

VIII. RECEPCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION DE 1979

Los llamados derechos de la primera generación, que son los clásicos derechos individuales y políticos, son acogidos plenamente. Los posteriores, derechos de la segunda generación, se recogen parcialmente en el texto constitucional.

Finalmente, aquellos que hemos identificado como de la tercera generación, llegan en forma algo tímida, pues se trata, en muchos casos, de derechos cuya vigencia en nuestro medio es problemática, por la ausencia de un contexto adecuado (de carácter político, social y económico).

La problemática fundamental de estos derechos está —como es lógico— en su vigencia real y efectiva, principalmente en los llamados de tercera generación, que han surgido en contextos muy desarrollados, en sociedades muy ricas y avanzadas.

Cumplir con los derechos económicos, sociales y culturales, tampoco es tarea fácil. Esto se agudiza en los países subdesarrollados, pues ellos implican prestaciones de parte del Estado, el que muchas veces no puede brindarlos a la población.

Como era de preverse, por todo el panorama político y social anterior a su promulgación, la Constitución de 1979 consagra un extenso número de derechos. Lo hace, muchas veces, de manera desordenada, reiterativa y poco coherente.

(Lo ideal, acorde con una buena técnica legislativa, hubiera sido establecer los grandes principios, y no descender a la casuística, al detalle, que podría ser objeto de desarrollo legislativo. Por razones políticas, esto no sucedió con el texto de 1979).

Existió, de parte del constituyente de 1979, una obsesión por especificar al detalle la protección posible de derechos de la persona; esto explica su proliferación en la Constitución.

Vamos a enumerar los derechos consagrados expresamente por la Constitución, tal como se desprende del articulado de su texto. Hacemos la salvedad que muchos de ellos son reiterativos o son desarrollo de otros; a su vez, algunos comprenden en sus enunciados generales, diversos derechos que podrían desdoblarse y analizar por separado. Ellos son:

- 1) Derecho a la vida,
- 2) Derecho al nombre propio,
- 3) Derecho a la integridad física,
- 4) Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad,
- 5) Derecho a la igualdad ante la ley,
- 6) Derecho a la libertad de conciencia y de pensamiento,
- 7) Derecho a la libertad religiosa,
- 8) Derecho a la información y a la libre expresión,
- 9) Derecho al honor,
- 10) Derecho a la buena reputación,
- 11) Derecho a la intimidad personal y familiar,
- 12) Derecho a la propia imagen,
- 13) Derecho a la libre creación intelectual, artística y científica,
- 14) Derecho a la inviolabilidad de domicilio,
- 15) Derecho a la inviolabilidad y secreto de los papeles privados,
- 16) Derecho a la inviolabilidad y secreto de las comunicaciones,
- 17) Derecho a elegir y a ser elegidos,
- 18) Derecho al libre tránsito,
- 19) Derecho a elegir residencia,

- 20) Derecho de reunión,
- 21) Derecho de asociación,
- 22) Derecho de crear fundaciones,
- 23) Derecho a la libre contratación,
- 24) Derecho al trabajo, a su libre elección y a sus beneficios,
- 25) Derecho a la propiedad,
- 26) Derecho a la herencia,
- 27) Derecho a la libertad de empresa (incluye la clásica libertad de industria y comercio),
- 28) Derecho a la vida decorosa,
- 29) Derecho a la vivienda,
- 30) Derecho a una tumba gratuita,
- 31) Derecho al medio ambiente,
- 32) Derecho a la libertad de cátedra y de enseñanza,
- 33) Derecho a la libertad y seguridad personales,
- 34) Derechos del niño,
- 35) Derecho a participar en la vida política, económica , social y cultural de la nación.
- 36) Derecho a guardar reserva sobre convicciones políticas, filosóficas y religiosas,
- 37) Derecho de petición,
- 38) Derecho a una nacionalidad,
- 39) Derecho a obtener y renovar pasaporte,
- 40) Derecho a la jurisdicción,
- 41) Derecho a la familia y su protección,
- 42) Derecho a la seguridad social y a la salud,
- 43) Derecho de protección de los minusválidos,
- 44) Derecho a la educación,
- 45) Derecho a la cultura,
- 46) Derecho al uso del propio idioma,
- 47) Derecho a protección en el trabajo,
- 48) Derecho de huelga,
- 49) Derecho de asilo, y
- 50) Derecho de sindicación.

