en la Edad Contemporánea

Kant divide la voluntad en una capacidad de apetencia inferior y en otra superior. La capacidad de apetencia inferior son los instintos, los impulsos, etc. La superior es la voluntad como tal, que no obra por fines externos, individuales, sino por fines generales¹³. La esencia de esta voluntad consiste en determinarse a partir de sí misma sin tener ninguna causa fuera de ella, en ser libre. El concepto de libertad¹⁴ es un concepto de razón puro que tiene una realidad trascendente. No tiene valor como principio constitutivo, sino sólo como principio regulador. La libertad, en consecuencia, tiene que ser presupuesta como propiedad de la voluntad de toda esencia racional¹⁵.

¹³ HEGEL, Op. cit., p. 444.

¹⁴ Libertad puede ser aceptada como la traducción del término griego autonomía, que si se le toma literalmente significa autoleislación. Con esto no se puede eliminar la ambivalencia a que puede dar lugar cuando también hace referencia a lo que aparentemente es su contrario, en especial, “nomos” –ley-. Esto se debe a que el carácter forzoso de la ley parece dar lugar a la ausencia de libertad. En el campo del Derecho la ley obliga a conductas u omisiones, en el campo del Derecho natural son determinismos causales en los cuales existe una sucesión de causa y efecto.

¹⁵ KANT, Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, p. 82.



.....La forma en que los seres humanos llegamos a conocer la libertad es como una propiedad negativa en nosotros, en especial a través de que no llega a ser necesario actuar mediante ningún fundamento de determinación sensorial. La libertad del arbitrio no se puede definir por la libertad de elección que implica actuar conforme o contra la ley, sino más bien por la capacidad de reconocer exclusivamente con base en las determinaciones de la razón las máximas con base en las cuales se debe hacer uso del arbitrio¹⁶. (AMANDI, 2004, pág. 172)

Recordemos que Karl Marx, entendía la libertad como el control total sobre las fuerzas alienadas del hombre. La libertad en esta concepción tiene dos aspectos: primero, ser capaz de dominar la naturaleza, a través del desarrollo de las fuerzas productivas, y segundo, la eliminación del poder de fuerzas sociales alienadas. De este modo, es el hombre quien controla. El hombre es el único actor y autor de la historia. La libertad determina el propio destino; **Libertad es autodeterminación.** (el resaltado es nuestro)

Pero esta libertad se entiende como libertad colectiva. Este ideal de Marx es obviamente incompatible con el pluralismo. La libertad de Marx se opone a la irracionalidad del azar. En este sentido se condena al capitalismo y parece contradictorio que Marx haya dicho que el dominio del hombre de su destino sería logrado a través de una democracia participativa. No lo es si sabemos que Marx entendía por Democracia una variedad de colectivismo —lo suficientemente fuerte como para subordinar los planes y objetivos de vida de

¹⁶ KANT, *Metaphysik der Sitten*, p. 62.



todos los individuos a un plan colectivo y a un conjunto de objetivos colectivos. En fin, ofrece participación, pero no libertad como autonomía individual. (Walicki, 1988, pág. 221)

De lo anterior, está claro que para el Engels maduro:

...la libertad no reside en la soñada independencia de las leyes naturales, sino en el conocimiento de estas leyes y en la posibilidad que lleva aparejado de hacerlas actuar de un modo planificado para fines determinados. [Por ello,] el libre arbitrio [para Engels] no es [...] según eso, otra cosa que la capacidad de decidir con conocimiento de causa. Así, pues, cuanto más libre sea el juicio de una persona respecto a un determinado problema, tanto más señalado será el carácter de necesidad [es decir, si interpretamos esta expresión en el contexto que Engels nos da aquí, el conocimiento de las leyes naturales y sociales] que determine el contenido de ese juicio; en cambio, la inseguridad basada en la ignorancia, que elige, al parecer, caprichosamente entre un cúmulo de posibilidades distintas y contradictorias, demuestra precisamente de ese modo su falta de libertad, demuestra que se halla determinada por el objeto al que debiera dominar. La libertad consiste, pues, en el dominio de nosotros mismos y de la naturaleza exterior, basado en la conciencia de las necesidades [leyes] naturales; es, por tanto, forzosamente, un producto del desarrollo histórico (Engels, 1960: 139) (Ferraro, 2005, pág. 166)

En la etapa moderna se da un cambio sustancial del concepto de la libertad en la que se determina que la Libertad de una persona no debe considerarse en referencia a lo que la ley determina sino principalmente la libertad de una



persona debe estar fundada en la razón de ser humano, es decir, la libertad de una persona no debe ser considerada lo que realiza dentro del marco de la ley sino de acuerdo a la razón a lo que la persona humana actúa dentro del marco de lo correcto.

Por otro, Karl Marx, determina que la libertad se funda en dos pilares fundamentales que el hombre es libre en cuanto es capaz de dominar la naturaleza y dominar los aspectos alienantes de la sociedad. Hay que entender que el pensamiento se da en un determinado tiempo histórico hoy por ejemplo no podemos considerar que un hombre es libre en tanto domina la naturaleza, por el contrario hoy por hoy se busca que el hombre sepa convivir con la naturaleza, en armonía, realizando un aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, lo cual implica que la utilización de dichos recursos se realice en forma sostenible teniendo en cuenta que los mismos deben servir para las generaciones futuras, sin realizar una utilización irracional de nuestros recursos: sin depredarlos.

Es de suma importancia el segundo presupuesto señalado por Karl Marx, puesto que efectivamente se da la necesidad hoy como ayer, de luchar contra las taras de la sociedad, taras que algunas de las veces impide el desarrollo de la persona, así como, de la sociedad, como cierto es lo señalado por Marx, puesto que atentamos contra la libertad sexual de una persona, si consideramos por ejemplo que la homosexualidad es una “enfermedad”, con dicho concepto, que viene a hacer una tara, no respetaremos los derechos a la libertad sexual.



Considero que es importante lo señalado por Engels, en el sentido que la libertad no es actuar sin mayor fundamento u objetivo, sino por el contrario se es libre, en la medida de saber del porque y para que actúa una persona de una determinada manera, lo cual implica tener finalidades y objetivos lo cual implica desarrollarlos. Por otro lado, nos indica Engels, que la libertad de una persona se da en tanto esta actúa en forma racional y no simplemente por instintos.

2.1.2 TIPOLOGIA DE LIBERTAD

2.1.2.1 La libertad liberal

Libertad liberal es la locución que Bobbio, escoge para referirse al concepto de libertad utilizado por la teoría liberal. Este concepto se refiere a "la facultad de realizar o no ciertas acciones sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal"¹⁷. Gracias a esta facultad, el individuo puede gozar de una esfera de acción, más o menos amplia, no controlada por los órganos del poder estatal. En ella puede comportarse como "el agua que corre sin cauce"¹⁸. Este sentido de libertad se compadece con el concepto de acción. Una acción libre es una acción lícita, que puedo hacer o no, porque ella no está impedida.

¹⁷ N. Bobbio, *Teoría General de la Política*, op. cit., p. 113 Citado por Carlos Bernal Pulido, en El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio

¹⁸ *Ibíd*em, p. 304.



Ahora bien, Bobbio enfatiza que la esfera de la libertad liberal está compuesta por el conjunto de acciones no impedidas. En términos de teoría general del derecho, se trata de la esfera de lo permitido, es decir, de lo no obligatorio. Libertad es, en esta acepción, el "espacio no regulado por normas imperativas -positivas o negativas-". Aquí la libertad tiene la misma extensión que la licitud¹⁹, la misma extensión de la esfera de lo que está permitido al no estar ni ordenado ni prohibido. Se trata de la libertad negativa, de la esfera de los comportamientos no regulados, y por tanto, lícitos o indiferentes, ya descrita por Monterquieu, cuando señalaba que la libertad consistía en hacer todo aquello que permiten las leyes o por Hobbes al apuntar que la libertad era la situación en la que un sujeto actuara según su naturaleza, sin que se lo impidan fuerzas exteriores, en la esfera del ius o de los comportamientos lícitos²⁰.

De acuerdo a lo señalado, tenemos que la Libertad Liberal, inspira lo prescrito por el Principio Constitucional de Legalidad el cual determina que: **“Nadie está obligado hacer lo que la ley no manda o impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”**²¹. Y ello implica que una persona tiene que actuar de acuerdo a su libre albedrío pero teniendo en cuenta que no puede actuar al margen de la ley, por otro lado, esto implica que ninguna persona está obligada a realizar algo que la norma no manda, en consecuencia

¹⁹ *Ibidem*, p. 525

²⁰ *Ibidem*, p. 525.

²¹ Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.



estamos ante el imperio de la voluntad de la norma y no de las personas lo cual es un principio básico de la democracia puesto que determina que los límites de la libertad personal lo establece la norma y no el gobernante, esto asegura que el ciudadano o la ciudadana ejerza su libertad sin un pedimento que no sea el determinado por la ley.

Sin embargo, el concepto de libertad liberal no debe de entenderse solamente que la persona puede hacer todo lo que la ley no prohíba o mande, sino que esa libertad debe ser ejercida racionalmente lo que determina que la libertad no puede ser ejercida sin tener en cuenta el derecho de los demás, no se puede ejercer la libertad avasallando los derechos de los demás, el ejercicio de la libertad, debe implicar el respeto de la persona humana y su dignidad.

2.1.2.2 Autonomía

El concepto de libertad también ha recibido un significado descriptivo, inconfundible con el anterior e insustituible por él, proveniente de la teoría democrática. Desde esta segunda óptica, libertad significa autonomía, es decir, se refiere al "poder de no obedecer otras normas que las que me he impuesto a mí mismo"²². Si se quiere, de forma antagónica a la libertad liberal, la autonomía indica que ser libre no significa no tener leyes, sino darse leyes a sí mismo. El demócrata no intenta eliminar todas las barreras posibles a la acción del sujeto, sino "aumentar el número de acciones regidas por procesos de auto reglamentación"²³.

²² *Ibíd*em, p. 113.

²³ *Ibíd*em, p. 113.



En términos de teoría general del derecho, este segundo concepto de libertad coincide con la esfera de lo "obligatorio", si bien no de todo lo obligatorio, sino sólo de "aquello que es obligatorio en virtud de una auto-obligación". Libertad, entonces sería el espacio regulado por normas imperativas, siempre que estas sean autónomas y no heterónomas²⁴

Es importante lo que se debe de entender por Libertad Autonomía, de acuerdo a lo cual se establece que una persona no debe cumplir una norma por la sanción que le va acarrear por su desacato, sino porque voluntad propia, porque considera que ello implica el respeto del orden establecido, el respeto del derecho de los demás, ello implica ejercer su libertad con conciencia.

Por otro lado, la autonomía de la persona debe de implicar que una persona establece sus propias normas de comportamiento y que estas no están sujetas a una norma jurídica o al mandato de un gobernante, sino es la persona en forma autónoma y por propia determinación asume sus normas de comportamiento, en forma libre respetando el derecho de los demás, ello implica que el ciudadano o ciudadana, se desenvuelve en la sociedad ejerciendo sus derechos y al mismo tiempo sus obligaciones, lo cual implica el respeto de los derechos de los demás

2.1.1.1. Relación entre la libertad liberal y la libertad democrática

Bobbio, no soslaya que uno de los asuntos más debatidos en la filosofía política ha sido establecer la relación que existe entre las dos

²⁴ Ibídem, p. 113.



libertades antes definidas, es decir, la libertad liberal y la libertad democrática.

La tesis del autor de Turín, señala que es imposible confundir estas libertades, como quiera que cada una se refiere a un ámbito propio. La teoría liberal define la libertad fundada en una consideración del individuo aislado, mientras que la teoría democrática parte de un individuo en tanto partícipe de una colectividad. Cada una de las teorías responde a una pregunta diferente. El interrogante básico de la libertad liberal es ¿qué significa ser libre para el individuo considerado como un todo independiente?, al paso que la pregunta esencial de la teoría democrática es: ¿qué significa ser libre para un individuo considerado como parte de un todo? A su vez, cada una de estas preguntas se refiere a un problema de fondo particular. La libertad liberal aborda el problema de los límites de la acción del Estado. Por su parte, a la libertad democrática concierne el asunto de los límites a la legislación no heterónoma.²⁵

En este punto se determina principalmente que el ser humano se desarrolla dentro de una sociedad, en consecuencia, **la libertad individual de una persona la tiene que ejercer teniendo en consideración que es parte de una comunidad de una sociedad**, (el resaltado es nuestro), en consecuencia, el ejercicio de la libertad, se debe realizar dentro del marco de la persona y la dignidad de los demás, lo cual determina que se debe de ejercer la libertad teniendo en cuenta el los derechos de los demás, respetando las normas de

²⁵ N. Bobbio, *Teoría General de la Política*, op. cit., p. 515



convivencia que la sociedad ha establecido, no como obligación sino por convicción, ello en referencia a la libertad democrática, sin embargo, en referencia a la libertad “*liberal*”, se considera a la persona como un ser individual, al ser considerado como tal, prevalece el individualismos y la libertad la ejercerás teniendo en consideración tus propios objetivos y finalidades, sin tomar en cuenta el bien común, el derecho de los demás.

2.1.2.3 Libertad Positiva

El tercer sentido en que Bobbio se refiere al concepto de libertad es el de libertad positiva. De acuerdo con este autor, este concepto surgió a causa de una mutación sufrida por el concepto de libertad por la influencia de las teorías socialistas del Siglo XIX. Por este cambio, se habla de libertad no para aludir al sentido liberal negativo de la misma, sino cuando se sostiene que la garantía de la libertad debe abarcar también el poder positivo, es decir, la "capacidad jurídica y material de concretar las posibilidades abstractas garantizadas por las constituciones liberales"²⁶.

Este poder positivo o capacidad jurídica y material se refiere explícitamente al poder efectivo que debe tener todo ser humano "de traducir a comportamientos concretos los componentes abstractos previstos por las normas constitucionales que atribuyen este o aquel derecho"²⁷. De forma más explícita, aquí la libertad impone que todo ser humano debe "poseer en propiedad o como parte de una propiedad colectiva los bienes suficientes para gozar de una vida digna". Esta libertad alude a la suficiente capacidad

²⁶ *Ibidem*, p. 525.

²⁷ *Ibidem*, p. 526.



económica para satisfacer algunas necesidades fundamentales de la vida material y espiritual, sin la cuales la libertad liberal sería vacía y la libertad democrática sería estéril²⁸.

Considero que esta Libertad Positiva, es de importancia puesto que para entenderla se debe partir de un principio: “no se es libre, en pobreza”, en consecuencia los Estados, deben de establecer las condiciones materiales necesarias a efecto que los y las ciudadanas puedan ejercer su derechos plenamente, en ese sentido no se es libre cuando no se tiene las condiciones materiales necesarias para por ejemplo: determinar el tipo de educación que deseas desarrollar, no se es libre en la medida que no puedes determinar tu actividad laboral, sin estar supeditado al aspecto económico, es decir, no se es libre, si permaneces en un centro laboral, a pesar que no te posibilita mayor crecimiento personal y material, sin embargo, permaneces en el mismo al no tener mayor alternativa, en consecuencia, la Libertad Positiva, te posibilita el ejercicio de otras libertades

2.1.3 Las Formas de Gobierno y la Libertad

2.1.3.1 Monarquía absoluta. –

En las monarquías absolutas el rey o reina tiene un poder absoluto o casi absoluto para imponer su voluntad al resto de los ciudadanos. Todas las herramientas de imposición de normas creadas para regular la vida social están situadas bajo el poder del monarca, que las puede modificar y no se somete a su control.

²⁸ Ibidem, p. 526.



Tradicionalmente, las monarquías absolutas se han mantenido legitimadas bajo la idea de que el rey o reina son elegidos por fuerzas divinas para guiar al pueblo.

El gran predicador moderno de esta teoría es Robert Filmer (1588-1653) autor del libro “Patriarca o el poder natural de los reyes”, con el objeto de combatir a dos “ladrones que querían crucificar a la monarquía”. Sostiene que la monarquía es una institución natural, como la familia; así el Rey es un padre. Todo padre puede ser injusto y equivocarse, pero en sus actos prevalece siempre el amor por sus hijos, y por ello estos le deben obediencia; así es el Rey para con su pueblo y no puede ser tirano. De modo que, concluye Filmer, es falso que el pueblo goce de una libertad natural originaria, puesto que la creación misma comienza con un padre y no con la elección del padre por los hijos. Por tanto, no tiene derecho el pueblo a deponer a los reyes, ni a limitar su gobierno con la ley. El fundamento natural del orden de la sociedad es la obediencia y, si se quiebra, no sobreviene la libertad, sino la guerra civil. El libro, compuesto para defender la prerrogativa de

Carlos I de Inglaterra –quien acabó ejecutado en 1649–, fue publicado póstumamente en 1680 para defender los derechos dinásticos de Jacobo II. (Fernández, 2014).

Los derechos ciudadanos dentro de la Monarquía, están encuentran bastante limitados puesto que estamos frente a la premisa que el Rey, tiene el poder absoluto, puesto este le deriva de un mandato divino, en consecuencia los derechos ciudadanos están supeditados a o que el determine, sin tener control alguno sobre los actos que realiza, por lo tanto la libertad del ciudadano solo



se desarrollara dentro del marco que determine la voluntad del monarca, determinación que no podrá ser objeto de control o posibilidad de ser cuestionada.

Por otro lado, Esta especie de Monarquía supone el predominio único del principio monárquico con su atribución de la soberanía al rey, que ejerce el poder sin someterse a ningún límite ni control y que reduce la ley a un puro mandato, a un mero acto de la libre voluntad incondicionada (voluntarismo) del monarca. No debe olvidarse que la idea de soberanía en Bodino, entendida como «el poder absoluto y perpetuo de una República», es un concepto jurídico y no político, y que la primera atribución o facultad propia de la soberanía es el poder de dictar leyes (Montoro Ballesteros, 2015, pág. 145).

Estando a lo señalado en referencia a la caracterización de la Monarquía absoluta, se tiene que es el Monarca, él que s sin ningún control, es el que dicta las leyes que deberán de regir la vida social, política y económica, por lo que esas normas que regirán la vida de los ciudadano y por ende sus libertades estarán supeditadas a los intereses del monarca, es decir, que sus libertades estarán supeditadas a los fines y consolidación de la monarquía lo cual significa una severa restricción del derecho a la libertad de los ciudadanos y ciudadanas

Recordemos que la Revolución Francesa, inspirada en los principios de: “Libertad, Igualdad y Fraternidad”, determino que se realicen cambios en la Monarquía Absoluta, surgiendo de esa manera nuevas formas de monarquía, como la Monarquía Constitucional, Representativa y Parlamentaria, ello siguiendo al profesor Alberto Montoro Ballesteros.



2.1.3.2 Monarquía parlamentaria

En esta forma de gobierno hay un rey o reina que ejerce como Jefe de Estado, pero su poder está muy limitado tanto por el poder legislativo como por el poder ejecutivo. En muchos países, el tipo de monarquía parlamentaria que se utiliza confiere al monarca un papel puramente simbólico, creado fundamentalmente para dar imagen de unidad o para actuar en casos de emergencia nacional.

6. La división de poderes atribuye, sin excepción, el poder legislativo a la representación electiva de la Nación. La Constitución ofrece una primera versión de la actividad de la Asamblea, que, al igual que los demás puntos, necesitará de leyes orgánicas y reglamentos que la desarrollen. Las asambleas revolucionarias reservan a las asambleas representativas el poder legislativo -iniciativa, debate y aprobación de decretos-, el control de las finanzas mediante la introducción de una novedad, el presupuesto, un compromiso de gastos y una estimación de ingresos anuales, que el parlamento ha de aprobar, una novedad llamada a tener un éxito fulminante, y la autorización de nuevos empréstitos, así como de las emisiones de Deuda pública. La guerra y la paz necesitan del refrendo de la representación nacional. En otro orden de ideas, aunque apunten al mismo objetivo, la posibilidad de responsabilizar a los ministros por sus actos políticos completa la caracterización de los medios de acción de los sistemas parlamentarios: la facultad de legislar y la capacidad de procesar a los ministros, que asumen la responsabilidad, que no cabe exigir



al rey. *En teoría la división de poderes tendría que ser total, aunque la total independencia de cada uno de ellos, en lugar de producir el espacio de libertad para que los individuos ejerzan sus derechos, conduciría en el límite a la desaparición de toda autoridad,* (el resaltado es nuestro) si el ejecutivo se desentendiese de aplicar las leyes y el legislativo no tuviese un medio de penalizar este comportamiento. (Artola, 1991)

Como se tiene dicho en este tipo de gobierno la división de poderes es relativa, si bien es cierto el monarca es una figura principalmente representativa, mas no política, sin embargo, el Parlamento, no tiene mayor control, y como se tiene señalado el Parlamento, mediante la dación de normas determina el contenido de los derechos, en el presente caso el derecho a la Libertad, por lo tanto es fundamental la división de Poderes a efecto se pueda darse un adecuado control del ejercicio del Poder, y principalmente en lo referente a lo que es el ejercicio de los derechos ciudadanos.

Por otro lado, también se dice que viene hacer La Monarquía Parlamentaria implica un retroceso del poder real ante la representación popular, mediante la interposición de un órgano, el gabinete. La primera manifestación de esta forma política tuvo lugar en la Monarquía inglesa. Dicha modificación constitucional supuso que el rey ya no puede actuar por sí mismo, sino a través de un gobierno que responde de sus actos ante el Parlamento y que ha de contar con la confianza del rey y de la cámara (Montoro Ballesteros, SISTEMA POLÍTICO Y FORMAS DE GOBIERNO: SOBRE LA SIGNIFICACIÓN DE LA DEMOCRACIA COMO PRINCIPIO POLÍTICO, 2015, pág. 147).



Como lo hemos señalado líneas arriba la Monarquía Representativa, fue un avance considerando que esta establece un órgano distinto al Monarca, órgano que se encarga de dictar las normas que regula la vida de los ciudadanos y en consecuencia ya no es el Monarca, sin control alguno el que determinara las normas que regulan la vida social, política, económica de su monarquía, sin embargo, la Monarquía representativa, le va haciendo poder de control al Monarca, por lo que se establece la Monarquía Parlamentaria, que de acuerdo a lo señalado, en este régimen se establece un órgano distinto al monarca para dictar las normas, sin embargo, es un órgano distinto al Monarca, sin autonomía e independencia frente a él, pues es este el que lo elige lo cual condiciona su actuar.

2.1.3.3 La Monarquía Representativa. -

La Monarquía representativa coincide históricamente con la Monarquía constitucional, pero tiene la peculiaridad de que el poder real no sólo aparece limitado por el Derecho, sino también por la representación popular que encarnan determinados órganos²⁹.

