

MARCIAL RUBIO CORREA

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS
DERECHOS EN EL PERÚ DEL SIGLO XIX



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL 2003

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I: LOS DERECHOS APORTADOS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1823 Y SU SECUENCIA EN LAS CARTAS POSTERIORES	15
1.1. Sobre los derechos hoy llamados individuales	15
1.1.1. La libertad civil	17
1.1.2. La seguridad personal	34
1.1.3. Presunción de inocencia	61
1.1.4. La inviolabilidad del domicilio	64
1.1.5. La propiedad	68
1.1.6. Secreto de las cartas (y las comunicaciones)	80
1.1.7. El derecho de petición	84
1.1.8. La libertad de imprenta (y la de expresión)	88
1.1.9. La libertad de industria, de comercio	98
1.1.10. La igualdad ante la ley	106
1.2. El derecho (social) a la educación	115
CAPÍTULO II: LOS DERECHOS APORTADOS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1826 Y SU SECUENCIA EN LAS CARTAS POSTERIORES	127
2.1. Libertad de tránsito	127
2.2. Régimen de excepción	135
CAPÍTULO III: LOS DERECHOS APORTADOS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1828 Y SU SECUENCIA EN LAS CARTAS POSTERIORES	141
3.1. Prisión por deudas	141
3.2. Beneficencia	144

CAPÍTULO IV: LOS DERECHOS APORTADOS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1856 Y SU SECUENCIA EN LAS CARTAS POSTERIORES	147
4.1. Derecho de asociación	147
4.2. Protección del derecho a la vida. La pena de muerte	156
CAPÍTULO V: LOS DERECHOS APORTADOS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1860 Y SU SECUENCIA EN LAS CARTAS POSTERIORES	163
5.1. Protección del derecho al honor	163
CAPÍTULO VI: EVALUACIÓN Y CONCLUSIONES GENERALES	167
BIBLIOGRAFÍA	175

INTRODUCCIÓN

La recopilación de todas las disposiciones de cada una de las constituciones peruanas sobre lo que hoy denominamos *derechos humanos* llamó nuestra atención porque una mirada atenta de los textos antiguos sugería que, con las mismas palabras, no se decía entonces lo mismo que hoy. Esto no debe asombrarnos desde que los conceptos, las ideologías y el mismo lenguaje evolucionan constantemente. Sin embargo, sí nos interesó indagar qué podrían haber pensado los primeros constituyentes peruanos sobre los derechos que consagraron.

La comparación de los textos constitucionales que tuvimos en el país nos hizo ver una gran diferencia entre los dos siglos que nos preceden: durante el siglo XIX la preocupación estuvo centrada en los derechos que hoy conocemos como de *primera generación*, a los que solo hay que añadir el derecho a la educación para dar una visión temática comprehensiva de la época. El siglo XX innovó muchísimo en los derechos de primera generación, pero aportó progresivamente como novedad los de *segunda y tercera generación*, comenzando ya con esa tarea desde la Constitución de 1920.

Existe una distancia conceptual grande entre los aportes de estos dos siglos. Los del siglo XX nos son más cercanos y por ello hemos preferido dedicar este trabajo a los aportes de las constituciones republicanas del siglo XIX.

Para afrontar estas inquietudes hemos buscado bibliografía de esa época que nos permita entender mejor el contenido que se dio en cada oportunidad a los derechos declarados. Diccionarios y libros de entonces son citados a pie de página permanentemente para dar las referencias de lo encontrado. Nuestra conclusión respecto de este punto es que, si bien el espíritu de los derechos en su sentido más abstracto es muy similar hoy y entonces, hay diferencias conceptuales importantes cuando los miramos en detalle. Así, por ejemplo, hoy reconocemos el derecho de libertad de prensa y también los de libertad de información, expresión, opinión y difusión del pensamiento. Estos derechos incluyen los de fundar medios de comunicación y la prohibición al Estado de interferir en su circulación. En el siglo XIX todo esto, y aún algo más, estuvo incluido dentro de lo que se llamó la *libertad de imprenta*.

Al paso de lo conceptual, llamaron también nuestra atención dos fenómenos de política legislativa en materia constitucional:

- El primero fue saber si, verdaderamente, la Constitución de 1828 es la que propiamente institucionaliza al Estado peruano en materia de derechos humanos, y si las dos anteriores republicanas (1823 y 1826) fueron efectivamente irrelevantes frente a la primera. Nuestra impresión, luego del estudio hecho, es que la Constitución de 1823 tiene bastante más importancia que la que se le ha venido acreditando y que, más bien, la Constitución de 1826 no innovó demasiado en materia de declaración de derechos.
- El segundo fue ver si las sucesivas Constituciones que tuvo el Perú mostraron vocación de mejorar progresivamente la declaración de los derechos o si, por el contrario, se limitaron a copiar las declaraciones previas. Nuestra conclusión es que hubo un espíritu creativo y de desarrollo en materia de declaración de derechos.