De acuerdo al *art. 4 de la Constitución*, deben considerarse además los derechos que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático

de derecho y de la forma republicana de gobierno, y otros de naturaleza análoga. (Los llamados por la doctrina como derechos implícitos o derechos no enumerados).

La Constitución también establece deberes, atendiendo a la lógica de que todo derecho conlleva un deber y viceversa.

Se trata, estrictamente hablando, de *deberes constitucionales*, de obligaciones frente a los demás y frente al Estado; estos últimos principalmente contenidos en los artículos 72 al 78 de la Carta Fundamental.

Son los siguientes:

- 1) Deber de vivir pacíficamente,
- 2) Deber de honrar al país,
- 3) Deber de cumplir las leyes,
- 4) Deber de sufragar,
- 5) Deber de pagar impuestos,
- 6) Deber de cumplir el servicio militar,
- 7) Deber de trabajar,
- 8) Deber de contribuir al restablecimiento del orden constitucional,
- 9) Deber de contribuir a la afirmación de una sociedad justa, fraterna y solidaria,
- 10) Deber de conservar el ambiente,
- 11) Deber de participar en la promoción y defensa de la salud,
- 12) Deber de los hijos de asistir y respetar a sus padres,
- 13) Deber de los padres de alimentar y cuidar a sus hijos,
- 14) Deber de participar en la defensa nacional, y
- 15) Deber de respetar y proteger al ser humano.

Observamos, pues, que toda la gama de derechos, trae aparejada, como contrapartida, una serie de deberes constitucionales.

Se constata, igualmente, que de todos los derechos consagrados por nuestra Carta Política, la mayoría corresponde, fundamentalmente, a los clásicos; muchos a los de segunda generación y poquísimos de la tercera, como el derecho al medio ambiente adecuado.

Si bien, en un plano teórico, todos los derechos son iguales ante

la ley, y merecen, por tanto, similar protección no deja de ser cierto que para efectos prácticos, y según la sociedad y cultura en la que nos desenvolvemos, unos derechos resultan más importantes que otros; igualmente, algunos son más fáciles de llevar a la práctica. (La diferencia válida en términos generales, entre cláusulas autoaplicativas y cláusulas programáticas).

Vamos a hacer una breve referencia a aquellos que considero que son los *principales derechos*, según se desprenden de nuestro texto constitucional.

- 1) Derecho a la vida,
- 2) Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad,
- 3) Derecho a la libertad,
- 4) Derecho a la igualdad,
- 5) Derecho de asociación,
- 6) Derecho de propiedad,
- 7) Derecho a la información,
- 8) Derecho a elegir y ser elegido,
- 9) Derecho a la jurisdicción, y
- 10) Derecho de asilo.

Desarrollemos brevemente cada uno de ellos.

1) **Derecho a la vida**

Este derecho es fundamental y, además es el supuesto de todos los demás derechos. Originalmente se pensó que el derecho a la vida correspondía sólo al ser humano ya nacido, pero esta concepción ha cambiado, como se verá más adelante.

Vamos a tratar, ahora, de dos aspectos que guardan estrecha relación con el derecho a la vida: *el aborto y la pena de muerte*.

a) **El aborto. Sus tipos**

La Constitución señala, en su artículo 2, inciso 1, que *"toda persona tiene derecho a la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre*

desenvolvimiento de su personalidad. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece”.

De este enunciado se colige que el constituyente no tomó una determinada posición respecto al aborto. Si bien no lo permite, tampoco hay de él una condena expresa.

En relación con este delicado tema se suscitaron puntos de vista encontrados, lo que propició que diferentes sectores intentaran presionar sobre el constituyente de 1979.

Los grupos feministas abogaron por la consagración del libre aborto. Por su lado, la Iglesia Católica era renuente a admitir toda posibilidad en ese sentido, tal como lo refleja la Encíclica *Humanae vitae*, que condena, además, cualquier tipo de control de la natalidad, que no sea aquel que se considera natural. Sin embargo, el texto constitucional no es contundente en este punto.