En esta forma de gobierno ya aparece una limitación al poder ilimitado del Rey, el cual esta regulado por la ley, ley que esta dada por la representación elegida por el pueblo, en consecuencia, se van dando paso formas de protección a la intervención de los derechos humanos, en vista que ya no es el monarca sin ningún control el que dicta las normas y determina las limitaciones al ejercicio de los derechos ciudadanos, lo cual es sin duda un

²⁹ Ibid., p. 147



avance en la vigencia de los derechos ciudadanos, sin embargo, aún el Monarca, ostenta su poder, no por mandato popular, sino, por razones hereditarias, lo cual restringe el derecho a la libertad política de la población.

2.1.3.4 Dictadura. -

En las dictaduras se da la figura de dictador, que tiene un control total sobre lo que ocurre sobre la región, y que normalmente ostenta este poder mediante el uso de la violencia y las armas. En cierto sentido, la dictadura es la forma de gobierno en la que alguien tiene la capacidad de dirigir el país tal y como podría dirigir su casa una persona soltera.

Con todo, los cambios en la sociedad española de comienzos de los años sesenta eran imparables. Como ya se ha señalado, la reivindicación de los derechos de la mujer se recuperó con más fuerza y un protagonismo activo en ese cambio a través del trabajo familiar y el profesional siguiendo los esquemas de la clásica división sexual del trabajo. El papel de la mujer en el antifranquismo comenzó con la proclamación de las libertades por conquistar y la igualdad de derechos con los hombres. Ambas exigencias obligaron a llevar a cabo una doble estrategia de convencimiento de las propias mujeres y los hombres y de exigencia ante las autoridades políticas. De todas formas, la prioridad siempre fue la oposición a la dictadura descartando siempre la definición del movimiento de mujeres como feminista a pesar de que en la



acción colectiva su beligerancia fuese igual o mayor que la de sus compañeros.³⁰

Lo anteriormente señalado si bien es cierto se da dentro del contexto de la libertad de la libertad de las Mujeres, sin embargo, es importante la descripción que se realiza la forma en la que se toman las decisiones en una dictadura, es decir, se adoptan las dediciones en forma unilateral y sin control alguno y en mucho de los casos las disposiciones se imponen mediante la fuerza, lo cual puede implicar la vulneración de los derechos ciudadanos, por lo tanto los derechos ciudadanos en este tipo de gobierno están limitados.

2.1.3.5 La democracia. -

Este término proviene también del griego, aunque en este caso en vez de “autos” se utiliza la palabra “demos”, que significa “pueblo”. Esto es, en esta forma de gobierno, a diferencia de la autocracia, todos los habitantes de la zona que constituye sujeto soberano son capaces de participar por igual en la vida política.

Para unos la libertad significa la ausencia de ataduras humanas; otros encuentran la libertad en la democracia; para muchos la libertad es poder decir y hacer lo que mejor les parece; para otros es no estar esclavizado. Los romanos decían: la libertad es la facultad de hacer lo que el derecho permite. Desde la perspectiva religiosa, específicamente el cristianismo: la libertad es simplemente la verdad de Jesús. Ya que Él dijo: “si vosotros permaneciereis en mi palabra, seréis verdaderamente mis discípulos; conoceréis la verdad, y

³⁰ Giuliana Di Febo, Resistencia y movimiento de mujeres en España (1936-1976), Barcelona, Icaria, 1979 cita de Manuel Ortiz Heras, en MUJER Y DICTADURA FRANQUISTA, Revista de Ciencias Sociales



la verdad os hará libres”. En la revolución francesa: “La libertad es la facultad de hacer todo aquello que no perjudique a otro”. Según el Diccionario Enciclopédico de la Lengua Española: “La libertad es la facultad que tiene el ser humano de obrar o no obrar según su inteligencia y antojo, es el estado o condición del que no está prisionero o sujeto a otro; es la falta de coacción y subordinación; es la facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres” (Millán-Puelles, 1995).

En este tipo de gobierno se apela al libre albedrío de la persona en la cual está facultado para realizar lo que el considere, sin embargo, el único límite que tienen en su actuar que dicha libertad no afecte el derecho de las demás personas, así por ejemplo, la persona humana podrá ejercer su derecho de libertad de expresión en tanto no afecte el honor de otra persona, es decir, de acuerdo a ello y estando a los que fundamento la Revolución Francesa: *“La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a los demás: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos”*

2.1.3.6 República parlamentaria. -

La república es una forma de gobierno basada en el principio de la soberanía popular, la cual no tiene excepciones. Como parte de las ideas republicanas, en ella se da por supuesto que todas las personas nacen iguales ante la ley y que no existen los derechos hereditarios que puedan quebrantar



eso. La república parlamentaria, por ejemplo, además de no contar con la figura de un rey o reina, se basa en un sistema parlamentario en el que hay una distinción entre Jefe de Estado y Jefe de Gobierno. De esta forma se establece una clara diferencia entre poder legislativo y poder ejecutivo.

El peligro que la libertad corre a manos del Poder legislativo en los regímenes de democracia a base de partidos políticos, es un peligro especial; un peligro que supera, con mucho, al que en las comunidades políticas le puede venir a la libertad de otros órganos rectores. Esta enorme sensibilidad de la libertad respecto de las intervenciones del legislador responde a causas peculiares, las cuales —por más que entre sí puedan diferir— dan lugar, al concurrir en la situación actual, a' que la libertad parezca en trance de singular peligro. A continuación, trataré de interpretar brevemente esta situación. Entre las tendencias distintivas del moderno Estado democrático-liberal, basado en el respeto a la libertad del individuo, está la circunstancia de que la legislación ocupe un lugar preeminente entre todas las demás actividades y manifestaciones estatales. (LEIBHOLZ).

De acuerdo a las facultades que otorga nuestro ordenamiento constitucional al Congresista, una de ellas es la de legislar, la cual le posibilita determinar el contenido de los derechos humanos, en este caso el de la Libertad, es decir, sus alcances y sus límites, sin embargo, hay que anotar que el ciudadano muchas de las veces no tiene la posibilidad de controlarla dicha actividad legislativa, sin embargo, esta facultad Congresal, no puede ser ejercida



indiscriminadamente, por el contrario deberá ser ejercida teniendo en consideración el principio de Proporcionalidad y Razonabilidad³¹.

2.1.3.7 República Presidencialista

En la república presidencialista tampoco hay rey o reina y también hay parlamento. Sin embargo, en este caso, el jefe de Estado es elegido directamente por los votantes, y no por los miembros del congreso o parlamento, y actúa también como Jefe de Gobierno, quedando relativamente unidos los poderes legislativo y ejecutivo.

Este presidencialismo latinoamericano ha sido denominado también "cesarismo representativo" por ciertos autores, para quienes el régimen, si funciona correctamente, se diferencia de la dictadura, por el hecho de que el poder del jefe de Estado no es ilimitado ni arbitrario, que existe según una regla constitucional preestablecida, que respeta las otras instituciones y garantiza las libertades públicas, que su autoridad política proviene de una elección popular competitiva y es limitada en el tiempo, el cual posee amplios poderes de los cuales sólo responde ante el pueblo que lo eligió, aun cuando

³¹ El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo sancionador

15. El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.



comparte el poder del Estado con un parlamento con prerrogativas limitadas, ya que el ejecutivo se convierte en colegislador. (Nogueira-Alcalá, 1985)

Si bien es cierto este Régimen de Gobierno no puede ser asimilado a la Monarquía, en el cual igualmente, hay una concentración de poder, sin embargo, en la monarquía el poder se trasmite en forma hereditaria y en el presidencialista se asume el poder mediante elección popular, sin embargo, al concentrarse el poder en una persona o instituciones se da el peligro que este se ejerza en forma arbitraria en perjuicio de los derechos ciudadanos, como es el derecho a la libertad, en contraposición a ello el gobernante deberá de tener en consideración que en Democracia, prima la voluntad de las normas y no de las personas, lo cual le da seguridad del ejercicio de las libertades de las personas.

2.1.3.8 República unipartidista. -

La forma de gobierno de la república unipartidista se basa en la existencia de un único partido político capaz de acceder al poder y, a la vez, en la celebración de elecciones en las que puede votar o en las que puede presentarse todo el mundo (como independientes). El carácter democrático de este sistema está cuestionado, si bien a la vez tampoco encaja exactamente con el concepto de dictadura, ya que en esta última o no existen elecciones o están muy limitadas.

“...Además, al contrario de lo que ocurre en la monarquía absoluta, no se intenta mantener una imagen pública positiva ante los ciudadanos, simplemente se manda sobre ellos utilizando el terror y las amenazas mediante normas basadas en el castigo. Empezando porque parten de



diferentes conceptos de libertad. Para el liberalismo, la libertad se define en sentido “negativo”. Es libertad de ser concripto. Vale decir, la libertad es ausencia de coerción, tanto como sea posible para sostener el orden social. No es anarquía, pero sí es límite al poder, de cualquier índole, sobre los ciudadanos. En especial, del poder estatal. Sin embargo, nada en esta concepción sugiere que la libertad, aun definida bajo esta concepción, corresponda a una visión pasiva. Es decir, no significa que tenga que ser una libertad que se agota en la no coerción. Por el contrario, los fundamentos del liberalismo clásico apuntan un objetivo a lograr, a partir de esta concepción de la libertad. Para la democracia, la libertad es definida en sentido “positivo”. Es libertad para participar en la actividad política y, por ende, para elegir y ser elegido. En suma, la democracia no nos dice más, es decir, solo se limita a garantizar que el gobierno que se elija, sea electo por voluntad mayoritaria. El liberalismo, en cambio, se enfoca en el límite de la acción de ese gobierno”. (D’Medina, 2008)

En este tipo de Gobierno, principalmente se afecta el derecho a la libertad política, en tanto no se tienen la facultad de ejercer su derecho político a plenitud, puesto que en la contienda electoral solo se realiza con la participación de solo partido político, lo cual contradice los una contienda electoral que sean libres y competitivas, y se respete los principio de la igualdad y neutralidad, lo cual determina que los ciudadanos no tengan la posibilidad de elegir libremente entre varias opciones electorales, por otro lado, al darse una concentración de poder en un solo partido, se anula que se dé un control político de los actos del ejecutivo.



SUBCAPITULO II

2.2 LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.2.1. LA CORTE INTER AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2.2.1.1. Concepto de La Corte Inter Americana de Derechos Humanos
La CIDH, es un órgano jurisdiccional de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en consecuencia es una institución judicial cuyo propósito es interpretar los alcances de la Convención Americana de Derechos Humanos, a efecto de determinar su contenido de los derechos establecidos en la misma, así mismo, su finalidad es aplicar la Convención ejerciendo una función contenciosa, en consecuencia resuelve casos contenciosos, realiza labores de supervisión de sentencias dictadas, cumple una función consultiva, finalmente dicta medidas provisionales

Está integrada por siete miembros independientes que se desempeñan en forma personal y tiene su sede en Washington, D.C. La Corte Inter Americana, fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), instalada en 1979, es una institución del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos (SIDH).

2.2.1.2. Historia de la Corte Interamericana de Derechos
La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene como fecha de inicio el 22 de mayo de 1979, cuando sus Estados eligieron, a destacados



juristas. La primera reunión de la Corte se celebró el 29 y 30 de junio de 1979 en la sede de la OEA en Washington, D.C.

Posteriormente la Asamblea de la Organización de Estados Americanos, desarrollada el 1° de julio de 1978, determinó que Costa Rica, sea su sede, decisión que fue ratificada posteriormente por los Estados Partes en la Convención durante el Sexto Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General, celebrado en noviembre de 1978. Instalándose la Corte en San José de Costa Rica el 3 de septiembre de 1979.

En el Noveno Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA se aprobó el Estatuto de la Corte, posteriormente, en agosto de 1980, la propia Corte aprueba su reglamento, el cual incluye las normas de procedimiento. En noviembre de 2009, durante el LXXXV Período Ordinario de Sesiones, entró en vigor un nuevo Reglamento de la Corte, el cual se aplica a todos los casos que se tramitan actualmente ante la Corte.

Hay que destacar que el 10 de septiembre de 1981, el Gobierno de Costa Rica y la Corte firmaron un Convenio de Sede, aprobado mediante Ley N° 6889, del 9 de septiembre de 1983, en el cual se incluye el régimen de inmunidades y privilegios de la Corte, de los Jueces, del personal y de las personas que comparezcan ante ella. Este Convenio de Sede está destinado a facilitar el normal desenvolvimiento de las actividades de la Corte, especialmente por la protección que da a todas aquellas personas que intervengan en los procesos. Como parte del compromiso contraído por el Gobierno de Costa Rica, en



noviembre de 1993 éste le donó a la Corte la casa que hoy ocupa la sede del Tribunal.

El 30 de julio de 1980 la Corte Interamericana y el Gobierno de la República de Costa Rica firmaron un convenio, aprobado por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6528 del 28 de octubre de 1980, por la cual se creó el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Bajo este Convenio se establece el Instituto como una entidad internacional autónoma, de naturaleza académica, dedicado a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos, con un enfoque multidisciplinario y con énfasis en los problemas de América. El Instituto, con sede también en San José, Costa Rica, trabaja en apoyo del sistema interamericano de protección internacional de los derechos humanos. (humanos, 2002)

Etapas de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos.

La primera se inicia en septiembre de 1979, fecha de su instalación en San José de Costa Rica, hasta principios del año 1986 en que ingresan los primeros casos contenciosos. La segunda iría de 1986 hasta 1993, en que llegan unos pocos casos y opiniones consultivas más a la Corte y se empiezan a someter las primeras solicitudes de medidas provisionales, época en que la escasez de recursos obliga a la Corte, a reformar su Reglamento y a no poder publicar las sentencias y opiniones consultivas. La tercera etapa sería el período de tiempo que se inicia en el año 1994, en que se intensifica el envío de casos a la Corte por la Comisión y empiezan a laborar los primeros abogados en el Tribunal, y que termina el pasado mes de junio de 2001 con



la entrada en vigor del cuarto Reglamento de la Corte que da locus standi a las víctimas o sus representantes durante todo el proceso ante ella. A partir de junio de 2001 se inicia una cuarta etapa en la historia de la Corte, en la cual nos encontramos actualmente, y para ilustrar lo que podrían ser sus rasgos más sobresalientes, se señalarán los cambios más importantes del nuevo Reglamento de la Corte, que serán las características que la distinguirán. Lo lógico sería que, en los próximos años, se inicie una quinta etapa, una vez que se dé jus standi a las víctimas y éstas puedan acceder directamente al Tribunal, luego de agotado el proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (Robles, 2003, págs. 270-271)

Estando a lo señalado por Manuel E. Ventura Robles, podemos determinar que la Corte Inter Americana de Derechos Humanos, en relación a su evolución ,se ha dado en la medida que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha tenido mayor incidencia en América en la preservación de las Democracias y la defensa de los Derechos Humanos, por otro lado, la Corte Inter Americana, tuvo mayor casos en cuanto sus procedimientos fueron más accesibles, recordemos, que antes de entrar a la Cuarta Etapa, de acuerdo a Robles, solo se podía acceder a ella mediante la Comisión de Derechos Humanos, lo cual la hacía menos accesible.

Por otro lado, que estando a la evolución mencionada, podemos señalar que la evolución se da en referencia al número de casos que son de competencia de Corte Inter Americana, en relación a ello considero, que si se toma en cuenta el número de casos asumidos por la Corte, estos aumentaron en la medida que la población americana pudo percibir mayor efectividad de las



decisiones de la Corte, recordemos por ejemplo en el Perú, tuvo una mayor relevancia la Corte, en relación a sus resoluciones frente al juzgamiento de los Casos de Terrorismo, en la que determino que dichos juzgamientos se realizaron sin respetar las normas del Debido Proceso³². Por otro lado, la Corte se pronunció al inadecuado procedimiento que tenía el Ex Consejo de la Magistratura, para la ratificación de los Jueces y Fiscales, puesto que considero que dichas ratificaciones se realizaban afectado el derecho a la debida motivación el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada³³.

2.2.1.3. Importancia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es el mecanismo más influyente en materia de promoción y protección de los derechos humanos en el continente. A través de sus dos órganos, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, promueve la vigencia de los derechos humanos en la región y brinda protección a las personas afectadas en sus derechos, por lo que es para muchos el último recurso para alcanzar justicia.

En el Perú, el Sistema Interamericano ha contribuido y continúa contribuyendo de manera significativa a la consolidación de la democracia y el Estado de derecho. Conscientes de la alta importancia de la labor del

³² Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú

³³Jorge Luis Cuya Lavy y otros, respecto de Perú



sistema interamericano para la región y nuestro país, ... (Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP (IDEHPUCP), 2000)

De acuerdo al Instituto de Democracia y Derechos Humanos, se tiene que el Sistema Interamericano, juega un papel importante en la Región, para la consolidación de la Democracia y del Estado de Derecho. Los elementos fundamentales para la vigencia del Estado de Derecho, son: Vigencia de los Derechos Humanos, Sistema Jurídico Estable y División de Poderes, en consecuencia, para la plena vigencia de la Democracia y el Estado de Derecho, es importante que un Estado respete y establezca las condiciones necesarias que garantice la vigencia de los Derechos Humanos.

En relación a los Derechos de Defensa, los Estados partes, deberá de abstenerse de realizar acciones a efecto que los ciudadanos no se vean afectados en el ejercicio de sus derechos. En referencia a los derechos de prestación deberán de adoptar las acciones necesarias para su vigencia, de ello deriva la importancia del Sistema Inter Americana de Derechos Humanos y por ende de la Corte, si tenemos en consideración que Está, mediante sus resoluciones, las consultas que son sometidas a su competencia, como ya lo dijimos, determinan el contenido de los derechos humanos, lo cual redundan en el fortalecimiento de la democracia en el Continente Americano.

Por otro lado, el Sistema Inter Americano, juega un papel fundamental en la vigencia de las democracias en la Latino América, es así que, en su Cuadragésimo Período Ordinario de Sesiones, desarrollada en la Ciudad de Lima, del 06 al 08 de junio del 2010, aprobó la DECLARACIÓN DE LIMA:



PAZ, SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EN LAS AMÉRICAS, donde reafirman que:

“REAFIRMANDO ASIMISMO que el Artículo 2 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos establece que los propósitos esenciales de la Organización son: a) Afianzar la paz y la seguridad del Continente; b) **Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención;** (.....) g) Erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio y (.....)” (El resaltado es nuestro)

En este contexto señalamos que la vigencia de las democracias en América, no solo es un asunto interno, sino hoy por hoy viene hacer una preocupación internacional, dentro de lo cual juega un rol Importante la Corte Inter Americana de Derechos Humanos, puesto que su vigencia implica el respeto de los derechos humanos, y juega un rol importante en el fortalecimiento de las democracias en las Américas, puesto que la democracia viene hacer el Sistema de Gobierno, que asegura la vigencia de los Derechos Humanos.

2.2.1.4. Organización de la Corte Inter Americana de Derechos

La CIDH, está conformada por siete miembros, los mismos que son elegidos por los países miembros en el periodo de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, entre los candidatos propuestos por los Estados partes. Los candidatos deben contar con una alta autoridad moral para ejercer el cargo, tener con una trayectoria en la defensa de los derechos humanos, si bien es cierto los candidatos son propuestos por los



Estados partes, sin embargo, son elegidos a título personal por un periodo de seis años, pudiendo ser reelegidos por un periodo más, no pudiendo haber dos jueces de igual nacionalidad, en un mismo periodo.

La CIDH, está conformada por una presidencia, vice presidencia, comisiones y la secretaria

2.2.1.4.1. La Presidencia. –

La presidencia al igual que la vice presidencia de la CIDH, es elegida entre sus miembros, en primera votación se requiere mínimo cuatro votos, de no alcanzarse dicha votación, se realizará una segunda votación siendo elegido el que mayor votación alcance.

2.2.1.4.1.1. Atribuciones de la Presidencia de la CIDH.

- a. Representar a la Corte;
- b. Presidir las sesiones de la Corte y someter a su consideración las materias que figuren en el orden del día;
- c. Dirigir y promover los trabajos de la Corte;
- d. Decidir las cuestiones de orden que se susciten en las sesiones de la Corte. Si algún Juez lo solicitare, la cuestión de orden se someterá a la decisión de la mayoría;
- e. Rendir un informe semestral a la Corte, sobre las actuaciones que haya cumplido en ejercicio de la Presidencia durante ese período;



f. Las demás que le correspondan conforme al Estatuto o al presente Reglamento, así como las que le fueren encomendadas por la Corte³⁴.

De acuerdo a lo anterior la Presidencia de la CIDH, realiza labores de representación, es el que direcciona las actividades de la Corte, establece el orden de las sesiones de la las sesiones que la corte realiza, por otro lado, tiene la obligación de rendir un informe de sus actividades realizadas ante la propia Corte.

2.2.1.4.2. Atribuciones de la Vicepresidencia de la CIDH

Su función principal, es de suplencia temporal y permanente de la presidencia.

2.2.1.4.3. Atribuciones de las Comisiones

1. La Comisión Permanente estará integrada por la Presidencia, la Vicepresidencia y los otros Jueces que la Presidencia considere conveniente de acuerdo con las necesidades de la Corte. La Comisión Permanente asiste a la Presidencia en el ejercicio de sus funciones

2. La Corte podrá designar otras Comisiones para asuntos específicos. En caso de urgencia, si la Corte no estuviere reunida, podrá hacerlo la Presidencia.

3. Las Comisiones se regirán por las disposiciones del Reglamento, en cuanto fueren aplicables

³⁴ http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_esp.pdf



2.2.1.4.4. De la Secretaría

El secretario, es elegido por la Corte por cuatro votos conformes, por un periodo de cinco años, los requisitos para asumir el cargo es tener los conocimientos jurídicos necesarios para ejercer el cargo y de los idiomas de la Organización de Estados Americanos.

2.2.1.4.4.1. Son funciones de la secretaria de la Corte:

- a. Notificar las sentencias, opiniones consultivas, resoluciones y demás decisiones de la Corte;
- b. Llevar las actas de las sesiones de la Corte;
- c. Asistir a las reuniones que celebre la Corte dentro o fuera de su sede;
- d. Tramitar la correspondencia de la Corte;
- e. Certificar la autenticidad de documentos;
- f. Dirigir la administración de la Corte, de acuerdo con las instrucciones de la Presidencia;
- g. Preparar los proyectos de programas de trabajo, reglamentos y presupuestos de la Corte;
- h. Planificar, dirigir y coordinar el trabajo del personal de la Corte;
- i. Ejecutar las tareas que le sean encomendadas por la Corte o por la Presidencia;
- j. Las demás establecidas en el Estatuto o en este Reglamento.