Si bien hemos tratado de reconstruir conceptualmente los derechos tal como fueron pensados en el siglo XIX, y nos hemos impuesto el propósito —no siempre fácil de cumplir— de decir las cosas como creemos que se dijeron entonces y no adaptándolas diacrónicamente a nuestra concepción; es preciso decir que este trabajo está hecho mirando al pasado desde el presente, desde lo que podríamos denominar el *constitucionalismo actual* que para nosotros es el conjunto de temas hoy relevantes en la discusión constitucional. En realidad, lo que hemos tratado de entender es cuál fue el tratamiento anterior que se dio a los derechos que existen desde entonces y que tienen mucha importancia hoy en día. Creemos que eso contribuye a trabajar mejor con ellos en la actualidad.

Esta aproximación, sin embargo, excluye dos cosas: las que fueron importantes en la historia del siglo XIX, pero que se perdieron en el camino; y las que son importantes hoy, pero que no tienen raíces en aquel siglo.

Hemos revisado legislación de la época y algunos criterios de aplicación, principalmente del Consejo de Estado que, durante la vigencia de la Constitución de 1839, publicó actas en *El Peruano*. Sin embargo, somos conscientes de que queda por hacer aún mucho trabajo de comprensión de conceptos revisando tesis, expedientes y otros documentos que esclarecerían aún más lo que aquí se ha desarrollado.

Desde luego, nuestro trabajo ha sido esencialmente conceptual. La pregunta de «¿cuánto de lo aquí dicho se aplicó propiamente en el Perú durante el siglo XIX?» no puede ser respondida a partir de estas páginas. Supondría un trabajo de desentrañamiento histórico con fuentes primarias de naturaleza jurídica (fundamentalmente judiciales) que no hemos hecho aquí.

El trabajo está organizado siguiendo el orden cronológico de las constituciones republicanas del Perú, deteniéndonos en lo que

consideramos los aportes de cada una al establecimiento constitucional de los derechos en el Perú. Varias aclaraciones son necesarias sobre estas afirmaciones.

En primer lugar, no hemos abordado un tratamiento sistemático de la Constitución de Cádiz, aun cuando citamos sus normas como antecedente cuando ello nos pareció pertinente. La Constitución de Cádiz fue española y se nos aplicó por ser colonia. Hubo representantes peruanos en ella, pero de los textos que se refieren a su participación en la elaboración constitucional puede verse que aquella Carta fue hecha con un sentido predominantemente metropolitano. Por consiguiente, creemos que su estudio debe ser hecho centralmente con documentos y textos españoles, y este es un asunto que no ha tenido prioridad para nosotros a fin de entender nuestro propio constitucionalismo. Es por ello que solo tratamos aquí de las constituciones republicanas del Perú.

En cada Constitución hemos trabajado sus *aportes* a la constitucionalización de los derechos. Por aportes entendemos las ideas, derechos e instituciones que cada Constitución incorporó por primera vez en los textos constitucionales, dentro de cualquiera de las dos situaciones siguientes:

- Cuando el asunto apareció tratado por primera vez en un texto, constitucional.
- Cuando, habiendo sido ya tratado en alguna Carta anterior, su tratamiento es modificado sustantivamente, dándosele un sentido distinto al previo.

Siempre hemos creído que el Derecho no puede ser cabalmente comprendido en *largo por ancho*, es decir, sin la perspectiva profunda que da la historia jurídica y que supuso retos a la creatividad de los juristas peruanos, marchas y contramarchas en la aplicación de las normas; adaptaciones interesadas a la ideología, las costumbres y

los prejuicios, hechas tanto con buena fe como sin ella, y sistematizaciones que buscaron no solamente aclarar las dimensiones jurídicas de la realidad sino, probablemente, diseñar la sociedad de una manera distinta, y en general mejor, de la forma en que hubo estado diseñada hasta entonces.

Consideramos que los cambios constitucionales continuos que se hicieron en el Perú pertenecen a estos propósitos y por ello, más allá de que la vida real fuera muy lejana de los textos constitucionales, saber *qué se pensó antes* sirve para saber *qué somos hoy* y, tal vez, para saber *qué debemos hacer* en el futuro para corregir los errores del pasado y *qué no debemos hacer* porque la historia ya lo tiene registrado como fracaso seguro. En materia de derechos humanos, aprender todo esto resulta fundamental ahora que el Perú empieza a batir alas para defenderlos con creciente convicción, aunque con victorias en medio de derrotas.