Ante el texto impreciso de los constituyentes, el Código Civil de 1984, establece una protección a la vida humana *desde la concepción*.

Debemos reparar que en 1984, ya existía en el Perú, despenalizado, el *aborto terapéutico*, es decir, el que hay que practicar a fin de salvar la vida de la madre. (Código Penal de 1924).

Los civilistas señalan que el Código Civil de 1984 establece una nueva categoría, que es la de *sujeto de derecho*. Desde este punto de vista, habrían cuatro sujetos de derecho:

- a) El concebido,
- b) El nacido, que es persona natural,
- c) La persona jurídica, y
- d) Las agrupaciones informales.

Esto nos muestra que el concepto de “sujeto de derecho” es más amplio que el de *persona*, y es esa categoría de sujeto de derecho la que el Código Civil le asigna al concebido.

Entonces, cabría la siguiente interpretación: si el derecho a la vida, en la Constitución, está referido a las *personas*; y el concebido

no es persona, entonces, pienso que a nivel constitucional, perfectamente es admisible una ley que ampliara la despenalización del aborto, más allá del aborto terapéutico que sí se permite.

Queda claro, entonces, que el problema a nivel constitucional no ha sido resuelto, y por lo tanto, no existe una posición definida frente a los intentos de liberalizar el aborto bajo el sistema de las indicaciones.

(Cuando en España, el Tribunal Constitucional falló sobre algo parecido, estimó que el concebido era apenas un *bien jurídicamente protegido*. Ni siquiera sostuvo que era un ser humano. Aquella categorización facilitó que hoy día en España —a pesar de la opinión contraria de la Iglesia Católica—, exista el aborto, bajo el sistema de las indicaciones).

Los tipos de aborto, son fundamentalmente cuatro:

Aborto terapéutico, al que ya nos hemos referido, y que en el Perú se encuentra despenalizado. Se trata del aborto practicado ante el grave peligro de la vida de la madre.

Se sostiene que hay una tendencia a la disminución de estos casos, porque el avance de la medicina preventiva hace poco probable caer en la disyuntiva de optar entre la vida de la madre y la del niño.

Aborto eugenésico, es el que procede cuando se tiene clara constancia de defectos síquicos y somáticos del feto, con el fin de evitar que el concebido nazca con taras irreversibles, por haber sido engendrado por gente enferma, o por una malformación congénita.

Aborto ético o sentimental, es aquel que se permite cuando la gestante lo es como consecuencia de una violación. Se aceptó, sobre todo, después de la II Guerra Mundial, pues las tropas que asolaban territorios enemigos violaban a las mujeres que hacían prisioneras.

Aborto social, es el caso típico de una familia con prole numerosa, y que no está en condiciones de aumentarla con el nacimiento de un nuevo hijo, pues carece de los medios suficientes como para garantizarle su propia subsistencia.

b) La pena de muerte

Este es un tema bastante discutido, y al igual que el problema del aborto, guarda vinculación con el derecho a la vida.

En puridad, la pena de muerte no es una negación del derecho a la vida. Es la *muerte* misma, como *acto*, lo que constituye propiamente un desconocimiento del derecho a la vida.

(En los países donde existe la pena de muerte se considera que ésta se aplica como sanción, luego de un proceso penal, a quien ha violado un orden legal previamente establecido).

Sin embargo, algunos teóricos creen que la pena de muerte y el derecho a la vida son irreconciliables, pues la primera supone la negación de la dignidad del ser humano.

Por otro lado, la posición histórica de la Iglesia Católica — expresada a través de su doctrina y praxis— ha oscilado entre la aceptación y el rechazo a la pena de muerte, lo que demuestra que no hay uniformidad de criterios.

(Así se ha traducido en diferentes Concilios. El antiguo Código Canónico inclusive lo admitía; el nuevo Código lo ha dejado de lado).

Lo que sucede, en realidad, es que todos los argumentos en favor de su implantación no han resultado lo suficientemente convincentes.