De acuerdo a lo expresado la secretaria, es un órgano de apoyo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cumplimiento de sus funciones

2.2.1.5. Funciones de la Corte Inter Americana

La principal función de la CIDH es el examen de casos y emisión de sentencias en las que se declara la responsabilidad internacional de los Estados parte, que hayan ratificado la competencia contenciosa de la Corte. Dentro de este aspecto estamos refiriéndonos a la función jurisdiccional de la CIDH, la cual es vinculante, es decir, es de obligatorio cumplimiento para los Estados partes, recordemos que antes de darse el cambio del reglamento de la CIDH, solo se podía acceder a la misma mediante la Comisión Inter Americana de Derechos Humanos, es decir, se podía recurrir a la Corte, cuando previamente se haya interpuesto una denuncia de violación de derechos humanos ante la Comisión y esta consideraba que la denuncia, debía ser sometida a la competencia de la Corte.

Otro de los requisitos es el agotamiento de la Vía Interna, lo cual determinaba que el ciudadano debía previamente accionar ante los Tribunales Internos, para la defensa de sus Derechos.

Bajo la función jurisdiccional, se generan los criterios y estándares que dan contenido los Derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y los diversos instrumentos que forman parte del Sistema Interamericano, esta viene hacer una labor fundamental de la Corte, puesto que mediante ella no solo resuelve el caso en concreto, sino sus criterios jurisprudenciales son de aplicación erga omnes, puesto al determinar los



contenidos de los derechos humanos establecidos en la Convención, determina los alcances de los mismos y las obligaciones de los Estados, para hacer tangibles su vigencia.

En el Perú, esta función alcanza mayor importancia puesto que el Código de Procedimientos Constitucionales, establece que los Derechos Humanos se interpretan de acuerdo a los Tratados Internacionales y a la Jurisprudencia de los Tribunales Internacionales³⁵.

En 25 años de función contenciosa (1979-20117) la Corte ha conocido un total de 264 Casos dictando 306 sentencias ocurridos en 22 Estados del continente americano, respecto a lo cual 85 sentencias han sido dictadas contra el Perú³⁶.

En los últimos 40 años, la Corte IDH ha dictado muchas sentencias importantes. Sus fallos son vinculantes para los Estados que han aceptado su jurisdicción y han obligado a los gobiernos a reformar su legislación y la práctica judicial y administrativa en muchos campos. Los temas sobre los cuales la Corte IDH ha dictado sentencia se refieren, entre otros, al derecho a la vida, a la tortura, a la desaparición forzada de personas, a la pena de muerte, a las garantías de debido proceso y a la protección judicial, a la protección consular, a la libertad de pensamiento y expresión y su protección en armonía

³⁵ CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL LEY N° 28237
Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

³⁶ Datos obtenidos de CORTE IDH 40 AÑOS PROTEGIENDO DERECHOS



con otros derechos, al acceso a la información, a los derechos de los niños y las niñas y de la familia, a los derechos de la mujer y a los derechos políticos. Recientemente, la Corte IDH ha abordado nuevos temas tales como el principio de no discriminación basado en la orientación sexual y la identidad de género, los métodos de fertilización in vitro, la esclavitud contemporánea y la trata de personas, los derechos de los pueblos indígenas y la consulta previa, entre muchos otros. A través de la jurisprudencia de la Corte IDH, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha convertido en un instrumento dinámico en la respuesta a los nuevos desafíos sociales y a la promoción del Estado de Derecho y la Democracia en las Américas (Corte Inter Americana de Derechos Humanos , 2018, pág. 16).

De esta función contenciosa deriva la labor de dar seguimiento al cumplimiento de los Estados de los puntos resolutive de las sentencias.

El seguimiento de las decisiones de la Corte IDH constituye un tema pertinente, puesto que integra desde una perspectiva dogmática del concepto de la justicia eficaz. **Así, la eficacia de la justicia debe evaluarse más allá de la mera emisión de la sentencia de la Corte IDH**, puesto que el impacto de la misma no debe medirse exclusivamente desde el valor reparatorio que per se constituye, sino que debe meritarse particularmente el nivel de cumplimiento que se observa por parte del Estado cuya responsabilidad internacional fue determinada (Urbina, 2017, pág. 331). (el resalto es nuestro)



La facultad de la Corte, de supervisar sus Sentencias es inherente al ejercicio de sus facultades jurisdiccionales y tiene por objetivo que las reparaciones ordenadas por este Tribunal para el caso en concreto efectivamente se cumplan o implementen. Asimismo, cabe resaltar que la facultad de la Corte de realizar la supervisión de sus Sentencias y demás decisiones es una de las atribuciones más relevantes de este Tribunal para la protección de los derechos humanos, ya que la implementación efectiva de las decisiones de la Corte es la pieza clave de la verdadera vigencia y eficacia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina, 2015).

Este es una función importante, en la medida que con frecuencia se pone en cuestión la efectividad de las resoluciones de la CIDH, al no contar con mecanismos para dar cumplimiento de sus resoluciones, en consecuencia, esta función tiene por finalidad que sus resoluciones no sean simplemente declarativas, por el contrario, se busca la efectividad de las mismas lo cual determinara una mayor protección de los Derechos Humanos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Dentro de las funciones de la Corte IDH, también se encuentra la posibilidad de ordenar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas en los asuntos que este conociendo o de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



Para Antonio Cançado Trindade, Citado por Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya, 2010, pág. 129, señala en referencia a las medidas provisionales que:

“Es en el ámbito de este último que las medidas provisionales se liberan del formalismo jurídico de la ciencia jurídica del pasado. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las medidas provisionales van más allá en materia de protección, revelando un alcance sin precedentes: en el presente dominio, tales medidas, además de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a la persona humana como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”

“Pero es evidente que las providencias o medidas cautelares tienen mayor significado en el derecho internacional de los derechos humanos, pues en esa materia, más que en ninguna otra, es imprescindible evitar que durante la tramitación de un procedimiento ante los órganos tutelares (...), se consume de manera irreparable las violaciones de los derechos establecidos en los convenios internacionales respectivos, o se afecte a las personas que deben comparecer o han comparecido como testigos o peritos en estos procedimientos”³⁷ .

Las medidas provisionales dictas por la Corte Inter Americana, tiene por finalidad, no el cumplimiento de sus resoluciones, sino que los hechos

³⁷ Héctor Fix-Zamudio, Prólogo al compendio de Resoluciones de la Corte, Medidas provisionales, Publicaciones de la OEA, 1987-1996, E: núm. 1, 1996, p. VIII.



violatorios de los derechos humanos cese y de esa forma su violación sea irreparable, con estas medidas provisionales se busca que las resoluciones de la Corte Interamericana tengan efectividad, puesto que sentido tendría dictar una sentencia cuando el hecho violatorio fue consumado y la vulneración de un derecho sea irreparable.

En las medidas provisionales expresaran, de igual forma, el contenido de los derechos protegidos por la Convención de Derechos Humanos, entre ellos el Derecho a la Libertad, en consecuencia, al dictarse una a medida provisional se establecerá que aspectos y con qué actos y omisiones se han vulnerado de un determinado derecho, lo cual da la posibilidad de determinar el contenido de un derecho en concreto, en el caso que no ocupa será el de la libertad.

Asimismo, la Corte tiene la facultad para emitir Opiniones Consultivas, para interpretar el alcance de cualquiera de las disposiciones de la CADH o de otros Tratados Internacionales, sobre protección a derechos humanos en los Estados Americanos. El objetivo de la función consultiva por parte de la Corte, es ayudar a los Estados a respetar sus obligaciones internacionales y a los órganos de la OEA a cumplir con sus funciones encomendadas; Actualmente la función consultiva de la Corte IDH es la más amplia y activa de los sistemas regionales de protección al contar con 24 opiniones consultivas, hasta el año 2018.

La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está definida en su esencia en el Artículo 64°) en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que le atribuye en los siguientes términos:



1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales

Por la función consultiva de la Corte es interpretar la Convención y los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, estando al diccionario de la Lengua Española ello implica: “*Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto*”. Por lo que, cuando uno de los Estado partes solicitan una consulta respecto a la Convención y otros Tratados de Derechos Humanos, la Corte da a conocer, mediante su función consultiva, como se debe de entender el contenido de un determinado derecho protegido por dichos Tratados; es la Corte mediante esta función consultiva la que establece los alcances de un determinado derecho, por otro lado, establece las obligaciones, es decir, las acciones que deben adoptar los Estados partes, para la vigencia plena de los Derechos Humanos.



2.2.1.6. Procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.2.1.6.1. Presentación de Denuncias ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

De acuerdo con la Convención Americana, sólo los Estados Partes y la Comisión Inter Americana, tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte. En consecuencia, el Tribunal no puede atender peticiones formuladas por individuos u organizaciones. De esta manera, los individuos u organizaciones que consideren que existe una situación violatoria de las disposiciones de la Convención y deseen acudir al Sistema Interamericano, deben dirigir sus denuncias a la Comisión Interamericana, la cual es competente para conocer peticiones que le presente cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado Parte.

Para que un caso llegue a la Corte es necesario que se hayan completado todas las etapas del procedimiento ante la Comisión. Esto implica la presentación de una denuncia; la posibilidad de que el Estado contra el cual ella se presenta conteste; un período de prueba; la posibilidad de que el Estado y presunta víctima se pongan de acuerdo en un arreglo amistoso; y la adopción de un primer informe por la Comisión y su transmisión al Estado, haciéndole saber, si considera que ha habido una violación, cuál es ella, y haciendo recomendaciones para que sean cumplidas dentro de un plazo (Quiroga, 2011, pág. 117).



2.2.1.6.2. Competencia de la Corte Interamericana de Derechos de Derechos Humanos

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido su competencia contenciosa. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención Americana, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte.

2.2.1.6.3. Plazo de los Procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos de Derechos Humanos

El promedio de duración del procedimiento de un caso contencioso ante la Corte es de aproximadamente 22.2 meses. Este tiempo se considera desde la fecha de sometimiento de un caso ante la Corte, hasta la fecha de emisión de sentencia de reparaciones por parte de la Corte.

2.2.1.6.4. Presentación de Amicus Curiae ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

De acuerdo a la Defensoría del Pueblo de Perú, el Amicus Curiae, bien hacer: El amicus curiae –expresión latina que se puede traducir como “amigo del Tribunal”– es un informe escrito que puede ser presentado por una persona natural o jurídica que, a pesar de no tener un interés directo en el caso, interviene en él para defender un interés de trascendencia general, como cuando está en juego la defensa de los derechos fundamentales.



De este modo, el sistema judicial permite que aquellos que no son parte de un proceso aporten al juez argumentos en lo que poseen una reconocida experiencia o conocimiento. Por esta especial naturaleza, el *amicus curiae* no tiene efectos vinculantes para el juez a quien va dirigido, pues su objetivo no es “obligarlo” a compartir los argumentos aportados, pues ello supondría una afectación a su independencia.

Por el contrario, el *Amicus Curiae*, busca reforzar dicha independencia, garantizando que los jueces adopten sus decisiones luego de contrastar debidamente los diferentes puntos de vista aplicables al caso, lo que abona en la credibilidad de la actuación de los órganos jurisdiccionales.

Por su parte la Corte Interamericana, en referencia al *amicus curiae*, señala que: Son escritos realizados por terceros ajenos a un caso, que ofrecen voluntariamente su opinión respecto a algún aspecto relacionado con el mismo, para colaborar con el Tribunal en la resolución de la sentencia.

De acuerdo a lo anterior el denominado el “Amigo del Tribunal o Juez”, es un recurso presentado por un tercero, que cuenta con legitimidad y experiencia en la labor de promoción y protección de los derechos humanos, lo cual le permite presentar un escrito ante el Tribunal o Juez, a efecto que sus argumentos sean tomados en consideración al momento de resolver un caso de trascendencia social y que tenga relación con la vigencia de los derechos humanos en un determinado país del continente.



2.2.1.6.5. La Visitas a los Territorios de los Estado

En un primer momento nos referiremos a las visitas in loco constituyen el método más utilizado por organismos internacionales como la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre otros, para observarlos estándares nacionales de protección de los derechos humanos.

El objetivo principal de una observación in situ, es dilucidar los hechos denunciados individual o colectivamente, investigar las circunstancias que los rodean y consignar estos en un informe objetivo, el que posteriormente se presenta ante los órganos direccionales de la organización y se hace público.

La Comisión también realiza visitas in loco, con la finalidad de analizar temas específicos que son materia de relatorías, como las condiciones de los centros penitenciarios y el status jurídico de los detenidos; la situación de los trabajadores migrantes y sus familias; la libertad de expresión; la situación de la mujer; la niñez; y los pueblos indígenas. Estas relatorías tienen como objetivo principal presentar un estudio, a nivel hemisférico, sobre los temas mencionados, basándose fundamentalmente en las observaciones in situ que la Comisión realiza en los Estados que la invitan (Lawyers Capacitaciones, 2018)

En referencia a este punto las labores de la Corte son estrictamente judiciales y se atañen a la competencia que le otorga la Convención Americana, en atención a sus tres funciones, contenciosa, cautelar y consultiva.



Por lo que esta no podría, por ejemplo, conocer la situación general de derechos humanos de un Estado o realizar visitas in loco, como aquellas de competencia de la Comisión. Sin embargo, conforme lo dispuesto en el artículo 58°) del Reglamento de la Corte, ésta puede requerir “en cualquier estado de la causa”, la realización de diligencias probatorias en el marco de la tramitación de un caso contencioso. Utilizando esta facultad, la Corte ha realizado visitas in situ en los territorios de los Estados en el marco de la tramitación de casos concretos. Por ejemplo, durante el 2015, el Tribunal realizó tres diligencias judiciales en el marco de la tramitación de los Casos Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam, Comunidad Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras y Comunidad Garífuna de Punta Piedra Vs. Honduras en los territorios de los Estados de Honduras y Surinam.

2.2.1.6.6. Naturaleza de la Información de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

De acuerdo al Reglamento, la Corte puede hacer públicos los siguientes documentos: Sus sentencias y otras decisiones, incluyendo los votos razonados, disidentes o concurrentes, cuando cumplan los requisitos señalados en Reglamento de la Corte; las piezas del expediente, excepto las que sean consideradas irrelevantes o inconvenientes; el desarrollo de las audiencias a través del medio tecnológico que corresponda; y todo documento que se considere conveniente.

Asimismo, los documentos depositados en la Secretaría de la Corte, concernientes a casos ya sentenciados, son accesibles al público, salvo que la Corte haya resuelto otra cosa.



2.2.1.6.7. Las Sentencias de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos

Sentencia deriva del latín Sentiendo, por expresar lo que opina, es aquella resolución que se pronuncia sobre la litis del proceso poniendo fin a la instancia. / Parte última de proceso judicial, por la cual el juez debe resolver con relevancia jurídica el conflicto de intereses, aplicando con criterio lógico el derecho que corresponde a cada caso concreto para la resolución de la controversia (Poder Judicial del Perú , 2007)

La sentencia viene hacer la resolución la última resolución del proceso poniendo fin a la controversia que fue sometida a su competencia, resolución que debe ser debidamente motiva³⁸. Al respecto, este Colegiado (STC 8125-2005-PHC/TC, FJ 11) ha señalado que: “[l]a exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...).” (SERVICIOS POSTALES DEL PERÚ S.A. -

³⁸ Constitución Política del Perú
Principios de la Administración de Justicia

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(.....) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.



SERPOST S.A.Representado(a) por MARIELA ROXANA OJEDA CISNEROS - ABOGADA Y APODERADA JUDICIAL, 2014).

De ello se desprende que el juez debe dar las razones debidamente fundamentadas por que resolvió la controversia de una y otra forma, dicha fundamentación debe de darse teniendo como fundamento los hechos discutidos durante el proceso, así como, las normas jurídicas que son de aplicación al mismo, en la cual el juez deberá dar su racionamiento en referencia las aplicación del derecho en una manera determinada, es decir, el magistrado deberá de dar el procedimiento racional, que realizo para la aplicación de una norma al caso concreto.

Esta obligación de motivación de las Sentencias, igualmente se extiende a la Corte Inter Americana de Derechos Humanos por disposición del Artículo 66° numeral 1°) de CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José) ³⁹, lo cual determina que la Corte debe dar una (Rescia, 2012) motivación circunstanciada de la sentencia, señalando y justificando especialmente los medios de convicción en que se sustenta y los que desecha.

Este proceso implica la deliberación de los Jueces en el período de sesiones en el que se haya previsto la emisión de la Sentencia. El proceso de deliberación puede durar varios días durante un período de sesiones e incluso, debido a su complejidad, puede ser suspendido y reiniciado en un próximo

³⁹ Sección 3. Procedimiento
Artículo 66
1. El fallo de la Corte será motivado



período de sesiones. En esta etapa se da lectura al proyecto de sentencia, previamente revisado por los Jueces, y se genera el espacio para el debate respecto a los puntos controvertidos, es decir, se consideran de manera amplia y vigorosa las diferentes decisiones jurídicas involucradas. Asimismo, se realiza un estudio minucioso sobre la prueba aportada en el expediente del caso y los argumentos de las partes en todas las etapas del procedimiento.

Si los Jueces solicitan el cambio o modificación de algún aspecto del proyecto, se trabaja inmediatamente en una nueva propuesta que se somete a consideración y votación de los Jueces. Así, en el marco de dicha deliberación se van discutiendo y aprobando los diferentes párrafos del proyecto hasta llegar a los puntos resolutive de la sentencia que son objeto de votación final por parte de los Jueces de la Corte. En algunos casos los Jueces presentan votos disidentes o concurrentes al sentido de la Sentencia, los cuales constituirán parte de la misma. El resultado de dicha deliberación es la sentencia definitiva e inapelable del caso (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2019, pág. 20)

De lo anterior se desprende que las Sentencias de la Corte Inter Americana son adecuadamente deliberadas en una o más sesiones, se hace sentencia por mayoría de votos, sin embargo, los jueces pueden tener un voto discordante, el cual es parte de la sentencia. Finalmente, la sentencia esta es inimpugnable, en consecuencia, la Corte Inter Americana, actúa como única instancia.

En caso de que alguna de las partes intervinientes en el proceso, estuviere en desacuerdo sobre el sentido o alcance de la sentencia en cuestión, o no tiene



la claridad sobre cómo se debe de ejecutar la Sentencia, puede recurrir ante la Corte a efecto que realice una interpretación de la sentencia dictada. La interpretación la realiza la Corte, a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que ésta se presente dentro de los noventa días, contados a partir de la fecha de la notificación del fallo.

En el marco de la presente investigación las sentencias de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos, deviene en fundamental puesto que en ella se determina el Contenido de los Derechos Humanos protegidos por la convención Americana de Derechos Humanos, es decir, se establece los alcances de los mismos entre ellos el derecho a la libertad. *“El contenido de los derechos humanos reside entonces en las condiciones formales para la institucionalización legal de los procesos discursivos de formación de la opinión y de la voluntad por medio de los cuales es posible ejercer la soberanía del pueblo”*⁴⁰, en consecuencia, el contenido de los Derechos Humanos, vienen hacer las condiciones que deben dar los Estados, a efecto que los derechos ciudadanos se concreten.

2.2.1.6.8. El control de Convencionalidad

El control de convencionalidad presupone la interrelación de los Tribunales Nacionales y los Tribunales Internacionales en materia de derechos humanos. Y puede darse en dos niveles:

⁴⁰ Jürgen Habermas, “Derechos humanos y soberanía popular. La versión liberal y republicana.”, 279



a) **Internacional:** el control de convencionalidad consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, CADH), disponiendo la reforma, abrogación o inaplicación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y a la vigencia de tal Convención y de otros instrumentos internacionales en este campo.

Igualmente, procede en el supuesto de que el Estado no haya cumplido con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2 CADH) para garantizar el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Convención. Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante, la Corte), por vía jurisprudencial, impone al Estado a tomar medidas legislativas o de otro carácter para lograr tal finalidad. Este control puede alcanzar a la normativa en general (leyes, reglamentos, etc.), y a la Constitución, esto último no tan frecuente y con alcances limitados (véase como excepción notable el caso «La última tentación de Cristo» de 2006). Pero aquí nos centramos en el primer supuesto. Y en el entendido de que es un control a nivel supranacional.

a) **Interno:** Esta modalidad se despliega en sede nacional, y se encuentra a cargo de los magistrados locales. Consiste en la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos), y a los estándares interpretativos que la Corte ha formulado a través de su jurisprudencia. Se efectúa una interpretación de las



prácticas internas a la luz o al amparo del corpus iuris básico en materia de derechos humanos, y sobre lo cual la Corte ejerce competencia material, que se expresa en su jurisprudencia. Desde este punto de vista, el control de convencionalidad es un principio que, debidamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en cada Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales (Domingo García Belaunde José F. Palomino Manchego, 2013, pág. 224).

En consecuencia, la Corte, mediante su función de Convencionalidad, realizada mediante su jurisprudencia, determina que los Estados adecuen su legislación interna, a efecto que esta sea compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos, recordemos que el Poder Legislativo, a través de su facultad de dación de leyes puede restringir derechos, restricciones que pueden ser incompatibles con la Convención, es decir, puede establecer parámetros legislativos que devienen en limitativos al ejercicio de los Derechos Humanos contenidos en la Convención Americana.

Igualmente, esta limitación puede también venir de la Administración, puesto mediante su competencia de reglamentar leyes, los Gobiernos Locales o Regionales, pueden dictar actos administrativos incompatible con la Convención, por lo tanto, pueden ser objeto del Test de Convencionalidad.

2.2.1.7. Limitaciones de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos



2.2.1.7.1. Legislación Interna y Tratados Internacionales

No todos los Estados Partes, tienen una uniformidad en referencia a como se debe aplicar en su jurisdicción interna la Convención Americana de Derechos Humanos, así como, la Jurisprudencia de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos, así, por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos a determinado que los: “derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”. Estando a lo citado, en México, se prioriza el ordenamiento Constitucional, antes que el Internacional.

Por otro lado, los Estados Partes, alegando soberanía nacional, pueden dictar normas que contravenga a la Convención, es decir, que restrinjan derechos reconocidos, en la misma, y los Estados no apliquen la Jurisprudencia de la Corte, así como, lo señalado en sus Opiniones Consultivas.

El incumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, como en el caso de Costa Rica, es un problema que debe merecer la mayor atención de quienes estamos comprometidos con el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ross no dudaba de que el derecho internacional era Derecho, pero lo distinguía del derecho interno pues afirmaba que era menos efectivo en la medida en que sus sanciones consistían «casi completamente en la desaprobación moral» (1971: 92). Eso es precisamente lo que sucede



con el art. 65°) de la Convención Americana que, a manera de sanción, establece que los casos de incumplimiento deben incluirse en el informe que la Corte IDH, que remite anualmente a la Asamblea General de la OEA 22. Sin embargo, esta deficiencia no debería ser reemplazada por decisiones de la Corte IDH que exceden los límites del Derecho; y creo que quienes están de acuerdo con que restablezca la vigencia del Decreto núm. 39210-MP-S no son plenamente conscientes de todo lo que se pierde con ello (Villanueva Flores, 2017, pág. 166).

2.2.1.7.2. Alcances de la Competencia Territorial de la Corte.

..... 19. Un primer grupo de limitaciones se deriva de la circunstancia de que la Corte está concebida como una institución judicial del sistema interamericano. A este respecto, cabe destacar que es justamente en su función consultiva, que se pone de relieve el papel de este tribunal, no sólo dentro de la Convención, sino también dentro del sistema en su conjunto. Ese papel se manifiesta, **ratione materiae**, en la competencia que se reconoce a la Corte para interpretar por vía consultiva otros tratados internacionales diferentes de la Convención; y, además, **ratione personae**, en la facultad de consulta, que no se extiende solamente a la totalidad de los órganos mencionados en el Capítulo X de la Carta de la OEA, sino asimismo a todo Estado Miembro de ésta, aunque no sea parte de la Convención (OPINIÓN CONSULTIVA , 1982).

Este punto es de importancia si consideramos que solo 25 Estados han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, sin embargo, son



35 Países miembros de la Organización de Estados Americanos. Estando a los señalado por la Corte Interamericana y en aplicación de principio *ratione personae*, la facultad Consultiva de la Corte, no solo abarca a los Estados que han ratificado la Convención, sino a todos, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos.

Sin embargo, este punto es controversial, si tenemos en consideración que una Convención son instrumentos de carácter normativo, en donde existe una concordancia de voluntades entre dos o más sujetos de Derecho Internacional, destinados a producir efectos jurídicos y con el fin de crear derechos y obligaciones entre las Partes. En consecuencia, se puede aplicar los criterios de la Corte Interamericana, establecidos en una Opinión Consultiva, a un Estado que no ha suscrito voluntariamente la Convención, en este aspecto se deberá tener en consideración los Principios de la Organización de los Estados Americanos y la finalidad que tiene una Opinión Consultiva.

2.2.1.7.3. Accesibilidad de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos

Como hemos puntualizado la Corte Inter Americana de Derechos Humanos, tiene su sede en San José de Costa Rica, teniendo competencia en 25 países de las Américas, en referencia a ellos en los últimos años la Corte Inter Americana de Derechos Humanos, ha realizado denodados esfuerzos a efecto de dar a conocer sus competencias, y los procedimientos que se deben realizar a efecto que los ciudadanos recurran a ella, a efecto de buscar la protección de sus derechos que consideran vulnerados.



Sin embargo, dichos esfuerzos considero que aún no han sido suficientes, sino no van aparejados de establecer mecanismos que posibiliten a los ciudadanos de las Américas, una mayor accesibilidad a la Corte, en ese sentido tenemos que considerar que un ciudadano para acceder a la Corte, previamente debe agotar la vía interna, luego de ello solo podrá acceder a la Corte, a través la Comisión Inter Americana de Derechos Humanos, camino bastante largo que puede desalentar recurrir a la Corte, por ejemplo en el caso de los Pueblos Indígenas, solo podrán acceder a la Corte, solo si cuentan con el acompañamiento de una Organización Gubernamental, lo cual dificulta aún más su accesibilidad a esta instancia Internacional.

2.2.2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

2.2.2.1. Concepto de Tribunal Constitucional Peruano

El artículo 201° de la Constitución establece: *«El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente».*

El artículo 1.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone:
Artículo 1.- El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica.

Por tanto, conforme al ordenamiento constitucional, el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Solo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica,



es autónomo e independiente, y es, en definitiva, un órgano constitucional.
(Saravia, 2014, pág. 68)

De acuerdo a lo anterior se determina, desde mi punto de vista que el Tribunal Constitucional, solo vendría a ser el Órgano Supremo, que tendría solo dos funciones el Control de la Constitucionalidad de las Leyes e Interpretación de las mismas, sin embargo, en los conceptos señalados no se hace referencia a una de las funciones fundamentales que viene hacer vía la tramitación del recurso de Agravio Constitucional, que mediante los cuales realiza la protección de los derechos Constituciones de las Personas y de la Comunidad. Por otro lado, se determina que el Tribunal Constitucional es un Órgano Constitucional, es decir, que es creado por la Constitución Política del Estado, y solo su Ley Orgánica, determina el desarrollo de dicho precepto constitucional.

Igualmente, deviene en importante la característica de que este es Autónomo e Independiente. En referencia a estas características señalamos que se cuestiona la independencia que pueda tener este tribunal principalmente frente a las organizaciones políticas, puesto que en algunos de los casos ha traslucido las preferencias políticas que tienen algunos de sus miembros

2.2.2.2. Naturaleza del Tribunal Constitucional Peruano.

El Tribunal Constitucional [sic] si bien es **un órgano jurisdiccional**, se diferencia de la actividad del Poder Judicial, por cuanto la jurisdicción constitucional **entra dentro del dominio de lo político**. Es que como ha recordado Leibholz: «bajo cada litigio constitucional se esconde una cuestión



política susceptible de convertirse en un problema de poder». Por ello, las sentencias constitucionales tienen, en determinadas circunstancias, un extraordinario impacto en el juego político del Estado y la nación. Para lo cual en el Perú está concebido el Tribunal Constitucional (Landa Arroyo, 2001, pág. 44).(el resaltado es nuestro)

Es, pues, cierto que el Tribunal decide conflictos políticos, pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos, y esto no sólo formalmente, según la famosa objeción de Schmitt (la justicia constitucional como política justizförmig o en forma judicial), sino materialmente, administering the law by processes of rigorous legal logic, administrando el Derecho por cauces de rigurosa lógica jurídica, o, en términos del juez Frankfurter, esforzándose por alcanzar «the achievement of justice between man and man, between man and state, through reason called law» (la realización de la justicia entre hombre y hombre, entre hombre y Estado, por medio de la razón llamada Derecho) (García de Enterría, 1994, pág. 178)

Para Manuel García Pelayo, citado por (Morales Saravia, 2014, pág. 69), señala que:

El Tribunal Constitucional decide en forma de sentencia, con arreglo a unas normas preestablecidas y siguiendo un procedimiento contradictorio, sobre las pretensiones formuladas en términos de Derecho, que le someten las partes legitimadas para ello por la Constitución y la LOTC. Es, pues, un verdadero Tribunal, si bien posee unas notas peculiares –en parte consecuencia de su carácter de órgano constitucional– que le dan un perfil propio.



Estando a las funciones del Tribunal Constitucional Peruano, este tiene una naturaleza política, en tanto que regula las relaciones entre los diferentes Poderes del Estado, principalmente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, en referencia a ello el Tribunal Constitucional Peruano, ha señalado:

74. Como ha sido posible de advertir, las tensiones políticas han sido moneda frecuente en nuestra vida republicana. Y ello independientemente de si la fórmula adoptada por los distintos constituyentes diera preeminencia al Ejecutivo y al Legislativo. El buen manejo de las instituciones, finalmente, depende de la madurez y la responsabilidad de las personas que ostentan altos cargos en la administración pública. Con cierto nivel de pesimismo, sostenía Francisco García Calderón en 1907 que, en el Perú, “(s)e ensayó la dictadura y la confederación, el despotismo de las asambleas y el despotismo militar. Pero no existía nada seguro en este tanteo hacia lo desconocido” [García Calderón, Francisco (2001). El Perú Contemporáneo. Obras Escogidas I. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, p. 153]. Hoy, y a diferencia de los momentos históricos que se han reseñado en esta sentencia, **este Tribunal tiene la oportunidad y la responsabilidad de resolver esta controversia y, con ello, apuntar a un futuro que permita la consolidación de las instituciones democráticas.** Para ello, nos toca evaluar si es que el Presidente de la República ha obrado o no dentro del marco de lo constitucionalmente posible o, por el contrario, lo ha hecho de forma contraria al espíritu y



literalidad de la Constitución de 1993. Para determinar ello, este Tribunal estima que es necesario examinar el contexto que generó el conflicto entre el Ejecutivo y el Legislativo en el período 2016-2019 (Caso sobre la disolución del Congreso de la República, 2020) (el resaltado es nuestro).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, mediante la Interpretación Constitucional, bajo el Principio de Correccional, determina las funciones que le compete a cada Órgano del Estado sin que estas sean desvirtuadas⁴¹, lo cual, viene hacer una función política, por ejemplo: regula las relaciones entre el Poder Ejecutivo y lo Gobiernos Regionales, es decir, no solo regula las relaciones entre Poder Ejecutivo y Poder Legislativos, sino entre el Órgano de Gobierno Central y el los Gobiernos Regionales.

Si bien es cierto, el Tribunal Constitucional Peruano, tiene una naturaleza Política, sin embargo, su función igualmente tiene una naturaleza Jurisdiccional, puesto que sus procedimientos deben respetar las normas del Debido Proceso Material, es decir, que la demandada debe de ser adecuadamente emplazada, respetando el derecho de defensa, se deben cumplir con los plazos fijados por la Ley para los Procedimientos Constitucionales, sus resoluciones deben ser debidamente motivadas, por lo

⁴¹ *El principio de corrección funcional supone exigir al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado (FJ 12. c) <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>*



que el Tribunal Constitucional, en su actuar debe de respetar los Principios Constitucionales Jurisdiccionales. Al respecto se señala:

“El Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional, que sólo puede intervenir a demanda de una parte legitimada y para resolver una cuestión jurídica, y sus resoluciones tienen a la Constitución como único principio y fin, porque es el máximo intérprete y aplicador de los preceptos constitucionales”⁴²

2.2.2.3. Competencias del Tribunal Constitucional Peruano

De conformidad al artículo Constitucional 202°), son competencias del Tribunal Constitucional:

- a) Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
- b) Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
- c) Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

⁴² Moreno Catena, Víctor, «Prólogo», en: Oubiña Barbolla, Sabela, El Tribunal Constitucional. Pasado, presente y futuro, ob. cit. pág. 25.



2.2.2.3.1. Conocer, la acción de inconstitucionalidad.

La unidad, coherencia y plenitud del orden jurídico respondían a una concepción jerárquica de su estructura y funcionamiento. La idea kelseniana de la «norma fundamental» (Grundnorm), evocaba la imagen de una norma suprema y que, por ser la primera, no tenía por encima otra norma superior o previa. Este rango primero o último, según se quiera entender, imprimía a todo el ordenamiento una estricta conformación jerarquizada, en la que a tenor de la célebre teoría kelseniana de la formación del orden jurídico por grados o peldaños (Stufenbau der Rechtsordnung), la validez de cada norma se hacía depender de su estricta vinculación y origen en una norma inmediatamente superior. (ANTONIO-ENRIQUE, 2007, pág. 508)

De lo dicho se tiene que una norma a efecto de tener la suficiente validez debe estar conforme a la norma fundamental: la Constitución Política del Estado, es decir, no debe ser inconstitucional. Dentro de nuestro ordenamiento, la declaración de la Constitucionalidad de las Normas, tiene un carácter Dual, puesto mediante dos procedimientos se puede establecer la Constitucionalidad, de la norma: El Control Difuso y el Control Concentrado.

El control Difuso⁴³, es el que realiza el magistrado en su labor jurisdiccional, lo cual determina que de darse una incompatibilidad entre una norma

⁴³ Constitución Política del Estado

Administración de Justicia. Control difuso

Artículo 138.-

(...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.



ordinaria y una constitucional el Juez, deberá de aplicar la norma Constitucional.

El control Concentrado, el control de la supremacía de la Constitución esta encargada a un determinado Órgano, en el caso de Perú, al Tribunal Constitucional, en el cual vía la acción de inconstitucionalidad expulsa del ordenamiento jurídico a una norma contraria la Constitución.

7. Es así también que en nuestro país ha asumido el denominado sistema dual, en el que encontramos que coexisten tanto el control de constitucionalidad difuso como el concentrado. Es así que nuestra Constitución ha otorgado el Control Difuso al Poder Judicial como poder exclusivo capaz de resolver controversias (artículo 138° de la Constitución Política), y otorgándole al Tribunal Constitucional –órgano encargado de la Constitucionalidad de las leyes, denominado interprete de la Constitución Política del Estado– la facultad exclusiva para realizar el control concentrado de las normas leyes, teniendo también la facultad de aplicar el control difuso, por el Poder Judicial. Resumiendo, encontramos que el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional ostentan a exclusividad la facultad de aplicar el control difuso, quedando sólo en manos del Tribunal Constitucional el ejercicio del control concentrado. En el supuesto referido a la aplicación del control concentrado por parte del Tribunal Constitucional, éste analiza la norma legal cuya constitucionalidad se cuestiona a luz de la Constitución y la interpreta, verificando su compatibilidad con la Carta constitucional, siendo sus efectos *erga omnes*, en el supuesto referido a la aplicación del control difuso el Tribunal Constitucional analiza la norma en un caso concreto



resolviendo, de ser el caso, su inaplicación por advertirse que la ley cuya aplicación se solicita contraviene principios y valores constitucionales. En conclusión, el control de la constitucionalidad de las leyes ha sido exclusivamente señalado para dos órganos: Los Jueces en el Poder Judicial (Control Difuso) y el Tribunal Constitucional (Control Difuso y Concentrado) (ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA, 2010).

Por lo que el Tribunal Constitucional, tiene la potestad de expulsar una norma del ordenamiento jurídico que, recorte el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado, como el derecho a la Libertad, pero no solo expulsa la norma inconstitucional del ordenamiento jurídico, sino que establece criterios jurisprudenciales en los que se determina el contenido de los derechos constitucionales:

6. El inciso 4) del artículo 2° de la Constitución reconoce las libertades de expresión e información. Como sostuvimos en la STC 0905-200 1-AA/TC, aun cuando históricamente la libertad de información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el referido inciso 4) del artículo 2° de la Constitución las ha reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un objeto de protección distinto. Así, mientras que **la libertad de expresión garantiza que las personas puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13° de la Convención**



Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de manera veraz. La exigencia de veracidad de la información que se propaga, también lo hemos dicho, no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes, es decir, que presente una adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido, de manera que se propague la manifestación de lo que las cosas son. (RONALD ADRIAN ARENAS CÓRDOV A, 2013, pág. 5) (el resaltado es nuestro)

2.2.2.3.2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento

En el caso peruano, el TC únicamente conoce en última instancia de aquellos procesos constitucionales de amparo, cumplimiento, hábeas data y hábeas corpus desestimatorios y que hayan sido objeto de impugnación a través del recurso extraordinario de agravio constitucional. No olvidemos, sin embargo, que existen excepciones a la regla, respecto a la procedencia del recurso de agravio constitucional (RAC) contra sentencias desestimatorias. Estamos hablando de aquellos casos excepcionales en los que la resolución impugnada no es desestimatoria, pero al modular sus efectos, se encuentra justificada su procedencia, por ejemplo: cuando se ha producido la sustracción de la materia por irreparabilidad o cese de la vulneración del derecho; cuando los efectos de la sentencia estimatoria resulten inapropiados para la tutela efectiva del derecho vulnerado; cuando se han deducido



excepciones y éstas han sido indebidamente resueltas, imposibilitando conocer el tema de fondo; cuando se hace necesario ordenar el pago de pretensiones accesorias vinculadas a la protección eficaz del derecho constitucional discutido; y, cuando se presentan vicios procesal en el proceso que han afectado directamente en la decisión. Igualmente procede el RAC contra sentencias estimatorias en aquellos supuestos donde se pretende otorgar tutela efectiva en ejecución de sentencia, por ejemplo: el RAC a favor del cumplimiento de las sentencias de Tribunal Constitucional, a favor de la ejecución de las sentencias del Poder Judicial, a favor del orden constitucional vinculado a procesos penales sobre tráfico ilícito, de drogas y/o lavado de activos, el RAC ante pedidos de represión de actos homogéneos, y frente al incumplimiento de sentencias del Tribunal Constitucional (ACUÑA CHAVEZ, 2014, pág. 120).

De conformidad a esta competencia el Tribunal Constitucional Peruano, vía el Recurso de Agravio Constitucional, puede conocer en última instancia los procesos de: amparo, cumplimiento, hábeas data y hábeas corpus, cuando estos han sido desestimado por el Órgano Jurisdiccional⁴⁴, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha determinado otros casos en los cuales se puede

⁴⁴ Código Procesal Constitucional

Artículo 18.- Recurso de agravio constitucional

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad



interponer un recurso de Agravio Constitucional, cuando la sentencia a sido estimatoria⁴⁵.

Mediante el Recurso de Agravio Constitucional, resolverá en última instancia a nivel internos las resoluciones desestimatorias dictadas por el Poder Judicial, en los procesos constitucionales que protegen los derechos ciudadano, sin embargo, igualmente vera en última instancia en algunos supuestos cuando el Poder Judicial, ha declarado fundado un proceso judicial esto es en los proceso que tengan relación con: tráfico ilícito de drogas, lavado de activos; y, terrorismo, lo cual jurisprudencialmente el Tribunal Constitucional ha ampliado los supuestos en los que procede interponer un Recurso de Agravio Constitucional en los proceso constitucionales que tienen que tienen por finalidad proteger los derechos ciudadanos.

2.2.2.3.3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley

En el caso del Perú, el artículo 202 inciso 3° de la Constitución, señala que corresponde al Tribunal Constitucional, conocer los conflictos de competencia o atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a la ley. En cuanto a las instituciones entre las cuales se puede suscitar un conflicto competencias o de atribuciones, el artículo 46 de la LOTC, precisa que puede

⁴⁵ 11. Por ello, este Tribunal considera que, en aplicación del artículo 201, de una interpretación sistemática del artículo 202 de la Constitución y conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes, es **competente para revisar, vía recurso de agravio constitucional, específicas sentencias estimatorias en los siguientes casos: a) tráfico ilícito de drogas, b) lavado de activos; y, c) terrorismo** (EXP N ° 05811-2015-PHC (el resaltado es nuestro)



darse entre los poderes del Estado, entre los órganos constitucionales, entre éstos entre sí, entre los gobiernos regionales o municipales, entre el Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipalidades y entre éstos entre sí. Asimismo, el artículo 3 de la LOTC señala que en ningún caso se puede promover un proceso de esta naturaleza respecto a las funciones asignadas al TC, lo que resulta acertado, porque si se asumiera tal posibilidad, el TC se convertiría en juez y parte (ACUÑA CHAVEZ, TESIS, 2014, pág. 122).

Recordemos que los Órganos del Estado, en su diferentes niveles pueden emitir un Acto Administrativo, en la medida que están facultados para hacerlo, es decir, solo pueden emitir un Acto Administrativo en tanto y cuando la ley les otorga dicha facultad, sin embargo, en la práctica se ha dado con frecuencia por ejemplo que los Gobiernos Regionales en el País, han dado normas que están más allá de sus competencias, entre ellos tenemos el denominado caso Hoja de Coca, en la que los Gobiernos Regionales de Cusco y Huánuco, que declaran a la planta de la Hoja de Coca como patrimonio regional natural, biológico, cultural e histórico de Cusco, y como recurso botánico integrado a la cultura y cosmovisión del mundo andino y a las costumbres y tradiciones culturales y medicinales⁴⁶, por lo que el Tribunal Constitucional a través de la Acción Competencial, delimita las competencias de los Órganos del Estado, en sus diferentes niveles de gobierno, para de esa forma no haya superposición de acciones gubernamentales, así mismo, cada nivel de gobierno asuma sus responsabilidades competenciales que le

⁴⁶ EXP. N.O 0020-2005-PI/TC EXP. N.O 0021-2005-PIITC (acumulados)



corresponda y de esa forma se atiendan adecuadamente las necesidades de las necesidades de la población.

2.2.2.3.4. Máxime Interprete de la Constitución.

Adicionalmente a las competencias Constitucionales otorgadas al Tribunal Constitucional, desarrolladas en los acápites precedentes, su Ley Orgánica del Tribunal Constitucional LEY N° 28301, le otorga una competencia adicional, al señalar que es el Órgano Supremo de Interpretación de la Constitución.

La tarea de interpretar las normas es una actividad consustancial al Derecho. Se presenta en situaciones en las que surgen controversias sobre el significado de las reglas y los encargados de hacerlo, en el caso de conflictos jurídicos, son los jueces. En el caso del Derecho Constitucional y en particular a partir de la expansión de la jurisdicción constitucional, la interpretación constitucional ha adquirido un protagonismo sustancial y el principal intérprete de la Constitución en las democracias modernas es el Tribunal Constitucional. Por ello, es indispensable tener presente las particularidades de la interpretación constitucional. Sobre esto, Jerzy Wróblesky afirma: 1.3. La interpretación constitucional aparece como un caso especial de la interpretación legal. La teoría general de la interpretación legal cubre también la interpretación constitucional, aunque hay rasgos especiales de esta última conectada con las particularidades del papel de la Constitución en el sistema jurídico, con el de su aplicación y con el de su organización institucional (Morales Saravia, El Tribunal Constitucional del Perú: organización y



funcionamiento Estado de la cuestión y propuestas de mejora, 2014, pág. 108).

Estando a lo pre citado, y a lo señalado por el Diccionario de la Real Academia Española, debemos entender que interpretar es: Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto, en consecuencia el Tribunal Constitucional, como máxime interprete de la Constitución, es el que establece el sentido de cómo se debe entender la Constitución, dentro de ello los alcances de las competencias de los Poderes del Estado, de los Órganos Constitucionales, así como, determinar los parámetros para el pleno ejercicio de los derechos Constitucionales y Fundamentales de la Persona y de la Comunidad.

Desde un punto de vista doctrinario, es posible distinguir cuatro tipos de interpretación constitucional: la interpretación de la Constitución, la interpretación desde la Constitución, la interpretación abstracta y conceptual genérica y, por último, la interpretación específica y concreta. Al respecto, veamos lo siguiente:

a) La interpretación de la Constitución. Consiste en asignar un sentido a la Constitución, a efectos de coadyuvar a su correcta aplicación a la realidad. Esta asignación requiere que previamente se precise y determine la existencia de los valores y principios constitucionales existentes en su seno.

b) La interpretación desde la Constitución. Es la que se efectúa sobre la legislación infra constitucional a partir de la respuesta hermenéutica obtenida



de la Constitución, para que aquella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

c) La interpretación abstracta y conceptual genérica. Consiste en comprender teóricamente el texto constitucional, sin necesidad de ligarlo a una contingencia real de la vida política.

d) La interpretación específica y concreta. Consiste en comprender la aplicabilidad del texto fundamental a una situación o contingencia real emanada de la vida política (GARCÍA TOMA, 2005, pág. 189).