Por ejemplo, se dice que la pena de muerte constituye un castigo equivalente y proporcionado, pero la posibilidad de un margen de error en la atribución de la culpabilidad del condenado, no podría salvarse de ninguna manera, por el carácter irreversible de esta sanción.

También se quiere ver en esta pena un elemento disuasorio e intimidatorio para disminuir el margen de criminalidad de la sociedad. Pero ello no ha ocurrido (está demostrado que el criminal no ha reparado en consideraciones de este tipo al momento de delinquir).

Si bien hoy son más de cien los países que acogen la pena de muerte, existe, a nivel doctrinario, una corriente abolicionista.

En el Perú, tanto las constituciones del siglo pasado, como las del presente siglo, han contemplado la pena de muerte. Se reglamentó a fines de la década del '40, y se aplicó drástica y reiteradamente durante el último gobierno militar.

Precisamente como rechazo a este empleo indiscriminado de la pena de muerte, nuestros Constituyentes de 1979, la limitaron sólo para el caso de traición a la patria en situación de *guerra exterior*, tal como lo dispone el artículo 235 de la Constitución vigente.

Se ha pretendido en los últimos años extender su alcance para casos de terrorismo, o de violaciones seguidas de muerte. Este intento no ha prosperado. Al respecto debemos advertir que el Perú, como país signatario del Pacto de San José de Costa Rica, se ha comprometido a no extender el ámbito objetivo de esta pena a nuevas figuras delictivas.

2) Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad

Se trata de un derecho muy importante, pues nuclea alrededor de él un haz de derechos colaterales: desarrollo físico, la ausencia de torturas, el desarrollo educativo, el desarrollo cultural, el derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, el derecho a la correspondencia privada, y el derecho a la propia imagen. Importante es el relativamente reciente derecho a la identidad personal.

3) Derecho a la libertad

Comprende, en términos generales, a las libertades clásicas; es decir, las de libre tránsito, reunión, asociación, expresión, y todas aquellas que textos constitucionales anteriores han consagrado siempre.

4) Derecho a la igualdad

Puede distinguirse dos ámbitos para apreciar este derecho: uno formal y otro real.

La clásica enunciación de la igualdad ante la ley, ante el Estado, ante los órganos administrativos, constituye la *igualdad formal*.

Por su parte, la *igualdad real* se traduce en la verificación efectiva de todo aquello que la igualdad formal enuncia: comprobar de qué modo ello se cumple en función de una serie de condicionamientos económicos, sociales y culturales.

La desigualdad en el mundo de la realidad influirá marcadamente en la desigualdad ante la ley. (Esto puede advertirse, por ejemplo, en el real ejercicio del derecho de defensa, según se pueda contar o no con un abogado competente).

5) Derecho de asociación

El derecho de asociación a nivel constitucional implica la unión de dos o más personas para la realización de fines de orden cultural, social, económico o político. Como vemos, de aquí emana la facultad de constituir empresas, asociaciones, clubes, partidos políticos y, en general, cualquier agrupación de personas.

El derecho de ejercer *la industria y el comercio* está vinculado al derecho de asociación, y se expresa bajo la forma de sociedades mercantiles, cooperativas, etc.

6) Derecho de propiedad

Este derecho es considerado clave en las sociedades occidentales del sistema capitalista, sea éste maduro o inmaduro, desarrollado o subdesarrollado, primario o tardío. Negado durante años en los países de la órbita socialista, hoy empieza a admitirse desde que se inició la perestroika, que ha conducido a la extinción de la Unión Soviética.

Naturalmente existen varias formas de propiedad: individual, comunitaria, social. De igual modo debemos distinguir la propiedad de lo que es el goce de los frutos de la propiedad. Por su magnitud, se habla también de gran propiedad, mediana propiedad y pequeña propiedad.

En su enunciado esencial, el derecho de propiedad constituye una de las condiciones básicas para el desarrollo del ser humano. La forma como esto se lleve a cabo dependerá de cada contexto político y social.

7) Derecho a la información

Derecho a la información es la denominación que hoy damos al derecho de libertad de prensa.

Antiguamente se le llamó libertad de imprenta, a propósito del avance que significó prescindir de autorización previa para poder publicar o editar algo.