2.2.2.4. Organización del Tribunal Constitucional Peruano

Conforme al artículo 201° de la Constitución, el Tribunal Constitucional se compone de siete miembros elegidos por cinco años. Una de las diferencias fundamentales entre un órgano constitucional colegiado y un órgano constitucional unipersonal es que la dirección y gestión del primero descansa en una pluralidad de voluntades, mientras que en el segundo descansa en una sola voluntad (Morales Saravia, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ: organización y funcionamiento, 2014, pág. 80).

Los Magistrados Constitucionales, son elegido por el Congreso de la Republica, por el periodo de cinco años, periodo que no se cumple en la mayoría de los casos, puesto que al no tener sucesores los Magistrados Constitucionales, en vista que estos no son elegidos en su oportunidad los Jueces Constitucionales, continúan en sus funciones más allá del periodo para el cual fueron electos.



Los miembros del Tribunal Constitucional⁴⁷, son elegidos, entre los candidatos propuestos por una Comisión Especial del Congreso, comisión que debe ser multi partidaria, para ser electos los Magistrados Constitucionales, deben obtener una mayoría calificada de los miembros del Congreso de la Republica, es decir, haber obtenido una votación de dos tercios del número total de Congresistas, que representan 87 votos. Esta alta votación, implica que, entre las diferentes bancadas representadas en el Congreso, debe haber un consenso para elegir a los Magistrados Constitucionales, para lo cual se debe tener en cuenta la idoneidad del candidato, su solvencia moral y académica, probada defensa del Estado Constitucional de Derecho, con convicciones democráticas sólidas, formación jurídica especializada, entre otras. Sin embargo, en los últimos tiempos tales criterios no han primado en la elección de los miembros del Tribunal Constitucional, más por el contrario se han impuesto criterios políticos, lo cual va en desmedro de la legitimidad del Tribunal, por ende en la adecuada protección de los derechos ciudadanos.

⁴⁷ Constitución Política del Estado
Artículo 201°

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema». Para ser vocal de la Corte Suprema,

Artículo 147° de la Constitución dispone: Artículo 147.- Para ser magistrado de la Corte Suprema se requiere:

1. Ser peruano de nacimiento;
2. Ser ciudadano en ejercicio;
3. Ser mayor de cuarenta y cinco años;
4. Haber sido Magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.



2.2.2.5. El funcionamiento del Tribunal Constitucional

El Artículo 5° de su ley Orgánica determina el quorum para hacer sentencia por el Tribunal Constitucional, estableciendo:

Artículo 5.- Quórum

El quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes.

De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad.

En ningún caso el Tribunal Constitucional deja de resolver. Los magistrados son irrecusables, pero pueden abstenerse de conocer algún asunto cuando tengan interés directo o indirecto o por causal de decoro. Los magistrados tampoco pueden dejar de votar, debiendo hacerlo en favor o en contra en cada oportunidad. Los fundamentos de voto y los votos singulares se emiten juntamente con la sentencia, de conformidad a la ley especial.

Para conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y de cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, el Tribunal está



constituido por dos Salas, con tres miembros cada una. Las resoluciones requieren tres votos conformes.

En caso de no reunirse el número de votos requeridos cuando ocurra alguna de las causas de vacancia que enumera el artículo 16 de esta Ley, cuando alguno de sus miembros esté impedido o para dirimir la discordia se llama a los miembros de la otra Sala, en orden de antigüedad, empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al presidente del Tribunal.

Con relación al artículo 5° de la LOTC, se debe señalar que una vez convocada la sesión de pleno y con el quorum de ley, la regla general para adoptar acuerdos de tipo jurisdiccional en los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento, es la mayoría simple de votos. En este caso, los acuerdos jurisdiccionales pueden presentar los siguientes supuestos:

a) Estando presentes siete magistrados para adoptar un acuerdo jurisdiccional, por ejemplo, una sentencia en un proceso de amparo, habeas corpus, habeas data o cumplimiento se requieren cuatro votos conformes para formar mayoría. Los otros tres votos discrepantes pueden ser uniformes o no.

b) Estando presentes siete magistrados para adoptar un acuerdo jurisdiccional, dictar sentencia en un amparo, habeas corpus, habeas datas, o cumplimiento, se puede alcanzar la mayoría solo con tres votos conformes en un sentido, dos en otro sentido, un voto en un sentido diferente a los anteriores y un voto también distinto a los anteriores. De esta manera fue en el caso Tula Benites (Exp. N.° 2364-2008-PHC/TC).



c) Estando presentes solo cinco o seis magistrados, la mayoría se alcanza igual a los supuestos expuestos en a y b. (Morales Saravia, El Tribunal Constitucional del Perú: Organización y Funcionamiento , 2014, pág. 87)

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 5°) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el quorum para declarar la Inconstitucionalidad de una Norma, varia, pues la inconstitucionalidad debe ser declarada por mayoría calificada, lo cual determina que la Inconstitucionalidad, será declarada con cinco votos conformes como lo establece el artículo 5° de su Ley Orgánica. Dicho quorum, para la declaración de la Inconstitucionalidad de una Norma, esto, tenido como fundamento que lo que se presúmeme es la Constitucionalidad de la Norma y no su Inconstitucionalidad, es decir, que se dictado la Norma, dentro de los Parámetros Constitucionales, ello en aplicación del principio de conservación de la ley⁴⁸.

Para la presente investigación, ambos aspectos son de suma importancia, puesto que, mediante un Recurso de Agravio Constitucional, posibilita al Tribunal Constitucional resolver un Proceso Constitucional, donde tendrá la facultad de determinar el contenido del Derecho que se solicita su protección, en el presente caso el Derecho a la Libertad. Igual facultad, tiene el Tribunal Constitucional al resolver una Acción de Inconstitucionalidad, teniendo en

⁴⁸ El principio de conservación de la ley. Mediante este axioma se exige al juez constitucional “salvar”, hasta donde sea razonablemente posible, la constitucionalidad de una ley impugnada, en aras de afirmar la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado (.EXP. N.° 004-2004-CC/TC)



consideración que el Poder Legislativo, mediante su función legislativa puede recortar derechos ciudadanos⁴⁹.

2.2.2.6. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

I.- La tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional

2. Sobre este tema, la doctrina ha establecido una doble clasificación: la primera distingue entre sentencias de especie o de principio, y la segunda entre sentencias estimativas o desestimativas. Veámoslas brevemente:

Respecto a la primera clasificación se tiene:

a) Las sentencias de especie se constituyen por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad a un caso particular y concreto. En este caso, la labor del juez constitucional es meramente “declarativa”, ya que se limita a aplicar la norma constitucional o los otros preceptos directamente conectados con ella.

⁴⁹ El pasado 27 de marzo de 2020 el Congreso de la República **promulgó por insistencia** la Ley N° 31012, Ley de Protección Policial, que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional. Sobre el particular la Defensoría del Pueblo, que en reiteradas oportunidades ha intervenido en la defensa de policías injustamente privados de su libertad, como ocurrió con el sub oficial Elvis Miranda, considera que esta norma no contribuye a su debida protección, pues excede nuestro marco constitucional.

Preocupa, en esa línea, la eliminación del principio de proporcionalidad, que constituye un criterio básico para la protección de la vida e integridad de todas las ciudadanas y ciudadanos. Esta disposición se encontraba recogida en el artículo 4 numeral 1 inciso c del Decreto Legislativo N° 1186 que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú. (<https://www.defensoria.gob.pe/ley-de-proteccion-policial-no-se-ajusta-a-parametros-constitucionales/>)



b) Las sentencias de principio son las que forman la jurisprudencia propiamente dicha, porque interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes.

En cuanto a estas últimas, el Tribunal Constitucional peruano ha dictado diversas sentencias emitidas en los Exps. N.º 0008-2003-AI/TC y N.º 018-2003-AI/TC, que llamaremos “instructivas”, y que se caracterizan por realizar, a partir del caso concreto, un desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los temas más importantes en discusión. Este tipo de sentencias se justifican porque tienen como finalidad orientar a los jueces con criterios que puedan utilizar en la interpretación constitucional que realicen en los procesos a su cargo y, además, porque contribuye a que los ciudadanos ejerciten mejor sus derechos.

Con relación a la segunda clasificación, debemos expresar lo siguiente:

A. Las sentencias estimativas

3. Las sentencias estimativas son aquellas que declaran fundada una demanda de inconstitucionalidad. Su consecuencia jurídica específica la eliminación o expulsión de la norma cuestionada del ordenamiento jurídico, mediante una declaración de invalidez constitucional. En dicha hipótesis, la inconstitucionalidad se produce por la colisión entre el texto de una ley o norma con rango de ley y una norma, principio o valor constitucional. Las



sentencias estimativas pueden ser de simple anulación, interpretativa propiamente dicha o interpretativas-manipulativas (normativas).

3.1. Las sentencias de simple anulación

En este caso el órgano de control constitucional resuelve dejar sin efecto una parte o la integridad del contenido de un texto. La estimación es parcial cuando se refiere a la fracción de una ley o norma con rango de ley (un artículo, un párrafo, etc.); y, por ende, ratifica la validez constitucional de las restantes disposiciones contenidas en el texto normativo impugnado. La estimación es total cuando se refiere a la plenitud de una ley o norma con rango de ley; por ende, dispone la desaparición íntegra del texto normativo impugnado del ordenamiento jurídico.

3.2. Las sentencias interpretativas propiamente dichas

En este caso el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida.

Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente.



Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado “normas nuevas”, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución.

3.3. Las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)

En este caso el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva.

La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada “eliminando” del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las “expresiones impertinentes”; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley.

La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada “agregándosele” un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo (PODER JUDICIAL, 2004).



Si bien es cierto que la clasificación antes señalada se refiere a las sentencias que dicta el Tribunal Constitucional, en un proceso de Inconstitucionalidad, sin embargo, como lo señalamos líneas arriba, mediante una Ley, el Poder Legislativo puede limitar derechos, por lo que con de una sentencia, dictada en esta tipos de procesos no solo limita a expulsar del ordenamiento jurídico una norma inconstitucional, sino a través de este proceso el Tribunal Constitucional, tiene la posibilidad de determinar el contenido de los Derechos Constitucionalmente protegidos, esta posibilidad se da principalmente cuando dicta una Sentencia de Principio, pues mediante estas el Tribunal Constitucional, determina el alcance y sentido de las normas constitucionales, llenando las lagunas y forjando verdaderos precedentes vinculantes, procedimiento mediante se llega a determinar el contenido de los Derechos Constitucionales.



CAPITULO III

PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

3.1 Aspectos Filosóficos y Sociológicos del Derecho a la Libertad

El Estado es la realidad de la libertad concreta; la libertad concreta, empero, consiste en el hecho de que la individualidad personal y sus intereses particulares tienen, tanto su pleno desenvolvimiento y reconocimiento de su derecho por sí (...) (Hegel, 1955, pág. 215)

De acuerdo a Hegel, la libertad es un derecho innato de la persona, es decir, que es una facultad de la persona por el simple hecho de serlo, de acuerdo a ello el derecho a la libertad no se da a partir de su reconocimiento jurídico, por el contrario debemos de entender su reconocimiento jurídico se da como una limitación de los estados para su intervención al derecho a la libertad, así como, determina el contenido de los derechos de las personas.

Desde esa perspectiva, la libertad se presenta como convicción individualizada que conlleva al ejercicio racional de los pensamientos, no arbitraria, no insensible de la naturaleza humana, sino como autodeterminación positiva de actuar de una u otra forma. (González Pérez, 2012, pág. 02)

Lo sostenido por Luis Raúl González Pérez, nos lleva al hecho que la libertad debe ser ejercida con racionalidad, si bien es cierto que la libertad implica que



una persona pueda hacer todo aquello que la ley no prohíba, principio constitucional fundamental, sin embargo, ello no implica que dicha libertad sea ejercida en forma arbitraria por el contrario esta debe ser ejercida racionalmente, lo cual determina que dicho ejercicio no debe afectar los derechos de otras personas, en consecuencia el ejercicio racional de la libertad se dará en tanto que no afecte los derechos de otras personas.

La voluntad de realizar la acción definirá el acto libre, se requiere de intencionalidad por parte del agente; por ello mismo, el individuo se halla sometido a la voluntad del padre hasta que pueda ser capaz por sí mismo de descubrir y guiarse por la ley natural. En el caso de los lunáticos e idiotas, tenemos que dichos agentes no son libres y no pueden serlo mientras se mantengan en dicha condición pues igualmente carecen de la capacidad de un debido ejercicio racional / cognitivo. (PALOMINO FLORES, 2019)

Lo señalado por Palomino Flores, es de suma importancia puesto determina que la libertad, para ser tal, se requiere que el agente sea consciente de sus actos, en tanto no se ejercida con conciencia y voluntad no se puede hablar de libertad, en ese sentido, si nos vamos al ámbito del derecho civil no será válido si en el acto jurídico se ha dado un vicio de voluntad⁵⁰ o en el campo

⁵⁰ CODIGO CIVIL TITULO IX

Nulidad del Acto Jurídico

Causales de nulidad

Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.



penal no será imputable por ejemplo un menor de edad o aquella persona que no fue capaz de discernimiento, es decir, tener conciencia de su actos⁵¹.

Para efectos del presente trabajo, es de importancia este punto puesto que es libre un ser humano, en tanto sea capaz de tener discernimiento en la realización de sus actos, por lo tanto, todos los seres deben tener la posibilidad de ser libres y ello implica contar con las capacidades necesarias para ello no solamente las capacidades mentales, sino, que estén adecuadamente preparados para ello, lo cual se puede lograr mediante una adecuada educación.

La idea anterior se refuerza con lo siguiente:

En otros términos, la libertad de uno tiene límites, sólo puede entenderse como condición de la libertad del otro. La ley de la libertad constituye un postulado evidente a partir del cual se intenta garantizar la dignidad moral de toda persona para conformar una voluntad general y un cuerpo político. La voluntad general resulta de la "buena voluntad" de personas autónomas dispuestas a actuar de acuerdo a esa ley. Lo que fusiona las voluntades no es el interés sino la razón. (Denis, 1991, pág. 159)

⁵¹ Código Penal CAPITULO III
CAUSAS QUE EXIMEN O ATENUAN LA RESPONSABILIDAD PENAL

Inimputabilidad

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

1. El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;
- "2. El menor de 18 años."



Los dos grandes bloques en los que se dividió el mundo después de la Segunda Guerra Mundial han opuesto la idea de la libertad a la idea de la igualdad: una libertad capitalista "made in Washington" y una igualdad comunista "made in Moscú". Los defensores de la realización individual han estado contrapuestos a los combatientes de la emancipación social. Sin embargo, la coherencia de esta oposición fue cuestionada por los hechos: el ideal de libertad occidental no pudo justificar la dominación neo-colonial, el proteccionismo comercial y otras agresiones a los pueblos más débiles del mundo, ni tampoco la discriminación y exclusión social en su propio territorio; así mismo, se degradó ante la pérdida del sentido de la vida del individuo-masa reducido a la condición de consumidor, usuario y espectador.

En los países del Este, el igualitarismo comunista coexistió con una brutal liquidación de las libertades públicas, sino que chocó con la institución de nuevos privilegios cristalizados en la "nomenclatura" y se reveló incapaz de sostener el dinamismo de la iniciativa personal y de la productividad. Las atrocidades del stalinismo por un lado y de la guerra del Vietnam por otro, además de aquéllas perpetradas por las dictaduras en el tercer mundo, impactaron profundamente la conciencia de los ciudadanos, tanto en el Este como el Oeste y el Sur, colocando en un primer plano la preocupación por los derechos humanos, el valor "en sí" de la democracia y la prioridad de la persona frente a la sociedad y de esta frente al Estado. (Denis, LIBERTAD, IGUALDAD Y TEORIA DE LA JUSTICIA SOCIAL, 1991, pág. 157)



Lo que señala Denis Sulmont, es de importancia para el momento actual, puesto que se sigue en el mundo un debate sobre el Mundo Occidental y Oriental, en el mundo Occidental se refiere que hay plena libertad para la realización de la persona, sin embargo, dicha libertad esta principalmente orientada a fomentar la libertad de empresa, con el fundamento que el estado no puede interferir en el emprendimiento personal, por otro lado, los país del Este, priorizan el desarrollo colectivo, es decir, el hombre dentro de la sociedad, lo cual muchas de las veces afecta la libertad individual.

Partiendo de lo anterior, tenemos que señalar que actualmente, ambos sistemas sociales y políticos no cumplen sus finalidades, puesto que podemos constatar hoy por hoy que en ambos sistemas muchas de las veces no se logran poner como fin el desarrollo de la persona humana, potenciando sus libertades y respetando su dignidad, es necesario, lograr un nuevo orden económico, social y político que tenga como centro a la persona humana.

Una de las concepciones más antiguas y, por lo tanto, de las más recurridas cuando de precedentes se trata, es la romana, con base en la cual se le ve como la facultad natural en virtud de la cual el hombre puede hacer lo que quiera, salvo que lo prohíba la fuerza o el derecho⁸. Se trata de una noción restringida, pues, aunque resulta una de las más sólidas, encuentra en sí una limitación directa en la fuerza. Sin embargo, la concepción filosófica de libertad habla simple y llanamente de la capacidad natural del hombre de hacer, con lo cual queda claro que la libertad se ha considerado como intrínseca en la misma



condición de ser humano cuyas limitantes no se encuentran consideradas en momento alguno, pues se contempla como la capacidad de obrar y decidir en la manera que se desee, sin que al respecto pueda considerarse como límite la obligación interna de actuar en la forma en que se ha decidido. (**González Pérez, Luis Raúl**. La libertad en parte del pensamiento filosófico constitucional, Cuest. Const. no.27 Ciudad de México jul./dic. 2012)

De acuerdo a lo anterior se determina dos aspectos de la Libertad, una desde el punto jurídico de acuerdo a lo cual una persona está facultada para hacer todo aquello que la ley no lo prohíba y por otro lado no está obligado hacer lo que la ley no determine, sin embargo, desde el aspecto filosófico se considera como una facultad intrínseca al ser humano la cual debe ser ejercida conforme a su capacidad de discernimiento, es decir, a su capacidad de determinar lo bueno o lo malo de sus acciones, lo cual apela a la capacidad de auto determinación de las personas.

3.1.1. Alcance del derecho a la Libertad Ambulatoria de acuerdo a la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez. Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007⁵².

⁵² 2. La Comisión indicó que al momento de los hechos el señor Chaparro, de nacionalidad chilena, era dueño de la fábrica “Aislantes Plumavit Compañía Limitada” (en adelante “la fábrica” o “la fábrica Plumavit”), dedicada a la elaboración de hieleras para el transporte y exportación de distintos productos, mientras que el señor Lapo, de nacionalidad ecuatoriana, era el gerente de dicha fábrica. Según la demanda, con motivo de la “Operación Antinarcótica Rivera”, oficiales de policía



51. El artículo 7 de la Convención tiene dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7)

52. En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá

antinarcóticos incautaron el 14 de noviembre de 1997, en el Aeropuerto Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil, un cargamento de pescado de la compañía “Mariscos Oreana Maror” que iba a ser embarcado con destino a la ciudad de Miami, Estados Unidos de América. En dicho cargamento, afirmó la Comisión, fueron encontradas unas cajas térmicas o hieleras en las que se detectó la presencia de clorhidrato de cocaína y heroína. Según la demanda, el señor Chaparro fue considerado sospechoso de pertenecer a una “organización internacional delincuencia” dedicada al tráfico internacional de narcóticos, puesto que su fábrica se dedicaba a la elaboración de hieleras similares a las que se incautaron, motivo por el cual la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas dispuso el allanamiento de la fábrica Plumavit y la detención con fines investigativos del señor Chaparro. Según la Comisión, al momento de la detención del señor Chaparro las autoridades estatales no le informaron de los motivos y razones de la misma, ni tampoco de su derecho a solicitar asistencia consular del país de su nacionalidad. La Comisión informó que el señor Lapo fue detenido, junto con otros empleados de la fábrica Plumavit, durante el allanamiento a dicha fábrica. La detención del señor Lapo supuestamente no fue en flagrancia ni estuvo precedida de orden escrita de juez, tampoco le habrían informado de los motivos y razones de su detención. Las dos presuntas víctimas supuestamente fueron trasladadas a dependencias policiales y permanecieron incomunicadas cinco días. El señor Chaparro no habría contado con patrocinio letrado al momento de rendir su declaración preprocesal y la defensa pública del señor Lapo supuestamente no fue adecuada. Según la Comisión, la detención de las presuntas víctimas sobrepasó el máximo legal permitido por el derecho interno y no fueron llevadas sin demora ante un juez.



de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”. De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo. 53. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se



prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción. (CIDDDHH, 2017, pág. 6)⁵³

Estando a lo señalado por la sentencia dictada por la Corte Inter Americana de Derechos Humanos, se establece que la Libertad no solo se debe entender como la libertad de movimiento, es decir, la libertad ambulatoria, por el contrario la CIDDDHH, que el derecho a la libertad implica la vigencia del principio de Legalidad, es decir: *“Nadie está, Obligado a ser lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”*, por otro lado, señala que el Derecho a la Libertad implica una acción positiva de los Estados, es decir, que los Estados deben de crear las condiciones necesarias a efecto que los y las ciudadanas puedan ejercer sus derechos económicos, sociales y culturales, puesto que hay que señalar que una persona en pobreza no es libre.

Por otro lado, en la primera parte de la Resolución de la CIDDDHH, establece el carácter inter dependiente de los Derechos Humanos, al señalar que el Derecho a la Libertad Ambulatoria, no solo implica que la persona no pueda ser privada de su derecho a la libertad en forma ilegal, es decir, al margen de la ley, puesto que, este derecho implica que la persona al ser privada de su libertad, sea debidamente informada de las razones de su detención, es decir,

⁵³ Los hechos del presente caso se refieren a Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez. Juan Carlos Chaparro Álvarez, de nacionalidad chilena, era dueño de una fábrica dedicada a la elaboración de hieleras para el transporte y exportación de distintos productos. Freddy Hernán Lapo Íñiguez, de nacionalidad ecuatoriana, era el gerente de dicha fábrica. El 14 de noviembre de 1997, oficiales de la policía antinarcóticos incautaron en el Aeropuerto Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil un cargamento de pescado. En dicho cargamento, fueron encontradas unas hieleras en las cuáles se detectó la presencia de clorhidrato de cocaína y heroína. El señor Chaparro fue considerado sospechoso de pertenecer a una organización internacional delincriminal dedicada al tráfico internacional de narcóticos, puesto que su fábrica se dedicaba a la elaboración de hieleras similares a las que se incautaron. Es así como al día siguiente se dispuso el allanamiento de la fábrica. Asimismo, se detuvieron a Juan Carlos Chaparro Álvarez y Freddy Hernán Lapo Íñiguez. Aun cuando no se encontró droga en la fábrica, ésta no fue devuelta hasta casi 5 años después.



que la persona sea informada a efecto que pueda ejercer su derecho material de defensa.

De igual forma, el derecho de libertad ambulatoria implica que la detención de un apersona pueda ser revisada por el órgano jurisdiccional y principalmente en el aspecto que esta no sea racional y desproporcionada, es decir, que sea dicha privación sea necesaria, idónea y proporcional propiamente dicha, finalmente implica que el mandato de detención pueda ser objeto de impugnación y de esa manera hacer efectivo su derecho a la doble instancia y la detención dictada en primera instancia pueda ser revidada por un órgano jurisdiccional superior en su racionalidad y proporcionalidad.

Por su parte el Tribunal Constitucional Peruano en referencia a la Libertad Ambulatoria, señala lo siguiente:

2. Resulta necesario puntualizar que la libertad personal es un derecho subjetivo reconocido por el artículo 2º, inciso 24, de la Constitución Política del Perú, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Pero no solo es un derecho subjetivo; también constituye uno de los valores esenciales de nuestro Estado constitucional de derecho, pues se instituye como base de diversos derechos: fundamentales y justifica la propia organización constitucional. No obstante, como todo derecho fundamental la libertad personal no es un derecho absoluto, pues su ejercicio se encuentra regulado y puede ser restringido mediante ley. Siendo, entonces, que se somete a prescripciones, no puede afirmarse que su ejercicio sea irrestricto.



A este respecto, conviene anotar que, en criterio consecuente con tal limitación, la Norma Suprema no ampara el abuso del derecho⁵⁴. (JAMES YOV ANI RODRÍGUEZ AGUIRRE , 2007)

12. De ella deriva de modo directo el derecho fundamental a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, de la Constitución). Es decir, la libertad física, sin cuyo ejercicio se restringe una gama importante de otros tantos derechos fundamentales como el derecho de reunión, al trabajo, a la vida en familia, etc. Cuando una persona es privada de la libertad personal se produce, pues, un fenómeno extraordinariamente perturbador en buena parte del sistema de derechos. Es por tal razón que es la sanción más grave que puede imponerse en un sistema democrático (con excepción, claro está, de la pena de muerte, allí donde aún es aplicada). (KEIKO SOFÍA FUJIMORI HIGUCHI, 2019, pág. 9)

El fundamento 9 de la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, del denominado caso de KeiKo Fujimori, es importante en la medida que la dictarse una medida restrictiva de la libertad personal o ambulatoria, no solo se restringe este derecho, sino otros derechos como el derecho de reunión, al trabajo, a la vida en familia, entre otros, es decir, no solo se le impide la libertad de tránsito, sino otros derechos, que para el desarrollo de la persona

⁵⁴ Con fecha 17 de marzo de 2006 don Edgar Carrión Sandoval interpone demanda de hábeas corpus a favor del beneficiario, contra el Jefe de la DIROVE de la Policía Nacional del Perú, Mayor PNP Wilson Aurelio Gálvez Arrascue, por vulneración de derecho a la libertad individual por detención arbitraria. Refiere que con fecha 15 de marzo de 2006 se produjo la detención del beneficiario sin que exista mandato de autoridad judicial competente ni flagrancia y sin la concurrencia del representante del Ministerio Público; y que en tal intervención que se lo 'sembró' con cuatro paquetes conteniendo pasta básica de cocaína, sin que se haya elaborado el respectivo parte policial informando de su detención y en la que se le obligó a firmar al acta de incautación personal, coactándolo a actuar contra su voluntad.



son fundamentales, es por ello se determina que dictar una medida restrictiva de la libertad debe ser excepcional, sin embargo, vemos que esta medida es dictada, vía prisión preventiva, por los Órganos Jurisdiccionales, como una medida cotidiana y muchas de las veces se da por la presión mediática o simplemente ante la necesidad de dar una imagen de eficiencia de lucha contra la inseguridad ciudadana, sin tomar, en consideración que el derecho a la libertad ambulatoria es un derecho fundamental, y su limitación debe ser excepcional.

§4. El derecho fundamental a la libertad personal como derecho regulado en su ejercicio

11. El inciso 24 del artículo 2° de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la libertad personal. Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales⁵⁵. (MÁS DEL 25% DEL NÚMERO LEGAL DE MIEMBROS, 2005)

⁵⁵ Con fecha 8 de julio de 2005, 31 Congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N. o 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47° del Código Penal. Manifiestan que si bien es cierto que la libertad personal es piedra angular del Estado contemporáneo, no es un derecho fundamental ilimitado y por ello debe estar sujeto a limitaciones previstas por ley, autorizadas por mandato judicial motivado y, excepcionalmente, llevadas a cabo por la policía, en caso de flagrancia delictiva; y que la detención preventiva debe ser la última ratio



De acuerdo al Tribunal Constitucional Peruano en las sentencias reseñadas, se tiene que el derecho a la Libertad Ambulatoria, es un derecho fundamental de la persona humana y el respeto de la misma implica el fortalecimiento del Estado de Derecho, por otro lado, establece que este derecho no es absoluto por lo que puede ser objeto de restricción, y esta restricción debe ser racional y proporcional y cuando se dan los supuestos establecidos por la ley, en el caso del Perú constitucionalmente la persona puede ser privada de la libertad por mandato escrito y motivado del juez o por la policía nacional en caso de flagrante delito⁵⁶, por otro lado, se establece que la restricción de este derecho debe ser racional y proporcional.

En este punto consideramos necesario desarrollar los criterios establecidos tanto por la Corte Inter Americana de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional, en referencia a los parámetros que se debe asumir para dictar la prisión preventiva, en referencia a ello la CIDDDHH, ha señalado:

1. detención arbitraria (artículo 7.3)

110. La Comisión indicó que al señor Barreto Leiva le fue impuesta una detención preventiva “sobre la base exclusiva de indicios de culpabilidad [...], sin motivación alguna sobre los fines procesales que perseguía la aplicación de dicha figura”, todo lo cual constituyó, en el criterio de aquélla,

en la decisión del juzgador, pues se trata de una grave limitación de la libertad física, motivo por el cual se justifica que sea tomada en cuenta para el cómputo de la pena privativa de libertad.

⁵⁶ Artículo 2º Numeral 24) Letra f, de la Constitución Política del Estado:

"f. Nadie puede ser detenido sino **por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito**. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia....."



una violación de los derechos consagrados en los artículos 7.1 y 7.3 de la Convención Americana. El representante se adhirió a lo expuesto por la Comisión y el Estado no controvertió estos alegatos.

111. La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga⁵⁸. Sin embargo, “aún verificado este extremo, la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia” (CASO BARRETO LEIVA VS. VENEZUELA, 2009, pág. 23)⁵⁷

⁵⁷ 2. La demanda se relaciona con el proceso penal mediante el cual el señor Oscar Enrique Barreto Leiva (en adelante “el señor Barreto Leiva” o “la presunta víctima”) fue condenado a un año y dos meses de prisión por delitos contra el patrimonio público, como consecuencia de su gestión, en el año 1989, como Director General Sectorial de Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República. Según la Comisión, en el trámite de un proceso penal ante la Corte Suprema de Justicia contra el entonces Presidente de la República, un senador y un diputado, el señor Barreto fue citado a declarar como testigo y posteriormente se decretó auto de detención en su contra. La Comisión alegó que en dicho proceso no se notificó de manera previa a la presunta víctima los delitos que se le imputaban por el carácter secreto de la etapa sumarial. Asimismo, la Comisión alegó que el secreto de la etapa sumarial implicó que el señor Barreto Leiva no fuera asistido por un defensor de su elección en esa etapa del proceso, interrogara a los testigos, conociera las pruebas que estaban siendo recabadas, presentara pruebas en su defensa y controvertiera el acervo probatorio en su contra. Además, según la Comisión, el hecho de que la Corte Suprema de Justicia haya sido el tribunal que conoció y sentenció en única instancia el caso de la presunta víctima constituiría una violación de su derecho a ser juzgada por un tribunal competente, en razón de que no contaba con un fuero penal especial, así como una violación de su derecho a recurrir la sentencia condenatoria. Finalmente, la Comisión estimó que al señor Barreto Leiva se le impuso una prisión preventiva sobre la base exclusiva de indicios de culpabilidad, sin la posibilidad de obtener la libertad bajo fianza, que duró más tiempo que la condena que finalmente recibió.



En referencia a la prisión preventiva la CIDDDHH, que restringe un derecho fundamental como es el derecho a la libertad ambulatoria, no se puede dictar en base a supuestos preventivos generales sino en base a un fin legítimo, es decir que el acusado no eludirá la investigación penal, y con ello evitar que la pena que se le pueda imponer se haga efectiva, por lo que la prisión preventiva de ser una medida excepcional.

Este criterio de excepcionalidad de la prisión preventiva igualmente se encuentra en la Resolución dictada por la Corte Interamericana de DD.HH en CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS vs Chile.

309. El principio general en esta materia es que la libertad es siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción³¹⁷. Tal es el efecto del artículo 7.2, que dispone: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Pero el solo cumplimiento de las formalidades legales no es suficiente pues el artículo 7.3 de la Convención Americana, al disponer que “[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, prohíbe la detención o encarcelamiento por métodos que pueden ser legales, pero que en la práctica resultan irrazonables, imprevisibles o carentes de proporcionalidad³¹⁸.

310. La aplicación de ese principio general a los casos de detención o prisión preventiva surge como efecto combinado de los artículos 7.5 y 8.2. En virtud de ellos, la Corte ha establecido que la regla general debe ser la libertad del imputado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal³¹⁹, ya que



éste goza de un estado jurídico de inocencia que impone que reciba del Estado un trato acorde con su condición de persona no condenada. En casos excepcionales, el Estado podrá recurrir a una medida de encarcelamiento preventivo a fin de evitar situaciones que pongan en peligro la consecución de los fines del proceso³²⁰. Para que una medida privativa de libertad se encuentre en concordancia con las garantías consagradas en la Convención, su aplicación debe conllevar un carácter excepcional y respetar el principio de presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática³²¹ (CASO NORÍN CATRIMÁN Y OTROS (DIRIGENTES, MIEMBROS Y ACTIVISTA DEL PUEBLO INDÍGENA MAPUCHE), 2014, pág. 108)⁵⁸

En referencia a este aspecto el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado lo siguiente:

10. Así, la prisión preventiva no constituye una pena anticipada, por lo que su dictado debe responder a la necesidad de asegurar la sujeción del recurrente al proceso y/o a evitar que pueda perjudicar el desarrollo del proceso. Por ello,

⁵⁸ 1. El caso sometido a la Corte. - El 7 de agosto de 2011, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana y el artículo 35 del Reglamento de la Corte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso “Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y otros (Lonkos², dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) respecto de la República de Chile” (en adelante, “el Estado” o “Chile”). Según la Comisión, el caso se refiere a la alegada “violación de los derechos consagrados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Segundo Aniceto Norín Catrimán, Pascual Huentequo Pichún Paillalao, Florencio Jaime Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Patricio Marileo Saravia, Juan Ciriaco Millacheo Licán, Patricia Roxana Troncoso Robles y Víctor Manuel Ancalaf Llaupe, debido a su procesamiento y condena por delitos terroristas, en aplicación de una normativa penal contraria al principio de legalidad, con una serie de irregularidades que afectaron el debido proceso y tomando en consideración su origen étnico de manera injustificada y discriminatoria”. Según la Comisión, el caso se inserta dentro de “un reconocido contexto de aplicación selectiva de la legislación antiterrorista en perjuicio de miembros del pueblo indígena Mapuche en Chile”.



para su dictado, es necesario que se considere lo expuesto en los artículos 269 y 270 del Código Procesal Penal, en relación con el peligro de fuga y/o al de obstaculización.

11. Al respecto, el auto de vista emitido por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, el 11 de enero de 2021 (f. 251), refiere en relación con el peligro de fuga, que a) En los allanamientos efectuados a la vivienda de la favorecida, no se le encontró lo que hace prever que tendría otros lugares de residencia (sic), lo que desvanece su arraigo domiciliario. b) Tiene orden de captura por la investigación que se le sigue, por lo que considerando su comportamiento y su condición de no habida es evidente que pretenda evadir la acción de la justicia, lo que evidencia el ánimo de protegerse en un manto de impunidad.

12. Se advierte que la decisión de segunda instancia, se sustenta en una presunción, no demostrada en dicha resolución (sobre que la favorecida tendría otros lugares de residencia); así como en su comportamiento posterior al mandato de prisión preventiva, cuando corresponde que con ocasión de dicha solicitud o de la revisión de la misma, se determine si antes de disponer aquella, existe el citado peligro de fuga.

13. En consecuencia, dicha resolución no contiene una motivación suficiente que justifique la confirmación del mandato de prisión preventiva ordenado en primera instancia, por lo que al declararse fundada la demanda, corresponde reponer el trámite del proceso penal —en lo que corresponde a la medida



cautelar—, a la etapa en la que se debe emitir un nuevo pronunciamiento al respecto. (NINEL ROMERO BARTUSIAK, 2022, pág. 5)⁵⁹

El Tribunal Constitucional Peruano, al igual que la CIDDDH, señala que la prisión preventiva debe ser una medida excepcional y debe estar debidamente fundamentada y no se debe fundamentar en presunciones el peligro que se pueda poner a las finalidades del proceso.

En referencia a este punto es necesario tomar en consideración lo dispuesto por el Código Procesal Penal en su artículo 268°), que a la letra dice:

"Artículo 268. Presupuestos materiales

El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo.

⁵⁹ Don Percy Raphael García Caverro interpone demanda de habeas corpus a favor de doña Ninel Romero Bartusiak (f. 1). Solicita que se declare la nulidad de los siguientes pronunciamientos judiciales: i) Resolución 7, de 10 de diciembre de 2020 (f. 170), mediante la cual se declaró fundado el requerimiento de prisión preventiva formulado contra la favorecida por el plazo de nueve meses, en el marco del proceso penal que se le sigue por la presunta comisión del delito de colusión agravada (Expediente 869-2020-10- 0201-JR-PE-01). ii) Resolución 15, de 11 de enero de 2021 (f. 251), que confirmó el pronunciamiento emitido en primera instancia (Expediente 00869-2020-10-0201-JR-PE-01). iii) Resolución 1, de 28 de noviembre de 2020 (f. 133), mediante la cual se declaró fundado el requerimiento fiscal de detención preliminar formulado contra la beneficiaria. iv) Resolución que confirmó la detención preliminar impuesta en primera instancia (f. 151). Al respecto, el recurrente alega la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Refiere que los jueces demandados actuaron de manera arbitraria al resolver el requerimiento de prisión preventiva contra la favorecida. En esa línea, manifiesta que los pronunciamientos judiciales cuya nulidad solicita no expresan razones suficientes que acrediten la concurrencia de los presupuestos materiales exigidos para la validez de dichas medidas de coerción personal.



b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y

c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)." (El resaltado es nuestro)

Como ha señalado tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional, la medida de prisión preventiva debe ser una medida excepcional y esta debe ser debidamente motivada, es decir, el órgano jurisdiccional debe dar sus razones adecuadamente sustentadas de las razones por las que dicta una prisión preventiva, y estando a lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional deberá de motivar adecuadamente los tres presupuestos para dictar una prisión preventiva, es decir, cuales son los elementos de convicción que vinculan al procesado con los hechos investigados, porque considera que se le pueda dar una pena igual o mayor a cuatro años y sustente las razones porque existe en el caso concreto peligro procesal.

Los primeros elementos antes señalados para dictar unan prisión preventiva tienen mayor objetividad, sin embargo, el tercer elemento el de peligro procesal tiene una connotación más subjetiva, sin embargo, el Tribunal Constitucional, determina que dicho elementos debe no debe ser sustentado en suposiciones sino en hechos concretos que el procesado va eludir la investigación penal, ello como un elemento que garantice que la restricción



del derecho a la libertad se va dar en base a elementos objetivos, lo cual determina racionalidad y proporcionalidad.

Sobre la prisión preventiva igualmente se deberá de tomar en consideración lo señalado por el artículo 10º) Numeral 2 del Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en que establece que:

“Artículo 10 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”. (El resaltado es nuestro)

De conformidad a lo dispuesto por la normatividad internacional pre citada, se establece que a los miembros de los Pueblos Indígenas o Triviales⁶⁰, se les deberá de dictar medidas distintas a las medidas restrictivas a la libertad.

⁶⁰ Parte I. Política General Artículo 1 1. El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (Convenio No 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes)



3.1.2. Alcances del derecho a la Libertad Religiosa y de Credo; de acuerdo a la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano

En primer término, tenemos que señalar que la Corte Inter Americana de Derechos Humanos, no ha resuelto mayores casos sobre Libertad de Religiosa y de Culto, en vista que no se han sometido casos que determinen su protección, como si se ha dado en la Corte Europea de Derechos Humanos, es así que la CIDDHH, se refiere a dichos derecho en forma tangencial, en ese orden de ideas algunos autores señalan que:

En ese orden de cosas hay que empezar diciendo que la Corte IDH todavía no ha recibido un caso en el que el tema central sea el estudio del derecho de libertad religiosa, pero sí ha tenido oportunidad de pronunciarse de manera indirecta sobre este derecho. Lo hizo por vez primera en la Opinión Consultiva 8/87 sobre «suspensión de garantías en estados de emergencia» para confirmar que no se puede suspender la libertad religiosa durante los estados de anormalidad. (Mosquera, 2017, pág. 344)

79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. **En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida.** En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades



consagradas en el artículo 12º) de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias. (la negrita es nuestra) (“La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile , 2001, pág. 30)

Como se sabe un caso de trascendencia que se ha dado a nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, viene hacer lo resuelto en el caso la Última Tentación de Cristo, en la que se señala que la protección de la libertad religiosa viene hacer fundamental en una sociedad democrática que se debe basar en el respeto de las libertades, como la de religión.

Un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos, etnográficos, toda la documentación que las propias poblaciones indígenas han presentado en los últimos años, demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos. (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, 2001, pág. 25)

En lo resuelto por la CIDDDHH, en el caso precedente, es importante lo señalado por dicho órgano al determinar que hay que respetar la relación



existente entre la naturaleza y las poblaciones indígenas puesto que esto es parte de su identidad, son los rasgos que le permiten su individualización en la cual se incluye su idiosincrasia, es decir, su forma de pensar, de entender el mundo, sus convicciones religiosas las que deben ser respetadas y protegidas por el estado

49.14 Las víctimas no pudieron celebrar el ritual de despedida de sus familiares ejecutados en la masacre conforme a sus costumbres. La ausencia de estos ritos funerarios causó graves sufrimientos a los familiares y a los miembros de la comunidad, y obstaculizó el proceso de duelo. En 1994, cuando fue practicada la primera exhumación de los restos, las víctimas pudieron darles sepultura a algunos, de acuerdo con sus costumbres religiosas (Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala, 2004, pág. 59)

Este es un punto importante, pues en esta sentencia de la Corte, indica que la forma de sepultura de los pueblos indígenas es parte del contenido de la libertad religiosa, en ese contexto implica respetar las creencias que tiene la población indígena en referencia a la relación que se da entre la vida y la muerte, por lo que es importante respetar los rituales que tienen los pueblos al momento de sepultar a sus muertos.

En cuanto a la libertad Religiosa y de Culto, el Tribunal Constitucional, Peruano ha señalado lo siguiente:

15. Por su parte, en la STC N.O 3284-2003-AAITC, fundamento jurídico 18, este Tribunal consideró que la libertad religiosa contiene cuatro atributos jurídicos, a saber:



- a) Reconocimiento de la facultad de profesión de la creencia religiosa que libremente elija una persona.
- b) Reconocimiento de la facultad de abstención de profesión de toda creencia y culto religioso.
- c) Reconocimiento de la facultad de poder cambiar de creencia religiosa.
- d) Reconocimiento de la facultad de declarar públicamente la vinculación con una creencia religiosa o de abstenerse de manifestar la pertenencia a alguna. Es decir, supone el atributo de informar, o no informar, sobre tal creencia a terceros.

La libertad religiosa, como toda libertad constitucional, consta de dos aspectos. Uno negativo, que implica la prohibición de injerencias por parte del Estado o de particulares en la formación y práctica de las creencias o en las actividades que las manifiesten. Y otro positivo, que implica, a su vez, que el Estado genere las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer las potestades que comporta su derecho a la libertad religiosa.

16. Un aspecto importante que forma parte del contenido de este derecho es la protección contra toda discriminación que tenga por motivo el ejercicio del derecho a la libertad religiosa. Mediante esta prohibición se garantiza también la formación de creencias y sus manifestaciones. La manifestación de la libertad religiosa a través de las creencias es consustancial a la libertad religiosa. Esta manifestación incluye tanto el proselitismo de las creencias como el culto, el cual forma parte de la religión que se profesa. En ese sentido, la libertad religiosa subsume a la libertad de culto, y dentro de la libertad de



culto, quedan garantizadas constitucionalmente todas aquellas ceremonias que la expresan, como las relativas al matrimonio y los ritos. Dentro de estos últimos, se encuentra la sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares o seres queridos. (FRANCISCO JAVIER FRANCIA SÁNCHEZ, 2005, pág. 6)⁶¹

20. Los derechos fundamentales no solamente tienen una dimensión subjetiva, también tienen una innegable dimensión objetiva que impone al Estado Constitucional un especial deber de protección de estos. Ahora bien, el derecho fundamental a la libertad religiosa, como cualquier otro derecho fundamental, no puede socavar derechos fundamentales de terceros ni los cimientos del propio Estado constitucional. Y es que, en buena cuenta, el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español 141/2000). 21. La democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos, mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías (cfr.

⁶¹ El recurrente, con fecha 14 de octubre de 2002, interpone demanda de hábeas corpus a favor de don Francisco Javier Francia Sánchez, quien había fallecido a las 14:00 horas de ese día, y la dirige contra el director del Hospital Nacional "Dos de Mayo", por haber dispuesto la retención, en forma arbitraria, del cadáver del occiso, hasta que se cancele la suma de SI. 2,000. Alega que ello vulnera el derecho a la dignidad de la persona, y solicita que se ordene la devolución del cadáver. El Juez de Tumo ordenó la entrega del cuerpo a los familiares, y que la misma se realice el día 15 de octubre de 2002 a las 08:00 horas. Sin embargo, ese día el cuerpo fue retenido por el Jefe de Guardia, doctor Carlos Medina Soriano, por lo que el recurrente nuevamente interpuso un hábeas corpus contra el Jefe de Emergencia. El mismo día, el Decimotercer Juzgado Penal de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que se produjo la sustracción de la materia, dado que se expidió el pronunciamiento previo. Asimismo, determinó que la Juez de Tumo se constituya en dicho 11 hospital para verificar el cumplimiento de la resolución de fecha 14 de octubre de 2002, que -/ ordenó la entrega del cadáver.