A comienzos de este siglo, con el empleo de grandes rotativas para la elaboración de los diarios de circulación masiva, se habla del derecho de libertad de prensa, que coexiste con el de imprenta.

Posteriormente, a mediados del presente siglo, los avances de la tecnología posibilitan el desarrollo de otros medios de comunicación y difusión, como la radio, el télex, el teléfono, la televisión, etc.

En este orden de ideas se empieza a hablar de un derecho con mayor alcance: derecho a la *información*, cuyo contenido comprende la búsqueda, recepción, entrega y pedidos de información. Además, el derecho a ser informados, y a crear medios de información.

En nuestra Constitución todo esto está consagrado, especialmente en lo referente a los medios de expresión —periódicos, radios, estaciones de televisión—, prohibiendo cualquier forma monopólica de control sobre ellos, situación que lamentablemente ocurriera, precisamente, durante el período del gobierno militar.

Aspecto importante es la llamada *libertad informática*, consagrada ya en muchos países, frente al avance del mundo de las computadoras.

8) Derecho a elegir y ser elegido

Es el derecho a participar en la vida política del país, en forma activa y pasiva. Esto significa participar a través de la concurrencia y del voto en todos los procesos electorales. Asimismo, la posibilidad de ser candidatos en dichas votaciones, y poder hacerlo de manera individual, o por medio de organizaciones políticas. Hoy día se mantiene al margen de este derecho a los militares, lo que puede ser discutible.

9) Derecho a la jurisdicción

Es el derecho a recurrir al Estado, mediante una pretensión, a fin de que ésta pueda ser resuelta a través de un órgano jurisdiccional adecuado.

Comprende, a su vez, el derecho a que se le administre justicia, derecho a ser oído, derecho a presentar testigos, derecho a tener defensa judicial, a poseer y hacer valer en juicio elementos de prueba. Lo que se llama, en términos generales, tener un *adecuado o debido proceso legal* (*due process of law*).

La Constitución vigente recoge estos derechos en diferentes apartados de su texto, pero lo hace, de manera agrupada, en el artículo 233, dentro de las llamadas *garantías de la administración de justicia*, que en el sentido moderno deberían llamarse "derechos de los procesados".

(Los más importantes serían: la indemnización por los errores judiciales cometidos en procesos penales; la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda; la inaplicabilidad por analogía de la ley penal; la de no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso; la de no poder ser condenado en ausencia; la invalidez de pruebas obtenidas mediante el uso de coacción ilícita, amenaza o violencia; el derecho de toda persona a hacer uso de su propio idioma, etc. Al lado de estos derechos, existen en el mismo artículo 233, otras normas que propiamente son de carácter organizacional, como la publicidad de los juicios penales, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, etc.)

10) Derecho de asilo

Consideramos que es un derecho trascendente por algunas experiencias que se han dado en nuestra historia política, que muestran la importancia de este instituto del derecho internacional; y no tanto porque pensemos que sea uno de los principales derechos fundamentales.

El artículo 108 de la actual Constitución dice: *"El Estado reconoce el asilo político. Acepta la calificación del asilado que otorga el gobierno asilante. Si se dispone la expulsión de un asilado político, no se le entrega al país cuyo gobierno lo persigue"*.

(En nuestra historia, en 1949, se inició un célebre caso de asilo político: el de Víctor Raúl Haya de la Torre, líder del Partido Aprista, durante el gobierno del General Manuel A. Odría. El caso fue llevado a la Corte Internacional de Justicia de La Haya, que emitió dos sentencias que en sustancia daban la razón al Perú; no obstante lo cual el Perú y Colombia tuvieron que negociar una solución política para acabar con el incidente. Esto no impide admitir que el asilo de Haya en la embajada de Colombia en Lima, no fue un acto edificante para el gobierno peruano de entonces).

En el derecho internacional se distingue dos clases de asilo: el *asilo territorial* y el *asilo diplomático*.

El asilo territorial se origina cuando una persona de distinta nacionalidad llega a un país, y solicita ser acogida, en razón de que se le persigue por sus ideas políticas o religiosas.

El asilo diplomático, es aquel que solicita una persona a los funcionarios o representantes de una sede diplomática acreditada en su país, y a la cual ha ingresado.