Sentencia de la Corte Constitucional SU-214 de 2016). No puede soslayarse, entonces, que, aunque un gobierno democrático es, básicamente, un gobierno de mayorías, este pierde sustento constitucional si no se encuentran plenamente garantizados los derechos fundamentales de las minorías (cfr. sentencia emitida en el Expediente 00030-2005-PI/TC). 22. De ahí que las decisiones mayoritarias que, a fin de cuentas, terminen socavando la autonomía moral individual apelando a su propia moral religiosa no pueden ser calificadas como democráticas. La laicidad parte de la premisa de que, en cuanto a lo religioso, no existe una verdad metafísica absoluta y, por ende, todas las posiciones particulares sobre la religión merecen el mismo respeto del Estado constitucional, que está obligado a garantizar la efectividad plena de todos los derechos fundamentales de la población. (JOSÉ MANUEL CAMPERO LARA, 2020, pág. 17) (Voto en discordia de LEDESMA NARVÁEZ)⁶²

Hemos considerado de importancia tomar en consideración el voto en discordia de la Doctora Ledesma Narváez en el EXP. N.º 01462-2015-PA/TC, y principalmente los fundamentos citados, puesto que determina un aspecto importante señalando que, en un Estado Democrático, si bien es cierto es un régimen en el que se funda en el derecho de las mayorías, sin embargo, se debe de garantizar el ejercicio de los derechos de las minorías, en el presente caso el ejercicio de su derecho a la libertad religiosa y ello no solo

⁶² Con fecha 15 de febrero de 2012, el actor interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Educación (MINEDU) a fin de que se suprima el curso de religión católica de los colegios públicos en el 2012 y, además, que se retire todo símbolo religioso católico de esas escuelas, pues, según él, ambas medidas vulneran el derecho de igualdad y de libertad de conciencia y religión de los alumnos.



implica que se debe de respetar sino igualmente de dar las posibilidades de ejercerlo en condiciones de igualdad.

Por otro lado, señalamos que el Tribunal Constitucional Peruano, tiene un mayor número de sentencias que desarrollan el contenido de la Libertad Religiosa y de Culto, consideramos de suma importancia la sentencia precitada, si tenemos en consideración que en el fundamento 15, el Tribunal Constitucional Peruano, establece varios aspectos que se refiere al alcance del derecho que nos ocupa, es así que, en primer aspecto es que cualquier persona puede elegir en forma libre y voluntaria la religión que desea profesar, por otro lado, queda en su facultad de hacer pública su fe religiosa, y al mismo tiempo determina una obligación del Estado, de proteger a la persona de cualquier acto de discriminación que tenga por propósito darle un trato distinto que menoscabe sus derechos a consecuencia de sus creencias religiosas.

3.1.3. Alcances del derecho a la Libertad Sexual; de acuerdo a la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano

91. Asimismo, se puede entender que este derecho está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica, y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social²¹⁹. Lo anterior también implica que las personas pueden experimentar la necesidad de que se las reconozca como entes diferenciados y diferenciables de los demás. Para alcanzar ese fin, es



ineludible que el Estado y la sociedad, respeten y garanticen la individualidad de cada una de ellas, así como el derecho a ser tratado de conformidad con los aspectos esenciales de su personalidad, sin otras limitaciones que las que imponen los derechos de las demás personas. Es por ello que el afianzamiento de la individualidad de la persona ante el Estado y ante la sociedad, se traduce por su facultad legítima de establecer la exteriorización de su modo de ser, de acuerdo con sus más íntimas convicciones. Del mismo modo, uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de las personas es precisamente la identidad de género y sexual. (IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO , 2017, pág. 46)

Estando a lo señalado por la Opinión Consultiva de la Corte Inter Americana de Derechos Humanos, se tiene que los estados partes deben de garantizar a los ciudadanos se le respete su individualidad lo cual implica que se desenvuelvan y puedan exteriorizar libremente su identidad sexual, sin que por ello se les genere estereotipos, es decir, una imagen de desvalor y con ello un rechazo a la persona, simplemente, por tener una opción sexual distinta lo que comúnmente es aceptada

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el



Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual⁶³ (Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y, 2012).

Estando a lo establecido por la CIDDDHH, uno de los aspectos del Derecho a la Libertad Sexual, es que los ciudadanos y ciudadanas sean protegidos contra actos de discriminación por su opción sexual, lo cual implica, que la las personas que tengan una opción sexual distinta a la a las opciones sexuales predominantes en la sociedad, sean discriminadas por dicha razón , lo cual implica principal que dichas personas no sean estereotipadas por su opción sexual y que no sean obligadas a comportarse de acuerdo su sexo biológico.

⁶³ Los hechos del presente caso inician en el año 2002 cuando Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, con quien tenía tres hijas: M., V. y R. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la Karen Atala Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la señora Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. En enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica. En octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición. En marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia. En mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por Ricardo Jaime López Allendes y le concedió la tuición definitiva.



En el Perú, por ejemplo, al inicio de haberse decretado el aislamiento social a consecuencia de la pandemia del COVID 19, se decretó la inmovilidad diferenciada, es decir, la salida a los lugares públicos de acuerdo a su sexo biológico, medida que género que miembros de la Policía Nacional del Perú, realicen actos de discriminación por personas que tenían una distinta opción sexual al de su sexo biológico, a quienes se le dio un trato discriminatorio puesto que se les obligo a realizar ranas y gritar que son hombres:

“El video, que Latinoamérica Piensa decidió no publicar por respeto, impactan. Las tres mujeres fueron obligadas a hacer ejercicios físicos, mientras eran obligadas a decir la frase: “quiero ser un hombre”. El exceso de la fuerza policial, con tintes discriminatorios, ocurrió luego de que el presidente Martín Vizcarra dispusiera restricciones de circulamiento en días diferentes para hombres y mujeres.” (latinoamericapiensa, 2020)

El hecho anterior refleja una intolerancia que se da contra las personas LGTB, lo cual afecta su identidad sexual, es decir, de poderse identificarse libremente la opción sexual que tienen cada persona.

En la sentencia pre citada la CIDDDH, señala que:

69. De conformidad con ello, como ya se ha mencionado (supra párr. 58), la Corte recuerda que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación reconocidas en el artículo 29 de la



Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y, 2012).

Lo anterior es de suma importancia puesto que la CIDDDHH, establece que las legislaciones tanto internacionales como nacionales deben de adaptarse a los cambios que se dan en las sociedades, puesto de no hacerlo pueden generar condiciones de desigualdad y discriminación en algunos sectores de la población, por ejemplo en el Perú, desde hace aproximadamente 6 años se está tratando de legislar la denominada “Unión Civil”, sin embargo, muchos sectores conservadores y fundamentalistas se sienten contrarios a dicha posibilidad, puesto que supuestamente se estaría propugnando la homosexualidad, sin entender, que independientemente de una legislación se dan relaciones homo sexuales que hay que protegerlas.

En relación a la libertad sexual el Tribunal Constitucional Peruano señala lo siguiente:

21. En general, la libertad sexual puede ser entendida como la facultad de las personas para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad.

Tiene como contenido constitucional, **una *dimensión negativa*** vinculada con la exigencia dirigida hacia al Estado o cualquier persona de no interferir en el libre desarrollo de la actividad sexual de un ser humano, así como una ***dimensión positiva*** conformada por la libertad de decidir la realización del acto sexual, es decir, de decidir con quién, cómo y en qué momento se puede realizar acto sexual. (el resaltado es nuestro)



22. En cuanto a la *titularidad del derecho a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad*, queda claro que son titulares todos los mayores de 18 años de edad. En lo que al caso importa, el Tribunal Constitucional estima que, conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en el ordenamiento jurídico peruano, prima facie, los menores de edad entre 14 años y menos de 18 también pueden ser titulares de dicho derecho. (Demanda de Inconstitucionalidad contra el Art. 1° de la Ley 28704, 2012, pág. 13)⁶⁴(el resaltado es nuestro)

Estando al significado que da el Diccionario de la Real Academia al término de personalidad, esta viene hacer el conjunto de características y cualidades originales que destacan en algunas personas, de acuerdo a ello al no permitirse una persona identificarse libremente con su opción sexual se afecta su identidad, lo cual le imposibilita darse a conocer tal cual, lo cual debe ser protegido por el Estado

En esta parte del trabajo, he considerado de importancia citar lo señalado en el voto singular de la ex Magistrada Ledesma Narváez y del Magistrado Ramos Núñez emitido en el Expediente N° 01739-2018-Pa/Tc que resuelve el recurso de Agravio Constitucional presentado ÓSCAR UGARTECHE

⁶⁴ Con fecha 3 de abril de 2012, diez mil seiscientos nueve ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la ley 28704, que modifica el artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, alegando que su contenido es incompatible con los derechos fundamentales de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad (en especial derechos sexuales), a la igualdad y no discriminación, de acceso a la información, a la salud (salud sexual y reproductiva) y a la vida privada e intimidad de los adolescentes, además de otros derechos de rango constitucional como la interdicción de la arbitrariedad en materia penal (*última ratio* en la aplicación del derecho penal) y la protección preferente del interés superior de los niños y los adolescentes.



GALARZA, en su demanda de Acción de Amparo presentado contra el RENIEC, en los numerales 50, 54 y 103, en el cual se desarrolla que el libre desarrollo de la personalidad puede ser limitado en tanto este desarrollo pueda afectar el derecho de terceros, es decir, se fundamenta en la característica de los derechos humanos no son absolutos, lo cual implica dos aspectos: el primero tus derechos terminan donde empieza el derecho de los demás, y un segundo aspecto que todos los derechos pueden ser objeto de intervención por parte de estado, sin embargo, esta intervención debe ser racional y proporcional, lo cual determina que el estado debe procurar el ejercicio de los derechos y su limitación debe responder a los criterios de necesidad, idoneidad y proporcionalmente propiamente dicho.

Por otro lado, se señala que el derecho a la libertad sexual no puede ser afectada

50. Así las cosas, en el caso de las personas que se encuentran en pleno ejercicio de su capacidad jurídica, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, como regla general, solo puede ser limitado con la finalidad de proteger derechos fundamentales de terceros, y siempre a través de medios que superen el test de proporcionalidad.

Por otro lado, concepciones religiosas mayoritarias no deben ser el sustento para no reconocer uniones del mismo sexo.

52. Resulta, eso sí, absolutamente prohibido en el Estado Constitucional que, a pesar de no estar de por medio la afectación de derechos de terceros, se imponga una medida a un ser humano, en ánimo de que se adapte a un plan de vida solo porque un sector de la sociedad lo considera virtuoso, o de



impedírsele solo porque un sector de la sociedad lo considera inmoral (medidas perfeccionistas). Tal y como ha sostenido el Tribunal, “dado que el Estado Constitucional tiene como unos de sus principales valores fundamentales a la libertad, a la autodeterminación y al pluralismo, toda medida perfeccionista se encuentra proscrita” [cfr. STC 0032-2010-PI, Fundamento 50].

54. En este orden de consideraciones, puede sostenerse que, dado que la orientación sexual es un factor consubstancial a la condición de persona humana, formando parte de quien es, pertenece al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad el permitir a la persona desplegar un proyecto de vida que resulte acorde con dicha orientación, en particular, en lo que atañe a sus relaciones interpersonales emocionales, afectivas y sexuales.

103. En efecto, si bien una persona en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de pensamiento y de religión (artículo 2, inciso 3, de la Constitución), puede considerar que dicho determinismo existe, no puede pretender imponer coactivamente dicha perspectiva naturalista a terceras personas. Si lo hiciera estaría tratando a tales personas no como sujetos de Derecho, sino como objetos de creencias ajenas, violándose uno de los sentidos esenciales de la dignidad humana que consiste, justamente, en tratar a todo ser humano como fin en sí mismo y nunca como un simple medio (ÓSCAR UGARTECHE GALARZA, 2020, pág. 33 ss)



3.1.4. Alcances del derecho a la Libertad Cultural; de acuerdo a la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano

En el caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, la CIDDHH, en referencia a la cultura, señala que:

Su cultura es muy parecida a aquella de los pueblos tribales en tanto los integrantes del pueblo Saramaka mantienen una fuerte relación espiritual con el territorio ancestral que han usado y ocupado tradicionalmente. La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos. En especial, la identidad de los integrantes del pueblo con la tierra está intrínsecamente relacionada con la lucha histórica por la libertad en contra de la esclavitud, llamada la sagrada “primera vez”. [...]

En la sentencia señalada, la CIDDHH, determina que la relación que se da entre la naturaleza y los Pueblos Indígenas, es parte de su identidad cultural



de dichos pueblos, en consecuencia, dicha relación debe ser respetada y entendida por los Estados Partes, lo cual es de importancia puesto que muchos países, entre ellos el nuestro, con frecuencia se realizan actividades de explotación petrolera o mineras en los territorios de los Pueblos Indígenas, sin entender, que la naturaleza es parte de su identidad cultural de los Pueblos Indígenas, la que debe ser respetada por el Estado y la Sociedad en su conjunto, lo cual implica una acciones de abstención por parte del estado y la sociedad en esta caso de las empresas petroleras o mineras, de afectar la relación existente entre los pueblos indígenas y su territorio, pero al mismo tiempo implica acciones de promoción de la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Corte IDH. Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214 211. Conforme a los estándares internacionales, los Estados tienen el deber de garantizar la accesibilidad a educación básica gratuita y la sostenibilidad de la misma. En particular, cuando se trata de satisfacer el derecho a la educación básica en el seno de comunidades indígenas, el Estado debe propiciar dicho derecho con una perspectiva etnoeducativa. Lo anterior implica adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable desde una perspectiva étnica diferenciada. (Humanos, 1992, pág. 132)

Estando a lo señalado por la CIDDDHH, en la sentencia pre citada, se determina la obligación de los estados en referencia de los derechos culturales de los pueblos indígenas de garantizar la educación básica en forma gratuita, la cual



debe darse desde una perspectiva intercultural, lo cual implica dar una educación teniendo en cuenta su cultura, su lengua, sus tradiciones.

En referencia a la Libertad Cultural el Tribunal Constitucional Peruano señala que:

20. En ese marco, este Tribunal comprende que el artículo 2, inciso 19, de la Constitución tutela dos situaciones distintas. Por un lado, reconoce a los peruanos la potestad de usar su propio idioma (distinto al castellano) ante cualquier autoridad mediante un intérprete; por otro, reconoce a los extranjeros citados por una autoridad la prerrogativa de usar su propio idioma, como lo ha establecido este Tribunal en la STC 04719-2007-HC/TC, FJ. 17. Ambas situaciones tienen como objetivo preservar la identidad cultural de las personas. Una tercera situación está regulada en el artículo 48 de la Constitución por el cual todos los peruanos que hablen una lengua distinta al castellano (quechua, aimara u otra lengua aborigen) y que vivan en un lugar donde ésta predomina, tienen la potestad de utilizarla y los órganos estatales respectivos el deber de institucionalizarla en atención a que resulta oficial en dicha zona. (MARÍA ANTONIA DÍAZ CÁCERES DE TINOCO , 2018)⁶⁵

⁶⁵ Con fecha 24 de noviembre de 2014, la actora interpone demanda de amparo Municipalidad Provincial de Carhuaz. Solicita que se le permita continuar alizando sus productos de manera ambulancia en el mismo espacio y horario según alega, viene ocupando desde 1986. Por consiguiente, requiere que no se le lo "acordado" en la carta de compromiso del 16 de abril de 2014, cuyo contenido desconoce, puesto que es quechua hablante y analfabeta en el idioma castellano. Denuncia haber sido discriminada en lo concerniente a los turnos de venta, pues otra comerciante —de nombre Betty— sí puede comercializar sus productos en esa parte de la vía pública y sin restricción de horario. Sin embargo, la demandante solo puede hacerlo desde las 13 hasta las 16 horas; es decir, luego de que dicha persona deje ese lugar. Asimismo, cuestiona la asignación del referido horario por resultar inconveniente para la comercialización de sus productos (frutas y helados).



El Tribunal Constitucional Peruano, establece que parte de la protección del Derecho a la Cultura, viene hacer la protección de las lenguas aborígenes existentes en el país, ello como un deber del Estado, sin embargo, igualmente comprende el derecho que tienen esos pueblos indígenas de utilizar su lengua cuando se van a dirigir a los Órganos del Estado, entendemos este aspecto de suma importancia puesto que los pueblos indígenas al dirigirse ante las autoridades en su propio idioma tendrán una mayor posibilidad de poder expresar sus sentimientos, sus anhelos, posiciones, lo cual implica que la utilización del propio idioma no solo debe ser entendido como un mero formalismo sino como una posibilidad real de ejercer su derecho cultural mediante su lengua materna.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, al referirse a la cultura señala que:

En efecto, la cultura es un proceso manifiesto de discursos y acciones que cimentan una serie de costumbres en una determinada sociedad. Estas costumbres han ido variando a través del tiempo, señalándose siempre la envergadura e importancia de su poder de convocatoria en la población que, sin lugar a dudas, necesitará siempre de una determinada cultura a fin de poseer un espíritu de cuerpo. (Demanda de inconstitucionalidad contra la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30407, “Ley de Protección y Bienestar Animal”, 2020, pág. 85).

De acuerdo a esto el Tribunal Constitucional, señala que la cultura también comprende lo que expresa un pueblo, sus acciones y costumbres las cuales no vienen hacer estáticas sino van mutando en el tiempo, sin embargo, dicho



cambio no debe ser impuesto sino voluntaria, y dicho cambio que las realizan las propias comunidades es parte del derecho cultural que tiene una persona.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, **bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados**, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate. (BALDOMERO CALLUPE CUEVA a favor de HARRY CANO DÁVILA, 2022, pág. 09)

Si bien es cierto en esta sentencia el Tribunal Constitucional se refiere a que los servicios médicos se deben proporcionar mediante procedimientos médicos culturalmente apropiados a las poblaciones, sin embargo, esta garantía de accesibilidad debe extenderse a otros servicios que brinda el estado a la población, como es el de justicia, educación.

En referencia al servicio de justicia hay una preocupación del Poder Judicial y del Ministerio Público, de priorizar que sus servidores, como Jueces y Fiscales, hablen el idioma predominante de la zona donde van a laborar, es decir, que hablen el quechua, el aimara, el machiguenga, entre otros, lo cual es de suma importancia, sin embargo, estando a lo que señala el Tribunal Constitucional, en la sentencia pre citada en referencia a los servicios del salud que brinda el Estado y que perfectamente es aplicable a los servicios de justicia, dicho servicio deben de brindarse con procedimientos culturalmente



apropiados a la zona, lo cual va más allá de solo hablar el idioma predominante de la zona.

3.1.5. Alcances del derecho a la Libertad de Empresa; de acuerdo a la Corte Inter Americana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Peruano

En referencia a este punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

Derecho a un medio ambiente sano 46. La CIDH y su REDESCA reafirman la relación estrecha entre los derechos humanos, el desarrollo sostenible y el medio ambiente cuya interacción abarca innumerables facetas y alcances⁸⁵; por ello, no sólo los Estados, al ejercer sus funciones regulatorias, fiscalizadoras y judiciales, sino también las empresas, en el marco de sus actividades y relaciones comerciales, deben tener en cuenta y respetar el derecho humano a un medio ambiente sano y el uso sostenible y conservación de los ecosistemas y diversidad biológica, poniendo especial atención a su estrecha relación con los pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y poblaciones rurales o campesinas.... (Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos, 2019, pág. 35)

Si bien es cierto lo anteriormente citado no está en una Sentencia u Opinión Consultiva de la CIDDDHH, sin embargo, lo señala la Comisión Inter Americana de Derechos Humanos, que conforma el Sistema Inter Americano de Derechos Humanos, y es citado en el presente trabajo, en virtud a que la Libertad de Empresa, debe realizarse en el marco de un desarrollo sostenible,



es decir, la actividad empresarial se debe emprender sin afectar los derechos de las generaciones futuras, así mismo, respetando los derechos de los pueblos indígenas y originarios, así como de las poblaciones afro descendientes, principalmente respetando la relación que tienen estas poblaciones con sus territorios y medio ambiente.

La Corte Interamericana no tiene un desarrollo específico en referencia a la Libertad de Empresa, sin embargo, en el marco de la Pandemia del COVID 19, ha efectuado un pronunciamiento que puede aplicarse al derecho a la Libertad de Empresa:

- Se debe velar porque se preserven las fuentes de trabajo y se respeten los derechos laborales de todos los trabajadores y trabajadoras. Asimismo, se deben adoptar e impulsar medidas para mitigar el posible impacto sobre las fuentes de trabajo e ingresos de todos los trabajadores y trabajadoras y asegurar el ingreso necesario para la subsistencia en condiciones de dignidad humana. En razón de las medidas de aislamiento social y el impacto que esto genera en las economías personales y familiares, se deben procurar mecanismos para atender la provisión básica de alimentos y medicamentos y otras necesidades elementales a quienes no puedan ejercer sus actividades normales, como también a la población en situación de calle (HUMANOS, 2020).

Lo señalado por la Corte Inter Americana, es de aplicación a lo que debemos de entender la Libertad de Empresa, en la que se establece que el en el ejercicio de dicho derecho, se debe de respetar el derecho de los trabajadores



y trabajadoras y cualquier medida que se puede dar debe ser lo menos lesivo a los derechos de los empleados.

Por su parte el Tribunal Constitucional Peruano, en referencia al contenido de la libertad de empresa señala que:

13. Contenido de la libertad de empresa

Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis infra.

- En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).

- tercer lugar, está la libertad de competencia.

- En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

Por otro lado, la libertad de empresa está íntimamente relacionada con las libertades de comercio y de industria. La primera consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o



usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Por su parte, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos. (LUDESMINIO LOJA MORI, 2005, págs. 11 -12)

De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional, son cuatro dimensiones que definen la libertad de Empresa, la facultad que tienen los ciudadanos de crear y desarrollar una empresa, de establecer su propia organización, de participar de la libre competencia y determinar las conclusiones de sus actividades, aspecto que deben ser garantizados por el Estado, sin embargo, el Estado, pueda asegurar el contenido de la libertad de empresa debe de jugar un rol importante en asegurar que se dé una libre y sana competencia, lo cual determina que el Estado debe asegurar el desarrollo de capacidades, es decir, que los ciudadanos y ciudadanas tengan capacidades para enfrentar los retos que representa estar dentro de un régimen en una economía social de mercado, capacidades que se podrán otorgando una educación de calidad, que permita desarrollar personalmente y académicamente a los y las ciudadanas, es decir, formando ciudadanía lo cual implica el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Por otro lado, 12. En reiterada y uniforme jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas



libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 -libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras-, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En el caso peruano, esto implica que las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución) y la economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución). En una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Coincidentemente con esta concepción, la Constitución en su artículo 60° reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional (STC 01963-2006-AA/TC). 12.

El Tribunal Constitucional del Perú, determina que la Libertad de Empresa juega un rol importante en el desarrollo de la Economía del País, pero igualmente, debe tener papel importante en el desarrollo social del país, ello implica que debe ser un empresa socialmente responsable, es decir, debe comprometerse en el desarrollo social, lo cual determina que debe tener un compromiso con el desarrollo de la educación, la salud, **Ser una Empresa**



Socialmente Responsable “ESR” es aquella que fundamente su visión y compromiso en políticas, programas, toma de decisiones y acciones que benefician a su negocio y que inciden positivamente en la gente, el medio ambiente y las comunidades en que operan, más allá de sus obligaciones, atendiendo sus expectativas (responsables, s.f.).

13. En este contexto, la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución⁶⁶.

14. Para ello, el Estado debe remover los obstáculos que impidan o restrinjan el libre acceso a los mercados de bienes y servicios, así como toda práctica que produzca o pueda producir el efecto de limitar, impedir, restringir o falsear la libre competencia, para lo cual debe formular y establecer todos los mecanismos jurídicos necesarios a fin de salvaguardar la libre competencia. Por dicha razón, el artículo 61° de la Constitución reconoce que el Estado: **a)** facilita y vigila la libre competencia; **b)** combate toda práctica que

⁶⁶ **CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERU**
TITULO III
DEL REGIMEN ECONOMICO
CAPITULO I
PRINCIPIOS GENERALES

Economía Social de Mercado

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Rol Económico del Estado

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. **El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas.** El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. (el resaltado es nuestro)



limite la libre competencia; y c) combate el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. (CORPORACIÓN REY S.A., 2010).

De acuerdo a lo anterior el Tribunal Constitucional Peruano, parte de la premisa que la libertad de empresa es un derecho a fundamental de la persona, sin embargo, al mismo tiempo determina que la actividad empresarial debe de desarrollarse dentro del marco de la Constitución Política del Estado, lo cual implica que la actividad empresarial no sea lesiva a la moral, a la salud y las seguridades públicas.

Lo señalado por el Tribunal Constitucional es de importancia puesto que determina que la actividad empresarial no debe afectar la salud de las personas, ello determina que muchas de las actividades empresariales principalmente las extractivas, operan sin cumplir lo estipulado por la Constitución Política del Estado, puesto que muchas empresas mineras con su actividad afectan la salud de las poblaciones como es el caso de Roe Rum⁶⁷, así como, de las actividades en Espinar.

Con ocasión de la pandemia del COVID 19, hemos podido ver que las Clínicas Privadas han elevado sus tarifas de atención a los pacientes afectados por la pandemia del COVID 19⁶⁸, o que la comercialización del gas medicinal

⁶⁷ El caso de Doe Run, en La Oroya, es mundialmente conocido. Es la quinta más contaminada del mundo, según el Ministerio de Salud, el 99,1% de los niños oroíños tienen promedios altos de plomo en sangre, 33,6 ug/dl (microgramos por decilitro), lo que sobrepasa los límites máximos permisibles de la Organización Mundial de la Salud: 10 ug/dl. (<https://revistaideele.com/ideele/content/doe-run-la-contaminaci%C3%B3n-invisible>)n

⁶⁸ **Muchos peruanos llevaban semanas denunciando las elevadas tarifas que las clínicas privadas de su país han venido cobrando por atender a los pacientes de covid-19.**

Y por ello, este miércoles, el presidente **Martín Vizcarra** les dio a las clínicas un ultimátum público para que aceptaran o negociaran tarifas razonables que el Estado pudiera pagarles por sus servicios durante la pandemia.



solo se otorgó a dos empresas⁶⁹, actividad que deviene en inconstitucional puesto que esta especulación en el precio del oxígeno medicinal en plena pandemia afecto en muchos de los casos afecto gravemente la salud de los peruanos.

3.2 Límites del Derecho a la Libertad -Libertinaje, Abuso de Ejercicio del derecho

En primer término, desde una perspectiva jurídica, parece incuestionable que los derechos fundamentales se hallan sometidos a límites, aunque sólo sea por su necesidad de articulación con los derechos de los demás. Es así lugar común la cita del artículo 4 de la Declaración de Derechos de 1789 cuando señala que «el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos» (Aguilar de Luque, 1993, pág. 13).

De lo contrario, **dijo que invocaría un artículo de la Constitución que justifica la expropiación a los privados en casos de "seguridad nacional o necesidad pública"**(<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53185216>)

⁶⁹ El portal de investigación periodística Ojo Público informó, el martes 2 de junio, que dos corporaciones globales Linde (Alemania) y Air Products (EE.UU.), concentraron los procesos de ventas de oxígeno medicinal destinado a los hospitales del Ministerio de Salud, Essalud y los Gobiernos Regionales durante los últimos años.

La venta de oxígeno se ha instaurando en el Perú como un oligopolio, y en el ámbito de la pandemia por COVID-19 dichas empresas han disparado el precio de este indispensable elemento para la salud pública.

Por su parte, el Gobierno ha mencionado que declarará el acceso al oxígeno de interés nacional para solucionar dicha problemática suscitada ante la alta demanda de la población afectada por el coronavirus. (<https://www.servindi.org/actualidad-noticias/04/06/2020/peru-el-negocio-del-oxigeno-y-la-respuesta-del-gobierno>)



Como todo derecho, el de la Libertad no es un derecho ilimitado, en consecuencia estamos frente a la característica del Derecho a la Libertad, que este derecho no es un derecho absoluto, por lo que se debe determinar hasta donde se puede ejercer dicho derecho lo cual tiene su respuesta en “Tus derechos terminan donde empieza el derecho de los demás”, es decir, el ejercicio de un derecho no puede afectar el derecho de los demás, lo cual implica que los derechos deben ser ejercidos en forma consciente, racional y ponderada, haciendo que el ejercicio de la libertad de una persona, no afecte el derechos de los demás, y asegurando su ejercicio, como lo determina Villaverde en el siguiente párrafo:

Todo derecho fundamental posee aquellos límites a su objeto, y en consecuencia, a su contenido, que derivan de su coexistencia con otros derechos fundamentales y otros bienes e intereses jurídicos protegidos por la Constitución (aunque en este caso, el de los bienes e intereses constitucionales, ya sólo la identificación de cuáles sean y si todos pueden oponerse como límite a los derechos fundamentales ciertamente polémico). Así lo ha dicho en multitud de ocasiones nuestro TC. Valga como ejemplo el FJ-8 de la STC 120/90: (...) (Villaverde, 1998, pág. 34)

En este caso, el límite a los límites, que ya no es del art.19 LFB, no es otro que el denominado principio de concordancia práctica, según el cual, si hay conflicto entre dos derechos fundamentales o un derecho fundamental y un bien o interés constitucional, debe optimizarse la garantía de uno y otro, para



evitar que uno prevalezca y anule al otro, dado que ambos poseen el mismo rango (en último término este principio acaba por ser un remedo del principio de proporcionalidad aplicado a la relación entre dos normas de igual rango). En caso de no ser posible esa concordancia, se procederá a la ponderación de bienes, donde se buscarán las razones que permitan dar preferencia en la protección a uno en detrimento del otro. (Villaverde, CONCEPTO, CONTENIDO, OBJETO Y LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES , 1998, pág. 39)

Sin embargo, en el ejercicio de derechos con frecuencia nos encontraremos que su ejercicio puede afectar el ejercicio de los derechos de los demás ciudadanos, por lo que al encontrarnos ante tal situación, ¿cómo debemos resolver el conflicto de ejercicio de derechos?, frente a tal hecho deberemos de aplicar lo que Villaverde señala el principio de concordancia o se deberá realizar una Ponderación de Derechos como lo determina el Tribunal Constitucional Peruano, de acuerdo a lo cual se deberá de adoptar la medida que sea la menos gravosa a los derechos que se están ponderando, es decir, se adoptara la medida que mayor posibilidad de ejercicio de ambos derechos

«Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitado al caso individual. Además, deberá citar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia.» (Agutar de Luque, 1993, pág. 14)



¿Un aspecto importante como se puede limitar el ejercicio de los Derechos Fundamentales?, para la presente investigación el de la Libertad, señalamos que este derecho puede ser limitado por Ley, sin embargo, dicha limitación debe aplicarse en forma general y no a un caso específico, pues de darse estaríamos ante una afectación del derecho a la igualdad formal, es decir, ante el hecho que todos somos iguales ante la ley y esta se debe aplicar a todos por igual, por lo que esto implica que la ley se debe dar en base a la naturaleza de las cosas y no de las personas.

3.3 Parámetros de Racionalidad y Proporcionalidad de intervención del Derecho a la Libertad. –

Como se tiene dicho ningún Derecho Humano es ilimitado, entre ellos el de la Libertad, lo cual se basan en los principios enarbolados por la Revolución Francesa de 1789: ***“LA LIBERTAD CONSISTE EN PODER HACER TODO LO QUE NO PERJUDICA A LOS DEMÁS: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos”***, lo cual en la práctica se sintetiza en: “Tus derechos terminan donde empiezan mis derechos”, por lo que si se da un ejercicio abusivo del Derecho a la Libertad, lo cual perjudicaría a un ciudadano o los derechos colectivos de la ciudadanía, el Estado, tiene que intervenir para evitar que se vulnere el derecho de los demás, sin embargo, dicha intervención estatal no puede ser ilimitada, pues de lo contrario implicaría un contra sentido de lo que pretende proteger el Estado, es decir, no se puede



limitar el derecho de la libertad de una persona en forma irracional y desproporcionada con la finalidad de proteger los derechos de un ciudadano o de la sociedad en su conjunto, en consecuencia se da la necesidad de establecer los criterios de racionalidad y proporcionalidad que se debe tener para intervenir los derechos de una persona, en el presente estudio el derecho a la Libertad.

En referencia a ello la Comisión Inter Americana ha señalado: Considerando con especial preocupación que mediante la restricción o limitaciones a los derechos se pueden generar impactos en el goce de otros derechos de manera desproporcionada en determinados grupos y que, por lo tanto, se hace necesaria la adopción de medidas positivas de protección adicionales para estos grupos, ante la evidencia de que se han suscitado restricciones al trabajo de la prensa y detenciones arbitrarias de periodistas y personas defensoras de derechos humanos en el marco de la cobertura de la pandemia. (CIDDDHH, PANDEMIA Y DERECHOS HUMANOS EN LAS AMÉRICAS, 2020, pág. 6)

De acuerdo a lo cual la Comisión Inter Americana de Derechos Humanos ha señalado, si bien es cierto dentro del contexto de la Pandemia del Covid 19, sin embargo, es válido para el presente estudio, porque señala en forma clara que la restricción o la limitación en el ejercicio de un derecho no puede generar en forma desproporcionada la restricción de otros derechos, lo cual implica que las restricciones del ejercicio de un derecho deben ser lo estrictamente



necesario, restricción en la que se debe tener en consideración el Principio de Racionalidad y Proporcionalidad, como lo señalamos anteriormente.

Por otro lado, la Corte Inter Americana, determina que: 53. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física²⁸. Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. **De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.** (Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, 2007, pág. 14) (el resaltado es nuestro).

Lo señalado por la Corte Interamericana, citado líneas arriba, establece un aspecto muy importante en referencia al ejercicio de la Libertad Ambulatoria, en el sentido que determina claramente que su ejercicio viene hacer la regla, es decir, los Estados deben de adoptar las medidas necesarias a efecto que el



ejercicio del derecho a la Libertad, se concretice, señalando que su limitación debe ser la excepción, lo cual determina que su limitación se debe dar en casos excepcionales y cuando es absolutamente necesario.

66. En términos generales, la jurisprudencia interamericana ha explicado que, “las restricciones a la libertad de expresión deben incorporar las exigencias justas de una sociedad democrática”; que “las normas al amparo de las cuales se interpretan estas restricciones deben ser compatibles con la preservación y el desarrollo de sociedades democráticas conforme lo estipulan los artículos 29 y 32 de la Convención [Americana]”; y que “la interpretación de las restricciones a la libertad de expresión (artículo 13(2)) debe ‘juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas’, dado que la libertad de expresión es esencial para toda forma de gobierno democrática”. En los párrafos que siguen se explican las condiciones específicas que surgen de esta regla general. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, pág. 24).

Si bien es cierto, lo señalado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es dentro del marco de la Libertad de Expresión, sin embargo, la mencionada Relatoría, determina un aspecto que es de aplicación a cualquier limitación que tenga relación con el derecho la Libertad, puesto que cualquier limitación de los derechos ciudadanos, tiene que darse dentro del marco de la vigencia de los



valores democráticos lo cual determina que el estado limitara un derecho cuando sea lo estrictamente necesario.

7. Siendo el derecho de tránsito o de locomoción un atributo con amplios alcances, se encuentra, sin embargo, por mandato expreso de la propia Constitución y conforme a los criterios recogidos por los instrumentos internacionales antes referidos, sometido a una serie de límites o restricciones en su ejercicio. Dichas restricciones pueden ser de dos clases, explícitas o implícitas (CENTRO DE ORIENTACIÓN FAMILIAR , 2005, pág. 6).

Lo anteriormente esta señalado en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Peruano, en el expediente N° 5994-2005-PHC/TC, de ello se pude extraer dos aspectos muy importantes que las restricciones la Libertad de Tránsito, deben ser explícitas, lo cual significa que deben estar claramente establecidas en el ordenamiento jurídico, así por ejemplo, en la Constitución Política del Perú se determina taxativamente en que casos una persona puede ser privada de sus libertad, ello es por mandato escrito y motivado del juez o en caso de flagrante delito por la Policía Nacional del Perú.⁷⁰

⁷⁰ Constitución lítica del Perú:
Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

"f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. La detención no durará más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las investigaciones y, en todo caso, el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro del plazo máximo de cuarenta y ocho horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje, tráfico ilícito de drogas y a los delitos cometidos por organizaciones criminales. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince



13. Las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no son por ello inexistentes o carentes de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, bajo determinadas circunstancias, debe prevalecer. Un caso específico de tales restricciones opera precisamente en los supuestos de preservación de la seguridad ciudadana, en los cuales se admite que, bajo determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, es posible limitar el derecho aquí comentado. (CENTRO DE ORIENTACIÓN FAMILIAR, 2005, pág. 8)

Estando a lo señalado por el Tribunal Constitucional Peruano, también establece que a un ciudadano o ciudadana se le puede privar de su libertad en supuestos que no estén expresamente determinados por la ley, sin embargo, en la restricción se debe de tener en cuenta el principio de racionalidad y proporcionalidad, es decir, idoneidad, necesidad y proporcionalmente propiamente dicho, pues de lo contrario dicha restricción devendría en arbitraria.

4. Como todo derecho fundamental, el derecho a la libertad personal no es absoluto, pues como lo establecen los ordinales a) y b) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, aparte de ser regulados, puede ser restringidos o limitados mediante ley. Ningún derecho fundamental, en efecto, puede considerarse

días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término”.



ilimitado en su ejercicio. Los límites que puede imponerseles son intrínsecos o extrínsecos. Los primeros son aquellos que se deducen de la naturaleza y configuración del derecho en cuestión. Los segundos, en cambio, se deducen del ordenamiento jurídico, cuyo fundamento se entra en la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos. Por ello, si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma, no es inconstitucional. Esto es así porque, en esencia, la detención judicial preventiva constituye una medida cautelar, dado que se dicta para asegurar la efectividad de la sentencia condenatoria que pueda dictarse en futuro. No se trata, entonces, de una medida punitiva. Por lo tanto, sólo se justificará cuando existan motivos razonables y proporcionales para su dictado. Por ello, no puede justificarse únicamente en la prognosis de la pena que, en caso de expedirse sentencia condenatoria, se aplique a la persona que hasta ese momento tenga la condición de procesada, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad. (JOSÉ LUIS OLIVARES PÉREZ, 2005, pág. 02)

De acuerdo a lo cual estamos frente a dos afirmaciones importantes que ninguna Derecho Humano es ilimitado, en consecuencia puede ser restringido, y dicha restricción dentro de los parámetros de racionalidad y proporcionalidad, sin embargo, el Tribunal Constitucional Peruano adhiere a lo anterior un aspecto importante, que dicha restricción debe darse para proteger o preservar otros bienes, valores o derechos, con lo cual se establece otros elementos que se deben tener en cuenta para al momento de restringir un derecho en este caso el derecho a la Libertad.



CONCLUSIONES

1. De acuerdo a lo desarrollado se concluye que los instrumentos Internacionales de protección de Derechos Humanos, son instrumentos vivos y estos deben evolucionar de acuerdo a los tiempos y las condiciones actuales, lo cual determina que los Instrumentos Internacionales de protección de Derechos Humanos, así como, las Constituciones Políticas de los Estados, deben estar abiertos a dichos cambios a efecto de ser incorporados en sus textos.
2. Ningún derecho humano, es ilimitado, sin embargo, las limitaciones que se den a los derechos humanos, deben estar acorde con los valores de un Estado Constitucional, lo cual se determina que su restricción sea de dentro del marco del principio de racionalidad y proporcionalidad.
3. En la mayoría de los casos la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sustenta la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, sin embargo, en referencia al derecho la Libertad Religiosa, el Tribunal Constitucional Peruano, a tenido un mayor desarrollo en relación a este derecho
4. Al restringirse la libertad ambulatoria, igualmente se limita una gama importante de otros derechos fundamentales como el derecho de reunión, al trabajo, a la vida en familia, etc. Por lo que la privación de la libertad ambulatoria debe ser la excepción y no la regla



5. El ciudadano, puede elegir en forma libre y voluntaria la religión que desea profesar, por otro lado, queda en su facultad de hacer pública su fe religiosa, y al mismo tiempo determina una obligación del Estado, de proteger a la persona de cualquier acto de discriminación que tenga por propósito darle un trato distinto que menoscabe sus derechos por sus creencias religiosas.

6. Los estados partes deben de garantizar a los ciudadanos se le respete su individualidad lo cual implica que se desenvuelvan y puedan exteriorizar libremente su identidad sexual, sin que por ello se les genere estereotipos, es decir, una imagen de desvalor y con ello un rechazo a la persona, por tener una opción sexual distinta lo que comúnmente es aceptada

7. El Tribunal Constitucional Peruano, establece que parte de la protección del Derecho a la Cultura, viene hacer la protección de las lenguas aborígenes existentes en el país, ello como un deber del Estado, sin embargo, igualmente comprende el derecho que tienen esos pueblos indígenas de utilizar su lengua cuando se van a dirigir a los Órganos del Estado, entendemos este aspecto de suma importancia puesto que los pueblos indígenas al dirigirse ante las autoridades en su propio idioma tendrán una mayor posibilidad de poder expresar sus sentimientos, sus anhelos, posiciones.

El derecho a la libertad cultural, igualmente, implica que los servicios que brinda el estado deben tener un enfoque intercultural,



8. La libertad de Empresa, debe ser entendida como la facultad que tienen los ciudadanos de crear y desarrollar una empresa, de establecer su propia organización, de participar de la libre competencia y determinar las conclusiones de sus actividades, aspecto que deben ser garantizados por el Estado,

El Tribunal Constitucional del Perú, determina que la Libertad de Empresa juega un rol importante en el desarrollo de la Economía del País, pero igualmente, debe tener papel importante en el desarrollo social del país, ello determina que debe ser una empresa socialmente responsable



RECOMENDACIONES

1. Se debe dar una reforma de la Constitución Política del Estado, a efecto que se incorpore nuevos derechos relacionados al derecho a la Libertad, en que se determine sus garantías para el ejercicio pleno de dichos de estos derechos.
2. Si bien es cierto que la Libertad, implica básicamente el poder hacer o no hacer, sin embargo, de acuerdo a lo desarrollado la Libertad implica que se den las condiciones sociales y económicas a efecto que los y las ciudadanas puedan conducirse en Libertad, en vista de lo cual el Estado, mediante el Poder Ejecutivo, debe implementar políticas públicas, a efecto que paulatinamente se vayan disminuyendo las brechas sociales en el Perú, a efecto que los ciudadanos puedan ejercer su derecho a la Libertad a plenitud.
3. Constitucionalmente se debe establecer que el Perú es un país pluricultural multilingüe, para a partir de ello se establezcan políticas públicas con enfoque intercultural en los servicios públicos que brinda el Estado Peruano.
4. Se debe establecer un marco legal, que asegure que las empresas en el país, cumplan efectivamente su rol social y ambientalmente sean responsables, con el propósito de proteger y promover los derechos de los pobladores de sus áreas de influencia.



REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LIBROS

RUBIO CORREA, Marcial. “Estudio de la Constitución Política De 1993”
Pontificia Universidad Católica Del Perú. 1999

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. “La dimensión expansiva del
constitucionalismo. Retos y exigencias”. En: Teoría y metodología del derecho.
Estudio en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba, volumen II. Madrid:
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas- Departamento de
Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho-Universidad Carlos
III de Madrid-Dykinson. 2008.

BARTLETT DIAZ, Manuel. Reformas a la constitución de 1917 (1-3). México:
Porrúa. 2004. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio/ FIX FIERRO, Héctor/ OVALLE
FAVELA, José/ BUNSTER BRISEÑO, Alvaro/ ORTIZ PROAL, Fernando.
Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus constituciones. México:
LVII Legislatura de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión-
Miguel Ángel Porrúa-librero-editor, 12 volúmenes. 2003.

DE LA SIERRA, Susana. Una metodología para el derecho comparado.
Derecho público comparado y derecho administrativo europeo. Madrid: Civitas.
2004.

FREIXES SANJUÁN, Teresa. “Derechos fundamentales en la Unión Europea.
Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los



derechos fundamentales”. Revista de derecho constitucional europeo, número 4. 2005.

GAMBINO, Silvio. “El derecho constitucional común europeo entre teoría constitucional y praxis”. Cuadernos de Derecho Público, número 24. 2005.

LUCAS VERDÚ, Pablo. La constitución abierta y sus enemigos. Madrid: Baremar. 1993.

MAGALINÍ, Ana Laura/ Zaldívar, Arturo. “El ciudadano Olvidado”. Revista Nexos, número 342, Junio del 2006.

PEÑA TORRES, Marisol. “La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional Chileno”. Estudios Constitucionales- Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, número 1. 2008.

PÉREZ DE CUELLAR, Javier. “Reflexión sobre los variados aspectos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. En: Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI. Madrid: Consejo General de Poder Judicial. 1999.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU. (2015). Guía de investigación en Derecho. Vicerrectorado de investigación.



ANEXOS

Ficha de análisis documental

Tipo de documento:

.....

Autor:

.....

Lugar y fecha de análisis:

.....

Ideas principales:

.....
.....
.....
.....
.....

Ideas secundarias:

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Conclusiones:

.....
.....
.....